Incidencia de la Jurisprudencia Constitucional sobre las Políticas Públicas para los Habitantes de
Calle, bajo el Principio de Igualdad y no Discriminación

Deisy Yolima Mendivelso Mejía

Nota de Autor

Trabajo de Grado de Deisy Yolima Mendivelso Mejía, para optar al título de Magister en
Derecho Público, Maestría en Derecho Público, Universidad Konstanz, Universidad Santo Tomás,
Bogotá D.C., 2017.

Directora: PhD. Corina Duque Ayala.

Incidencia de la Jurisprudencia Constitucional sobre las Políticas Públicas para los Habitantes de
Calle, bajo el Principio de Igualdad y no Discriminación

Deisy Yolima Mendivelso Mejía

Universidad Santo Tomas

Maestría en Derecho Público

Universidad Konstanz

Bogotá

2017

Nota de aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, Junio de 2017

Contenido

	Pág.
Introducción	9
I. Capítulo. Antecedentes y Evolución Constitucional y Legal de las Políticas Públicas para los Habitantes de calle en Colombia	22
1.1 Noción General de Políticas Públicas.....	22
1.1.1 Origen de los Estudios de las Políticas Públicas.....	25
1.1.2 Enfoques de Política Pública	26
1.1.3 La política pública social	29
1.2 Las políticas para habitantes de calle antes de 1991	31
1.2.1 La Influencia del Peligrosismo Penal	32
<i>1.2.1.1 Algunos antecedentes en el caso italiano</i>	33
<i>1.2.1.2 El peligrosismo penal en Colombia</i>	35
1.2.2 La Influencia de la Teoría de la Defensa Social	37
1.3 Las Políticas Públicas para habitantes de la calle en la constitución de 1991	40
1.3.1 Aproximación a Las Políticas Sociales Colombianas en Relación a los Habitantes de Calle	41
1.3.2. Los derechos sociales de acuerdo a la corte constitucional	44
1.3.3 Los lineamientos para la política pública para habitantes de calle en la ley 1641 de 2013.....	46
Capítulo II. Fundamentos Constitutivos del Principio de Igualdad y no Discriminación.....	49
2.1 Aproximación Conceptual al Principio a la Igualdad.....	49
2.1.1 Evolución histórica del derecho a la igualdad	49

2.1.1.1	<i>La igualdad formal</i>	54
2.1.1.2	<i>La igualdad material</i>	56
2.1.2	Los sujetos del derecho a la igualdad	57
2.1.2.1	<i>La noción de persona</i>	58
2.1.2.2	<i>Las personas naturales</i>	58
2.1.2.3	<i>Las personas jurídicas</i>	60
2.1.2.4	<i>Los sujetos colectivos de derechos</i>	63
2.1.2.5	<i>El principio de igualdad en el derecho internacional</i>	65
2.1.2.6	<i>El principio de igualdad y la observación general No. 18 del Comité de los Derechos Humanos</i>	68
2.1.3	Obligaciones positivas y negativas del estado en la materia	69
2.2	Alcance y Definición del Principio de no Discriminación	71
2.2.1	Regulación del principio de no discriminación	71
2.2.1.1	<i>El derecho subjetivo de igualdad y no discriminación</i>	72
2.2.1.2	<i>El Concepto de “Discriminación”</i>	75
2.2.2	La noción de discriminación a la inversa y acciones positivas.....	78
2.2.3	El principio de no discriminación en Colombia	84
2.2.3.1	<i>El juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional</i>	85
2.3	La Relación entre el Principio de Igualdad y no Discriminación.....	87
2.3.1	El Juicio de Igualdad en la Corte Constitucional y sus tres Tipos de Escrutinios: Estrictos, Intermedios o Débiles	88
2.3.1.1	<i>El Juicio Integrado de Igualdad en la Propuesta de la Corte Constitucional Colombiana</i>	90

2.3.2 El principio de no discriminación en la corte interamericana de derechos humanos	91
---	----

III Capitulo. Desarrollo de la Jurisprudencial de la Corte Constitucional en Relación con los

Habitantes de Calle.	97
---------------------------	----

3.1 El concepto de Activismo Judicial	97
---	----

3.2 La corte constitucional y la constitución aspiracional de 1991	100
--	-----

3.3 Noción de la Corte Constitucional Frente al Habitante de Calle.....	104
---	-----

3.4 La Corte Constitucional y las Políticas Públicas para Habitantes de Calle ¿Un caso de Activismo Judicial?	118
--	-----

Conclusiones	124
--------------------	-----

Referencias Bibliográficas	134
----------------------------------	-----

Lista de Tablas

Tabla 1. Nicho Sentencia T-043 de 2015	106
Tabla 2. Nicho Sentencia T-092 de 2015	117

Lista de Figuras

Figura 1. *Telaraña y puntos nodales jurisprudencia “atención integral a los habitantes de la calle”* 108

Introducción

En Colombia los habitantes de calle, han sido considerados como un grupo socialmente excluido, que, por su forma de vida, no aportan al desarrollo de la comunidad donde se encuentran. En esta medida, son sujetos a los que formalmente se les han reconocido sus derechos en tanto seres humanos que son, pero en la realidad el goce efectivo de los mismos no se materializa ante la imposibilidad de desarrollar en condiciones mínimas de dignidad otros derechos humanos distintos a su simple existencia.

Es así que el habitante de calle puede ser concebido como aquella persona que ha definido la calle como su espacio vital y de habitación, siendo un fenómeno exclusivo de las ciudades y producto de las condiciones sociales, económicas y políticas del país; (Velandia & Pinilla, 2003) o como lo define la Ley 1641 de 2013: *“persona sin distinción de sexo, raza o edad, que hace de la calle su lugar de habitación, ya sea de forma permanente o transitoria y, que ha roto vínculos con su entorno familiar”* (Congreso de la República, 2013).

Pero la marginalidad de la población habitante de calle en Colombia no solamente se ha expresado en su exclusión de la vida social, económica y productiva, sino también en las políticas, programas y acciones del Estado. Ejemplo de ello es que sólo hasta el año 2013, se ideó una política específica para integrar a los habitantes de calle¹, modificando un enfoque tradicional de criminalización o exclusión, que convertía a la población habitante de calle en sujeto invisible en el devenir de las políticas sociales del Estado.²

¹ Se trata de la ley 1641 del 12 de julio de 2013, no obstante, a la fecha la política no ha sido objeto de regulación por parte de del Gobierno Nacional.

² Esta tendencia se evidencia en el hecho de que gran parte de la población indigente o habitante de calle no está sisbenizada y por tanto, no puede ser beneficiaria de las políticas y programas dirigidos a esta población, de a lo encontrado por la propia Corte Constitucional en sentencia T-092 de 2015.

Pese al significativo avance que representó la expedición de la ley 1641 del 12 de julio de 2013, “*Por la cual se establecen los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle y se dictan otras disposiciones*”³, a segundo semestre de 2016, el Gobierno Nacional aún no ha reglamentado tal política, lo que significa que casi tres años después de la entrada en vigencia de la ley 1641, aún no se ha presentado la formulación de la política y por tanto no ha iniciado su ejecución.

Políticas Públicas

Acerca del concepto de política pública, Andre Roth (2002) en su libro *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación* presenta algunas definiciones, donde Heclo y Wildavsky, precisan la política pública como “una acción gubernamental dirigida hacia el logro de objetivos fuera de ella misma”, Many y Thoening, indican que la política pública es “un programa de acción de una autoridad pública en el seno de la sociedad”, (Many & Thoening, 1992) en definiciones más recientes estos autores aclaran que las políticas públicas, cualquiera que sea su alcance geográfico-social y la especificidad de los problemas que pretendan responder “no se reducen a accidentes o casualidades, ni a necesidades de las que puedan escapar las autoridades” y debe considerarse un “sistema de acción pública” el cual involucra actores gubernamentales y sociales.

Para Dubnick “la política pública está constituida por las acciones gubernamentales –lo que los gobiernos dicen y lo que hacen con relación a un problema o una controversia”. (Dubnick 1983 p.7 citada en Roth, Andre, 2002). En el mismo sentido, según Hogwood, “para que una política pueda ser considerada como política pública, es preciso que en un cierto grado haya sido producida

³ Ley 1641 del 12 de julio de 2013, “*Por la cual se establecen los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle y se dictan otras disposiciones*”

o por lo menos tratada al interior de un marco de procedimientos, de influencias y de organizaciones gubernamentales”. (Hogwood 1984, 2002). Para los autores Muller y Sureb, una política pública “designa el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetivos explícitos”. (Muller Sureb 1983, p. 13 citado en Andre Roth, 2002)

Definiciones más recientes sobre la política pública la explican como “el conjunto de sucesivas respuestas del estado (o de un gobierno específico) frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas”. (Salazar, 1995).

De acuerdo a las definiciones dadas, una política pública consta de cuatro elementos que permiten identificarla como tal, estos son: implicación del gobierno, percepción de problemas, definición de objetivos y procesos. Estas definiciones indican que “el actor que produce una política pública es (o está habilitado para actuar como), un actor público y, por ende, a pesar de que otro tipo de actor social puede influenciar las acciones de los gobiernos, no pueden producir estas políticas. Además, señalan que una política pública puede ser producto de una decisión al igual que de la omisión de tomar una decisión”. (Hernandez, 1999), tal y como, la definen “conjunto de reacciones y omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros sectores de la sociedad civil”. (Oszlak & O'Donnell)Y que en conclusión debe estar orientada por objetivos y procesos que permitan darle solución.

Principio de Igualdad y no Discriminación

Respecto a las referencias que la literatura política como del derecho, ofrece respecto al principio y derecho a la igualdad es abundante, fundamentalmente porque ha sido abordada desde diferentes puntos de vista dependiendo de la problemática que se pretenda abordar, en este orden y a manera

puramente enunciativa, es posible encontrar temáticas relacionadas a: la igualdad frente a determinado derecho o bien, la igualdad frente a determinado grupo de personas, las contradicciones y la dicotomía generada entre igualdad y libertad, la relación entre igualdad y justicia, el grado de ambigüedad o apertura de igualdad, igualdad formal y material, la igualdad como derecho y principio, igualdad, principio de no discriminación y discriminación a la inversa, entre muchas otras temáticas.

Bajo este entendido, en el presente acápite se expondrán algunos de los aspectos básicos para la comprensión de la igualdad que servirá de marco para el análisis de las políticas públicas y la jurisprudencia constitucional relativa a los habitantes de calle. En este sentido, el primer acercamiento al concepto de igualdad será a partir de su relación con justicia, para abordar la igualdad formal y material.

De acuerdo a Norberto Bobbio, es posible hablar de dos grandes nociones de justicia. La primera noción relaciona lo justo con lo legal, es decir, que se consideran justas todas las acciones humanas amparadas bajo las leyes y a su vez son justas las leyes que responden a mandatos superiores como la ley natural y la ley divina. La segunda noción de justicia relaciona a esta con la igualdad y su principal antecedente es la visión Aristotélica plasmada en la Política, *“Al decir justas, por justicia entendemos igualdad; y esta igualdad de la justicia se refiere al mismo tiempo al interés general de la ciudad y al interés personal de cada ciudadano”* (Aristóteles, la Política, IV 12, 1234 b) y en este sentido la noción de Justicia Aristotélica se concreta en la máxima *“tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual”*.

A partir de la noción Aristotélica de Justicia, Bobbio explica que la igualdad por sí sola no significa justo o injusto, pues ello depende de la existencia de una relación de igualdad políticamente relevante (como las relaciones sociales o entre individuos), que sea considerada como justa, queriendo decir que la igualdad tiene un significado axiológico neutral que sirve como

medio para alcanzar el valor supremo de la justicia: “(...) *desde el momento en que la igualdad no es por sí un valor, sino tan solo en la medida que sea una condición necesaria, aunque no suficiente, de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema en el cual consiste la Justicia*” (Bobbio, 1993, p. 59). Sobre esta postura, Silvina Ribotta comenta lo siguiente:

“(...) la postura de Bobbio apunta más a una posición igualitarista deontológica, en la clasificación de Parfit, con algunos matices, en el sentido de creer que debemos perseguir la igualdad pero no para encontrar resultados mejores sino por alguna otra razón moral, como la justicia, o en el sentido en que es relevante encontrar la igualdad para que un sistema sea justo. No por la igualdad en sí misma ni porque toda desigualdad sea mala, como creen los teleológicos, sino por otra razón moral, como es la propuesta bobbiana de igualdad como condición necesaria para la justicia” (Ribotta, 2010, p. 5).

Naturalmente existen otras visiones que explican la relación entre igualdad y justicia. A manera de ejemplo, podemos destacar la visión de justicia sustentada en la igualdad formal, caracterizada porque “*va del todo a las partes y se manifiesta en el principio de imparcialidad propio de los actuales Estados democráticos de Derecho y en sus constituciones*” (Durango Álvarez, 2010, p. 40), que se complementó con la cláusula de prohibición de cualquier discriminación arbitraria o irrazonable, desarrollada inicialmente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y por Roberth Alexy.

Bajo esta visión se concibe la justicia formal, que parte del trato sin distinción alguna a todas las personas excluyendo cualquier forma de discriminación injusta o arbitraria, que se predica cuando no cuenta con respaldo o justificación razonable, incluso si es causada por los poderes judicial y legislativo.

Sobre la aplicación imparcial de la ley también se pronunció H. L. Hart, en su conocida obra

“*El concepto del Derecho*”, donde se refirió a la aplicación de la justicia en los siguientes términos:

“Podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que debe aplicarse en los distintos casos la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho; lo que constituye una garantía de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho será aplicado a todos aquellos casos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo”. (Hart, 1961)

Desde la visión de la igualdad material también es posible identificar otra visión de justicia, en este sentido y retomando a Durango Álvarez (2010), la justicia puede ser entendida como el mecanismo “*equiparador de derechos utilizado por individuos para reclamar las garantías de los mismos, esto es, hacerlos justiciables*” (Durango Álvarez, 2010, p. 42), donde la justicia armoniza los intereses en conflicto dentro de la vida social:

“La justicia, por tanto, se convierte en un mecanismo público de solución de conflictos, asignación de recursos y beneficios sociales, mediante la interpretación razonada y razonable de la ley por los jueces, los ciudadanos y el Estado en general”.

Igualdad Formal

Bajo la dirección del pensamiento racionalista e iluminista, la revolución francesa de 1789 permitió la aparición de una noción inédita de libertad, completamente alejada de la concepción histórica o historicista de la libertad construida por el constitucionalismo Inglés; pues el naciente constitucionalismo francés concibe la garantía de las libertades exclusivamente en la razón: “*De ahí que la libertad a la francesa sea una libertad nueva y abstracta que hay que constituir según un modelo ideal, mientras que la libertad a la inglesa sea una práctica antigua que hay que conservar y perfeccionar*” (Xavier Guerra Francois, 2010, p. 130). Adicionalmente, las declaraciones de derechos que empezaron a darse a partir de 1789 tuvieron un fundamento

iusnaturalista, donde los derechos no se crean, sino que se declaran pues son inescindibles a la naturaleza humana.

En este escenario, apareció la igualdad formal, que se traduce en la igualdad de trato de todo el género humano ante la ley, y que se entiende como “*el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho*”, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, de influencia liberal. En este sentido Carmona Cuenca (2011) explica lo siguiente:

“En la época liberal, la igualdad ante la ley viene a significar poco más que un carácter del mandato legal, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. Igualdad se identifica con generalidad de la ley, lo que supone que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos son titulares de los derechos reconocidos en ese ordenamiento.

Pero este principio de igualdad ante la ley va a ser progresivamente referido al momento de aplicación de la ley (...) Ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepciones, sin consideraciones personales”. (Cuenca, 2011).

Igualdad Material

La igualdad material surge como respuesta a la igualdad formal, criticada por diversos autores. En la “*Teoría constitucional de la solidaridad*”, se dice que no solamente el constitucionalismo liberal guarda silencio sobre la solidaridad o que la solidaridad no existe dentro del sistema constitucional liberal, sino que la “insolidaridad” es “un principio constitucional” necesario en el sistema liberal: “Precisamente porque es el constitucionalismo formal, del

universalismo, de la abstracción, del sujeto (individual), en definitiva y paradójicamente ‘el constitucionalismo de la igualdad’” (De Cabo Martín, 2006, p. 44).

De Cabo Martín argumenta en que el esquema de las constituciones liberales establece un triple garantismo: en el ámbito privado (el de la extracción de la plusvalía) con la garantía de la libertad e igualdad; en el ámbito público a través de la división del poder y la garantía de coexistencia mediante la congruencia o correspondencia entre estos dos ámbitos necesarios en el modo de producción capitalista. Añade que el sistema constitucional completa la realización del individualismo, produciendo “un desconocimiento constitucional de clase”, aunque la constitución sí realiza otra operación de clase: “la vertebración que a su través conduce a la unidad del Estado reconstruye y homogeniza a ese nivel el interés general”; pero con una peculiaridad: el interés general es el ahora el interés general dominante.

El resultado de este proceso de configuración de la subjetividad individual se construye negando su existencia real en el orden social, de manera que el individuo real se disuelve en el orden jurídico (Díaz Otero y E., 1997), “*y por tanto, la abstracción y formalización que implica conducen no sólo a ocultar la desigualdad y la diferencia, sino a impedir que la desigualdad y la diferencia –o lo que es lo mismo, el conflicto- pase al orden jurídico*”

Se concluye en esta interpretación del constitucionalismo liberal, que a partir de la configuración del sujeto, se crean las bases de un sistema estructuralmente insolidario, en cuanto el sujeto lo es en sí y para sí exclusivamente,

un absoluto en sí mismo y cuyo mecanismo central de participación, mediación y realización es en y a través del mercado. En esas condiciones (y en cuanto el otro, no existe, sino como posible competidor o potencial enemigo), la desintegración social en sentido literal es el resultado, en cuanto quedan excluidos tanto los que no pueden participar; mediarle o relacionarse a través del mercado. (Díaz Otero y E., 1997).

Esta interpretación parece estar en consonancia con la crítica marxista al constitucionalismo liberal, entre otras razones, porque el formalismo que lo identifica impide observar el carácter unitario del ser humano en sociedad, estableciendo una falacia formalista y universalista que descuida el problema de la desigualdad material.

A partir de esta crítica, surge la idea de la igualdad material, mucho más exigente que la formal pues es concebida como punto de llegada y ya no como mero punto de partida:

(...) la igualdad material es mucho más difícil de satisfacer: no tanto por el criterio que determina quiénes son iguales (la pretensión de universalidad también reside en el liberalismo y, circunscrita a los ciudadanos, también en la democracia) como por el criterio que establece en qué consiste la igualdad. Si el liberalismo propone una igualdad en derechos de libertad, y la democracia en derechos políticos, la igualdad que defiende el pensamiento socialista aspira a una igualación en las condiciones materiales de vida (al menos en un umbral mínimo).

En el plano colombiano, la Corte Constitucional, ha hecho referencia en muchas de sus providencias, a la igualdad material. A manera de ejemplo en la Sentencia C-221 de 1992, manifestó lo siguiente:

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal (...) Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado (...) Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional – Políticas Públicas habitantes de la calle:

Respecto al tema de políticas públicas para los habitantes de calle, la Corte Constitucional, en sentencia C-016 de 1997, (Corte Constitucional, 1997) enlista las normas que antes de la expedición de 1991 tenían esta tendencia peligrosista, como la ley 48 de 1936 denominada "Sobre vagos, maleantes y rateros", (Ministerio de Justicia, 1936) el decreto legislativo No. 014 de 1955, (Presidencia de la República, 1965) "por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social", dispuso que las medidas allí contempladas se aplicarían a "las personas cuyos antecedentes, hábitos o forma de vivir, las coloquen en estado de especial peligrosidad social", como por ejemplo, quienes fingieren enfermedad o defecto orgánico para dedicarse a la mendicidad, el Decreto 522 de 1971, (Presidencia de la República, 1971) por el cual se establecía la sanción de relegación en colonia agrícola, para quienes fingían enfermedad o aprovechaban su condición para ejercer la mendicidad. Esta tendencia se mantuvo hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1980, donde la responsabilidad penal se fundó en la culpabilidad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se inicia una nueva etapa, orientada en muchos aspectos por los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que proscribe las denominadas "políticas perfeccionistas", por considerar que instrumentalizan al ser humano (Corte Constitucional, 1997), y acude a la noción de libre personalidad como expresión de la dignidad humana (Corte Constitucional, 2006), para considerar que corresponde a cada individuo "*señalar los caminos por los cuales pretende llevar su existencia, sin afectar los derechos de los demás*". (Corte Constitucional, 2015).

Bajo el anterior entendido, la Corte consideró que cualquier reproche jurídico contra este grupo poblacional era contrario a la Constitución, más aún si se tiene en cuenta que en la gran mayoría de los casos, habitar la calle no es una opción libre y espontánea de la persona, sino que obedece a un fenómeno sociológico mucho más complejo (Corte Constitucional, T-043 de 2015).

En el desarrollo de la presente investigación no solo se puntualizará la concepción y características de lo que es un habitante de calle, políticas públicas, principio de igualdad y no discriminación, entre otros, sino que también se podrán conocer los diferentes pronunciamientos que la Corte Constitucional ha planteado frente al tema objeto de estudio.

Es así, que a partir de la presente investigación conoceremos de fondo la verdadera influencia que ha tenido la Corte Constitucional frente a la focalización, formulación y ejecución de políticas públicas que se tienen a nivel nacional respecto al habitante de calle.

Para el desarrollo del planteamiento anterior, se plantea como problema jurídico: ¿cuál es la incidencia de la jurisprudencia constitucional sobre las políticas públicas para los habitantes de calle, bajo el principio de igualdad y no discriminación?; La respuesta a la problemática permitirá formular, a partir de la realidad y su cuestionamiento, las conclusiones y recomendaciones, tendientes a establecer si el máximo tribunal constitucional ha desplegado acciones propias del denominado “activismo judicial” respecto a la política social para habitantes de calle.

Desde ya entonces, como hipótesis, podemos decir que a pesar de los diferentes pronunciamientos por parte del máximo tribunal Constitucional Colombiano, las políticas públicas sociales establecidas por el gobierno no llegan a los habitantes de calle, y en muchas oportunidades desde la misma formulación de la política se invisibiliza a esta población.

También podremos decir entonces que la Corte constitucional se ha pronunciado en innumerables sentencias sobre la protección de derechos humanos de esta población de habitante de calle, contribuyendo a su efectiva protección en casos particulares, pero que no ha sido suficiente para lograr que de manera integral el legislativo se manifieste frente a la formulación de la política pública dirigida a los habitantes de calle en nuestro país.

Tan es así que sólo hasta el año 2013, el legislativo colombiano expidió la ley 1641 del 12 de julio de 2013, con el objeto de “*establecer los lineamientos generales para la formulación de*

la política pública social para habitantes de la calle dirigidos a garantizar, promocionar, proteger y restablecer los derechos de estas personas, con el propósito de lograr su atención integral, rehabilitación e inclusión social". De acuerdo a la ley 1641 de 2013, corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud, reglamentar y formular la política pública social para habitantes de calle (artículo 13); sin embargo, en 2015 se realizaron dos pronunciamientos de la Corte Constitucional exhortando al Gobierno Nacional a formular dicha política pública.

En efecto, el tratamiento que el Estado Colombiano ha dado a los habitantes de calle ha tenido notables variaciones en las últimas décadas, presentándose diferentes momentos en las políticas que se han establecido para la población habitante de calle.

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó una metodología: Jurídica – hermenéutica; Jurídica, que es concebida como “*el conjunto de procedimientos de carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo, cuyo objetivo es la búsqueda, indagación y el estudio de las normas, los hechos y los valores, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se desarrollan en la sociedad.*”, (Undurraga, 2002) y hermenéutica, que es concebida como: Observación resultante de la interpretación, se orienta hacia la identificación de los significados ocultos de las cosas, interpretando de la mejor manera las palabras, los escritos, los gestos, al igual que cualquier acto u obra humana, pero sin perder su singularidad en el contexto de que forma parte; pues se plantea un tema social que es la problemática que enfrentan la población habitante de calle, se analiza la legislación de la política pública para este grupo poblacional y se presenta e interpreta la jurisprudencia que al respecto la Corte Constitucional ha enmarcado, para la cual se utilizaron diferentes fuentes de investigación: la doctrina, la Ley y la jurisprudencia.

El anterior planteamiento será apoyado con ayuda de un análisis de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a las políticas públicas dirigidas a los habitantes de calle.

Así las cosas, podemos decir que el presente trabajo de grado cuenta con una pertinencia académica adecuada, pues se plantea el análisis de un actor específico (la Corte Constitucional) de una política pública social que aún sigue en construcción y respecto a la cual poco o nada se ha dicho desde la esfera del estudio del derecho.

Como elemento adicional, el proyecto conjuga estándares internacionales en materia de derechos humanos, especialmente los definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterios de análisis de la política para habitantes de calle, pudiendo abordar un análisis de tales políticas mucho más profundo al encajar elementos del derecho constitucional, derechos humanos, ciencias políticas y administración pública, entre otros.

Con tal fin, se plantearon al inicio de la investigación los siguientes objetivos. Como objetivo general: Determinar la incidencia de la jurisprudencia constitucional sobre las políticas públicas para los habitantes de calle, bajo el principio de igualdad y no discriminación; como objetivos específicos los siguientes: I. identificar los antecedentes y evolución constitucional y legal de las políticas públicas para los habitantes de calle en Colombia. II. Analizar los fundamentos constitutivos del principio de igualdad y no discriminación. III. Establecer el desarrollo jurisprudencial de la corte constitucional en relación con los habitantes de calle.

El marco teórico estructurado para el desarrollo del objetivo general, así como específicos de la presente tesis, se basará en lo siguiente:

En el primer capítulo se estudiara lo concerniente a la identificación de los antecedentes y evolución constitucional y legal de las políticas públicas para los habitantes de calle en Colombia, donde se precisaran aspectos tales como: concepto, orígenes, estudios y enfoques de las políticas públicas, igualmente se tratará el marco referencial que a su vez sirve para abordar la evolución del tratamiento del Estado hacia la población habitante de calle antes y después de la Constitución de 1991, explicando los principales referentes teóricos que influenciaron las diferentes etapas y

enfoques que se aplicaron a esta población en Colombia.

En el segundo capítulo se analizará los fundamentos constitutivos del principio de igualdad y no discriminación, su componente teórico, entendido como un todo, pero con significaciones diferentes. De esta manera se aproximará al concepto del principio de igualdad, donde se aborda su evolución histórica, los sujetos de derecho, su regulación internacional y las obligaciones que al respecto tienen los Estados, igualmente se realizará un estudio del principio de no discriminación –el otro componente del derecho a la igualdad-, donde se aborda su concepto y regulación, la noción de discriminación a la inversa y su funcionamiento en Colombia y por último se presentarán los desarrollos jurisprudenciales de estos conceptos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.

En el tercer capítulo se establecerá el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte constitucional en relación con los habitantes de calle, determinando así su influencia y el papel de uno de los actores activos en la política pública para habitantes de calle: la Corte Constitucional.

Finalmente se realizarán diferentes recomendaciones enfocadas a plantear las posibles soluciones para atacar la problemática tratada en el presente trabajo y poder implementar las políticas públicas establecidas para los habitantes de calle en Colombia.

I. Capítulo. Antecedentes y Evolución Constitucional y Legal de las Políticas Públicas para los Habitantes de calle en Colombia.

1.1 Noción General de Políticas Públicas

Acerca del concepto de política pública, Andre Roth en su libro *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación* (Roth, 2002) presenta algunas definiciones, donde Heclo y Wildavsky, precisan la política pública como “una acción gubernamental dirigida hacia

el logro de objetivos fuera de ella misma”, Meny y Thoening, indican que la política pública es “un programa de acción de una autoridad pública en el seno de la sociedad”, (Thoening, 1986, pág. 8), en definiciones más recientes estos autores aclaran que las políticas públicas, cualquiera que sea su alcance geográfico-social y la especificidad de los problemas que pretendan responder “no se reducen a accidentes o casualidades, ni a necesidades de las que puedan escapar las autoridades” y debe considerarse un “sistema de acción pública” el cual involucra actores gubernamentales y sociales.

Para Dubnick “la política pública está constituida por las acciones gubernamentales –lo que los gobiernos dicen y lo que hacen con relación a un problema o una controversia”. (Dubnick 1983 p.7 citada en Roth, Andre, 2002) En el mismo sentido, según Hogwood, “para que una política pueda ser considerada como política pública, es preciso que en un cierto grado haya sido producida o por lo menos tratada al interior de un marco de procedimientos, de influencias y de organizaciones gubernamentales” (Hogwood 1984, 2002). Para los autores Muller y Sureb, una política pública “designa el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetivos explícitos”. (Muller Sureb 1983, p. 13 citado en Andre Roth, 2002).

Parsons, presenta la definición en la cual las políticas públicas estudian “como, por qué y para que los gobiernos adoptan determinadas medidas y actúan o no actúan” (Parsons, 2007), o como lo explica Dye, estudian “que hacen los gobiernos, por qué lo hacen y cuál es su efecto” (Dye 1976:1, citado por Parsons, Wayne, 2007). Para Omar Guerrero, 1993 la política pública “es un tipo de actividad de gobierno, que se encamina a estimular la colaboración social o inhibir el conflicto”.

Definiciones más recientes sobre la política pública la explican como “el conjunto de sucesivas respuestas del estado (o de un gobierno específico) frente a situaciones consideradas

socialmente como problemáticas”. (Vargas, 1995)

Según Alejo Vargas Velásquez, en su libro, la política pública se define como “el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución. La mayoría de las veces solo pretende llevarlo a una situación manejable, es decir, que se ubique en un rango de tolerancia de dicho problema”. (Vargas V. A., 1999)

Por lo cual cabe la posibilidad de considerar la incertidumbre en una política pública a pesar de suponer que “el objeto de cualquier propuesta política es controlar y dirigir cursos futuros de acción, que es la única acción sujeta a control” (Landau, 1992), lo cual es importante en la valoración de los resultados de las políticas públicas, pues se considera que la acción del estado es la de erradicar las situaciones socialmente problemáticas.

Las políticas públicas según Roth, 1999 “designan la existencia de un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones son tratados, por lo menos parcialmente por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática”.

De acuerdo a las definiciones dadas, una política pública consta de cuatro elementos que permiten identificarla como tal, estos son: implicación del gobierno, percepción de problemas, definición de objetivos y procesos. Estas definiciones indican que “el actor que produce una política pública es (o está habilitado para actuar como), un actor público y, por ende, a pesar de que otro tipo de actor social puede influenciar las acciones de los gobiernos, no pueden producir estas políticas. Además, señalan que una política pública puede ser producto de una decisión al igual que de la omisión de tomar una decisión”. (Hernandez, 1999), tal y como, la definen “conjunto de reacciones y omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención

del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros sectores de la sociedad civil” (Oszlak & O'Donnell, s.f.). Y que en conclusión debe estar orientada por objetivos y procesos que permitan darle solución.

La orientación de las políticas públicas según Laswell se resumen como: multimetódica, multidisciplinaria, orientada a la resolución de problemas, preocupada por el diseño conceptual de procesos, opciones y “los resultados de las políticas públicas y finalmente pretende la integración de los conocimientos dentro de una disciplina más amplia, con el fin de analizar las elecciones y la toma de decisiones públicas, para contribuir a la democratización de la sociedad” (Lasswell, 1951 a., 1968, 1970 y 1971, citado por Parsons, 2007).

1.1.1 Origen de los Estudios de las Políticas Públicas. Hecha la primera aproximación al concepto de política pública, conviene entablar una relación entre este concepto y los estudios que se dedican a su análisis. En tal sentido la mayoría de literatura especializada señala a los Estados Unidos como el lugar donde nacieron los estudios de políticas públicas, teniendo como uno de sus antecedentes el trabajo del Profesor y Presidente Wilson en 1887, “quien sostuvo la necesidad de desarrollar una doctrina científica aplicada a la administración a través del postulado defensor de la separación de la decisión política ante la ejecución burocrática, lo que frontalmente se oponía al tradicional modelo administrativo basado en el *spoil system*” (González, 2005) , considerándose hoy por hoy que el análisis de las políticas públicas se ha constituido “como una ciencia de la acción, como una contribución de los «expertos» a las decisiones de las autoridades gubernamentales”. (Meny, Thoenig, & Morata, 1992).

Las primeras investigaciones se centraron en la acción y su relación con la mejora de las actuaciones gubernamentales; pero de acuerdo a González Tachiquin, las ciencias políticas reaccionaron a los estudios sociales y jurídicos de los años veinte, en razón a que sus trabajos se

centraron en problemas investigativos asociados a diagramas organizativos y no en el cómo actúan los individuos y las instituciones, para lo cual se empezó a emplear un conductismo interdisciplinar que combinó dos objetos de estudio: “la conducta individual y social con la preocupación por los asuntos públicos, relacionados con la reforma política, la democracia, la educación, el bienestar económico y social para lo cual creían necesario dotarse de instrumentos de análisis más afinados”. (González, 2005)

Pero la aparición formal del enfoque de estudio de las políticas públicas fue formulada por Harold D. Laswell⁴, como policy sciences, que parte de una visión donde se relaciona al gobierno con la sociedad concibiendo “la unidad de las relaciones entre los gobernantes y gobernados poniendo de relieve el papel de la ciencia, la técnica y los expertos” (González Madrid: 2000 p. 13), González Madrid explica que la hipótesis central de Laswell era cómo integrar los objetivos y métodos de la acción pública y privada a través de un Gobierno interesado por los temas sociales y apoyado en expertos multidisciplinarios.

1.1.2 Enfoques de Política Pública. Se destacan tres corrientes que evidencian la relación entre las políticas públicas y el Estado, estas son las orientadas a la sociedad, al Estado y las mixtas, ellas agrupan los enfoques teóricos sobre política pública.

Las teorías del Estado centradas en la sociedad de la sociedad, abarcan dos enfoques; por un lado los enfoques marxista, neomarxista y la teoría de la dependencia y en oposición enfoques racionalistas, pluralistas, elitistas y de elección pública. Estos últimos enmarcados en la teoría del *Public Choice*, cuyos ejes se basan en el comportamiento de los individuos, la toma racional de

⁴ De acuerdo a González Madrid (1999) “el propio término de política pública había sido sugerido en algunos trabajos publicados en el medio académico norteamericano por 1940 (Navarro Reyna, 1995” (p. 14).

decisiones, solamente en consideración a sus intereses personales y maximizando sus beneficios (Many & Thoenig, 1992). Buchanan, uno de los fundadores de la teoría, ha argumentado que la *public choice* también implica la aplicación de cataláctica, o la ciencia de los intercambios. “Así, como la combinación del supuesto *homo oeconomicus*, en virtud del cual los individuos son vistos como promovedores de su interés propio, con el enfoque cataláctico significa que la acción colectiva se modela con los tomadores de decisiones individuales utilizando el proceso político para promover sus propios intereses” Hill, 1999,:1, en otras palabras, las propiedades de los agregados sociales se reducen a las propiedades de los individuos. (Lane, 1995:210; citado por Andre Roth, 2002) Los grupos de teorías con premisas opuestas coinciden en considerar al Estado como dependiente de la sociedad.

Dentro de las teorías centradas en el Estado, la acción pública resulta de la toma de decisiones realizadas por políticos y altos funcionarios públicos, es decir el estado es independiente de la sociedad. En este grupo de teorías se encuentran las teorías decisionistas, burocráticas o neoweberianas y algunas teorías neomarxistas. “Todos estos enfoques tienden a minimizar la influencia de los cambios y de los actores situados en torno a lo social, económico, político e internacional del Estado para explicar las elecciones de políticas públicas” (Roth, 2002).

Las teorías mixtas buscan un punto intermedio entre las teorías anteriormente reseñadas. Por un lado rechaza el racionalismo económico y social del primer grupo y por otro lado se resiste a ver la sociedad sometida al estado y al servicio de una minoría del segundo grupo. En este tercer grupo se ubican enfoques como el neocorporativismo, el neoconstitucionalismo, el análisis de redes y la teoría de acción, “sin embargo, por el hecho mismo de su posición intermedia, encontramos algo más que matices en este grupo de teorías, algunas de las cuales flirtean con el paradigma pluralista, mientras que otras se asemejan, en muchos aspectos, al modelo neomarxista” (Meny, Thoenig, & Morata, 1992). El enfoque neocorporativista se fundamenta entre estrechas relaciones

entre minorías de grupos y el estado, Schmitter, figura de este enfoque lo define como un “sistema de representación de intereses en cual las unidades constitutivas se organizan en un número limitado de categorías únicas, obligatorias, no competitivas, organizadas de manera jerárquica y diferenciadas a efectos funcionales, reconocidas o autorizadas (si no creadas) por el Estado, que les concede deliberadamente el monopolio de la representación dentro de sus categorías respectivas”. (Meny, Thoenig, & Morata, 1992).

El enfoque basado en la teoría de entramados define red como el “conjunto de relaciones de tipo específico entre un conjunto de actores” (Lazega 1994: 293, 2002) .Esta teoría supone la interdependencia de las políticas públicas con varias instituciones o grupos y según la especificidad de cada política tendrá distintos actores involucrados en la red. Donde cobra mayor importancia las relaciones entre actores que las características o atributos individuales.

El enfoque neoinstitucional, es la inserción y la fusión de antiguos elementos en los elementos no institucionales de las teorías políticas contemporáneas (March, 1992) el neoinstitucionalismo presenta variantes que confieren importancia al contexto histórico, económico, sociológico entre otros. El enfoque histórico busca “conceptualizar la relación de las instituciones y el comportamiento individual en términos relativamente amplios en el neoinstitucionalismo económico, el estado juega un rol principal en la definición de las bases de los arreglos contractuales que fijan costos de transacción entre intereses e instituciones, esta interacción debe resultar válida para el sector privado. Finalmente el género sociológico del neoinstitucionalismo” (Roth, 2002), “postula que la mayoría de las formas y procedimientos pueden ser entendidos como prácticas culturales en la aprehensión de las condiciones de formación y funcionamiento de las organizaciones” (Roth, 2002). Los factores culturales son instituciones lo que incita al análisis de instituciones culturales que pesan sobre el comportamiento individual y establecen la legitimidad de las organizaciones.

1.1.3 La política pública social. Tal y como lo comenta Isabel Ortiz, las primeras expresiones de la política pública social en los años ochenta y noventa fue puramente asistencialista, “centrada en proporcionar asistencia social (“safety nets”) y servicios básicos, completamente insuficiente para lograr un desarrollo social y económico equilibrado” (Ortiz, 2007). En consecuencia, la política social era considerada secundaria basada en una noción de “desarrollo económico prioritario”, donde el objetivo era reducir los efectos no deseados de las fluctuaciones económicas.

Siguiendo con la misma autora, quien señala que superados los escollos que tuvieron que superar las políticas públicas sociales durante la última parte del siglo XX⁵, sólo hasta comienzos del siglo XXI ha surgido un consenso respecto al papel primario de las políticas sociales dentro de la función del Estado contemporáneo, suponiendo mucho más que “un limitado conjunto de redes de asistencia y servicios para cubrir los fallos del mercado. Las políticas sociales bien diseñadas e implementadas pueden, por el contrario, promover el empleo y el desarrollo, erradicar la marginación, configurar países, y facilitar la superación de conflictos” (Ortiz, 2007).

En otros términos, las políticas sociales surgen luego de entenderse que el crecimiento económico no puede ser el único objetivo de los Estados, pues no honrarían sus finalidades si logran un amplio crecimiento económico pero beneficiando a unos pocos bajo la sombra de altos índices de pobreza e inequidad social y económica.

⁵ Ortiz (2007, p. 7) explica sobre el particular lo siguiente: “Muchas de estas iniciativas sociales anteriores a los años ochenta fueron abandonadas ante reformas orientadas a la liberalización de mercados y frente a los ataques críticos al intervencionismo del Estado. Los programas de ajuste estructural lanzados tras la crisis de la deuda de 1982 redujeron drásticamente los gastos sociales, hasta el punto que UNICEF hizo un llamamiento al “ajuste con una cara humana”. Tras haber sido reducidas a la más mínima expresión, las políticas sociales se volvieron a reconsiderar a finales de los años noventa, con una renovada atención a las estrategias de reducción de pobreza. Incluso entonces, las políticas sociales fueron tratadas como algo marginal; reducidas a poco más que la idea del establecimiento de redes de asistencia social en tiempos de crisis económica (“safety nets”), como en la crisis Asiática, o la expansión de la educación básica en el resto del mundo, la mayoría de veces abandonadas a manos de programas sociales financiados por donantes y no por los gobiernos”.

Por esta razón, la política social está relacionada con el bienestar de las personas a través de la acción social (Adelantado, José), concerniéndole todos aquellos aspectos de las políticas públicas relacionadas con la dicotomía entre mercado y relaciones de no mercado que contribuyen a aumentar o reducir el bienestar de personas o grupos (Adelantado, José).

Sin embargo, el concepto de política social no es tan pacífico como se piensa, y como bien lo explica Sonia Fleury, existe toda una gama de definiciones de políticas sociales que serán abordadas muy someramente.

La primera noción de políticas sociales, en la clasificación de Fleury, es la relacionada con la visión finalista de dichas políticas y que se refieren a los esfuerzos sistemáticos “*para reducir las desigualdades entre los hombres*”. De esta definición Fleury rescata el contenido valorativo de las mismas, esto es, que bajo esta visión, las políticas sociales contienen valores y si se quiere principios que orientan la acción social hacia ese fin previamente determinado, pero la principal crítica, de acuerdo a la misma autora, es que no tiene la capacidad de facilitar instrumentos para evaluar y estudiar realidades concretas.

La segunda definición concibe a las políticas sociales desde el punto de vista sectorial, es decir, que se entiende por tales políticas a aquellas que atienden determinados sectores considerados como sociales. En este contexto Fleury define las políticas sociales “como las decisiones, estrategias e instrumentos (programas y proyectos) que se orientan para el cumplimiento de determinadas metas en los sectores de educación, salud, vivienda y seguridad social, a manera de ejemplo” (Fleury, 1999).

La crítica que evidentemente se realiza a este enfoque es que concibe a las políticas sociales de manera fragmentaria, como si fuera posible escindir las políticas económicas de estos programas sociales.

Siguiendo a la misma autora, las conceptualizaciones funcionales de las políticas sociales

están orientadas por el siguiente aforismo: “Intervenciones del Estado orientadas a la reproducción de la vida de los sujetos sociales”. Sobre esta definición la autora en cuestión presenta el siguiente reparo:

“El principal problema de las conceptualizaciones funcionales radica en el raciocinio funcional que no permite identificar contradicciones. El definir un proceso no por sus características inherentes, sino por la función que viene a cumplir, conduce frecuentemente a análisis simplistas de la complejidad de las políticas sociales, ya que su sentido o está predeterminado por su función o sólo puede ser identificado ex- post facto”. (Fleury, 1999).

Bajo la perspectiva de las conceptualizaciones relacionales, la política social es entendida como el producto de una dinámica relacional de poder, “en la cual diferentes actores son constituidos, se interpelan, se enfrentan y redefinen sus identidades y estrategias” (Fleury, 1999) y finalmente, bajo la noción operacional, las políticas sociales son entendidas como “los instrumentos y mecanismos utilizados para organizar la acción dirigida a determinados fines. En estas definiciones la política social es caracterizada como una política pública, involucrando tanto la toma de decisiones con relación a cómo enfrentar un problema identificado como prioritario en la agenda pública, así como el conjunto de medidas, de carácter institucional e instrumental que son movilizados para alcanzar el fin propuesto”.

1.2 Las políticas para habitantes de calle antes de 1991

Las políticas sociales en Colombia han tenido un proceso de consolidación histórica que inició en el marco de la asunción del Estado intervencionista en Colombia, desde la reforma constitucional de 1936, con una consolidación legal en materia social con la Caja Nacional de Previsión en 1944 y la ley 90 de 1946, que creó el Instituto de Seguros Sociales, que se complementa con la creación de diferentes fondos sociales territoriales en los siguientes años.

Sin embargo, en aquella época el abandono infantil, la mendicidad, la discapacidad y las demás personas vulnerables estuvieron a cargo de la iglesia y organizaciones no gubernamentales organizadas en fundaciones.

Posteriormente la ley 75 de 1968 creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para desarrollar programas sociales con especial énfasis a la infancia, financiando este rubro de gasto social con diferentes cargas parafiscales. En 1974 se crea el sistema nacional de salud a través del decreto ley 056 de 1974 que introduce “la teoría general de sistemas como instrumento de articulación de entidades prestadoras de servicios de diferente naturaleza y de ordenamiento de sus acciones en beneficio de la población”. (Zapata, 2009).

Es así, que para analizar las diferentes respuestas que desde la administración se le han dado a las principales vulneraciones de los derechos de los habitantes de la calle como la vida, la vivienda, la salud y la alimentación, entre otros, es preciso señalar que las políticas públicas sobre la materia han estado estrechamente vinculadas con las directrices de carácter nacional.

Como consecuencia de la centralización política contemplada en el esquema territorial previo a la promulgación de la Constitución Política de 1991, las políticas públicas de cada ente territorial no distaban mucho de aquellas tomadas por las autoridades de carácter nacional. En este orden de ideas, es importante señalar que en materia de inclusión social, antes de 1991 estas se caracterizaban por estar enfocadas hacia acciones caritativas o asistencialistas a cargo, principalmente, de la Iglesia.

1.2.1 La Influencia del Peligrosismo Penal. Se inicia el camino con el estudio de la influencia del peligrosismo penal y de las medidas de previsión de policía establecidas contra las “clases peligrosas” y personas “peligrosas” durante el siglo XX. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional acogieron las tesis de la Escuela Penal Italiana desde la ley 95 de 1936,

y solo fueron suprimidas con la expedición del Decreto Ley 100 de 1980 y desaparecieron totalmente con la expedición de la constitución del 91 que adoptó los principios de culpabilidad propios del derecho penal de acto.

De la mano con el peligrosismo, la teoría de la defensa social también influencia la legislación colombiana del siglo XX. Esta teoría, ampliamente difundida a partir de los trabajos de Enrico Ferri, considera la pena como un medio de defensa social, incluyendo además los medios preventivos de defensa social denominados “sustitutivos penales” (Baratta, 2004), pues según el mismo Ferri, el delito era una manifestación de la personalidad del delincuente. Esta tendencia se manifestó en su momento en la jurisprudencia colombiana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo la sentencia del 31 de julio de 1946.

Esta situación explica por qué a pesar de que las políticas sociales en Colombia han tenido un proceso de consolidación histórica que inició en el marco de la asunción del Estado intervencionista en Colombia, desde la reforma constitucional de 1936, con una consolidación legal en materia social con la Caja Nacional de Previsión en 1944 y la ley 90 de 1946, que creó el Instituto de Seguros Sociales, que se complementa con la creación de diferentes fondos sociales territoriales en los siguientes años, solo empezaron a enfocarse en los habitantes de calle en la segunda década del siglo XXI.

1.2.1.1 Algunos antecedentes en el caso italiano. En primer lugar es pertinente hacer algunos comentarios sobre el peligrosismo penal Italiano que a su vez influenció la legislación colombiana de la época. Para ello acudiremos a lucida explicación del profesor Ferrajoli quien hace una muy completa descripción de las medidas de previsión de policía establecidas contra las “clases peligrosas” y personas “peligrosas” durante el siglo XIX y durante el fascismo en Italia. Destaca

que las medidas de prevención representan una institución moderna que en Italia proviene de la legislación de los Saboya. (Ferrajoli, 1995, pág. 784)

En este orden, el código penal sardo de 1839 dedica todo el capítulo III del título VIII del libro II estaba dedicado a “los ociosos, vagabundos, mendigos y otras personas sospechosas”. Sin embargo, Ferrajoli explica que la primera disposición orgánica contra este grupo poblacional fue la ley provisional 26.2.1852 que consideró al ocioso y al vagabundo como personas que están en delito permanente, considerándose como delitos y castigados como tales con “relegación o con pena de prisión por tiempo no inferior a cinco años”.

Tiempo después, -explica el mismo Ferrajoli-, la normativa penal incluyó listas de sospechosos acentuando el control incluso sobre los trabajadores de fábricas. Bajo el periodo fascista, el tema fue retomado y regulado con mayor dureza, estableciendo así el internamiento en instituciones de beneficencia de las personas consideradas inhábiles, la repatriación con hoja de ruta obligatoria para las personas sospechosas y de las personas que acabaron de cumplir una pena privativa de la libertad, la admonición para los ociosos y vagabundos habituales aptos para desempeñar un trabajo, para los difamados y para las personas tenidas como peligrosas por la opinión pública y el confinamiento policial de uno a cinco años en una colonia o municipio del reino distinto al de la residencia del condenado, para los sancionados con admonición y para los difamados cuando sean peligrosos para la seguridad pública. (Ferrajoli, 1995).

Este tipo de medidas se mantuvieron incluso en la época republicana italiana, manteniendo un esquema de delitos de autor, donde no se sanciona una conducta ilícita sino el hecho de ser vagabundo u ocioso. De hecho, posteriormente se expidió el sistema de medidas de seguridad contempladas en la ley de 1956, para personas peligrosas que incluyó dentro de su ámbito de personas sospechosas a posibles mafiosos, es decir, que no se sancionaba el delito de mafia en estricto sentido sino por la sospecha de pertenecer a una organización mafiosa.

1.2.1.2 El peligrosismo penal en Colombia. Ferreira García, señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional acogieron las tesis de la Escuela Penal Italiana desde la ley 95 de 1936, y solo fueron suprimidas con la expedición del Decreto Ley 100 de 1980 y desaparecieron totalmente con la expedición de la constitución del 91 que adoptó los principios de culpabilidad propios del derecho penal de acto⁶.

Por su parte, de acuerdo a Parada Gamboa (2012), el peligrosismo penal ingresó de la mano del partido liberal en los años 30 y se mantuvo en el Código Penal de 1980, que “filtró una concepción terapéutica de corte peligrosista propio del discurso de la Criminología Positivista del siglo XIX”: (Parada, 1980).

“No solo fue la peligrosidad característica de la Escuela Positiva el fundamento de la medida de seguridad, sino también la curación, como base del internamiento psiquiátrico, y la enfermedad mental para adoptar el peligrosismo como corriente vigente en las legislaciones penales colombianas”. (Parada, 1980).

Esta afirmación coincide con el relato que sobre la materia ha hecho la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia C-016 de 1997, de donde se toma la línea cronológica que se expone a continuación: (Corte Constitucional, 1997).

Explica la Corte que el Código Penal de 1936 estableció en su artículo segundo la distinción entre delitos y contravenciones, correspondiéndole la represión de las contravenciones a la policía. Las penas principales del código eran el presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa y como accesoria, entre otras, "la relegación a las colonias agrícolas penales".

Continúa explicando la Corte que sanción de relegación a colonia agrícola penal consistía,

⁶ No obstante Ferreira García (2014) sostiene que “una de las nociones más importantes para aquél pensamiento criminológico yace aún vigente en nuestro sistema procesal penal: se trata del peligro para la comunidad, una de las causales para la imposición de la medida de aseguramiento contenidas en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004”.

en "la permanencia del condenado en los lugares de colonización que señale la Dirección General de Prisiones, en donde deberá dedicarse a trabajos agrícolas o en obras públicas, sin estar sometido a otro régimen que el determinado especialmente para la colonia por la ley correspondiente".

Advierte la Corte en la sentencia en mención, que por esa misma época –la de la expedición del código penal del 36-, también se expidió la ley 48 de 1936, denominada "Sobre vagos, maleantes y rateros", que tipificó la vagancia como conducta contravencional, y como presunción de la misma, la dedicación habitual y sin causa justificada a la mendicidad.

Continúa explicando la Corte que tiempo después, se expidió el decreto legislativo No. 014 de 1955, "por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social", con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución del 86, y en él se dispuso que las medidas allí contempladas se aplicarían a "las personas cuyos antecedentes, hábitos o forma de vivir, las coloquen en estado de especial peligrosidad social", entendiéndose por aquellos "los que fingieren enfermedad o defecto orgánico para dedicarse a la mendicidad".

Luego se expidió el Decreto 1699 de 1964, "por el cual se dictan disposiciones sobre conductas antisociales", y dispuso que "atenta contra la propiedad. El que se dedique a la mendicidad, fingiendo enfermedad o defecto físico...", y contra el orden social, "El que careciendo de medios propios de subsistencia o de persona obligada a suministrárselos, no tenga ocupación lícita sin causa justificada".

La misma finalidad tuvo el decreto 1118 de julio 15 de 1970, "por el cual se expide el Estatuto de las Contravenciones", y por último, la Corte Constitucional explica el decreto 522 de 1971 derogó el decreto 1118 de 1970 y retiró las contravenciones del Código Penal, para incorporarlas al Código de Policía, decreto 1355 de 1970, conservando el mismo bien jurídico protegido, la misma descripción del tipo y la misma sanción.

1.2.2 La Influencia de la Teoría de la Defensa Social. Como ya se anticipó en líneas anteriores, códigos penales de la época como el código penal de 1936 tienen una noción positivista del delito, equivalente a un fenómeno natural y social que expresa una personalidad antisocial del delincuente Nuño Henao y además, plantea una concepción de la pena como medio de defensa social “cuya aplicación debe hacerse valorando la peligrosidad del delincuente, además de la gravedad del delito” (Nuño, 2002) en consecuencia la sanción penal es vista como una forma de defensa social del delincuente, sin importar quien comete la conducta punible, es decir, no importa que se trate de un imputable o un inimputable.

Esta tesis tiene explicación entre otros, en los trabajos de Enrico Ferri, quien también considera la pena como un medio de defensa social, incluyendo además los medios preventivos de defensa social denominados “sustitutivos penales”, pues según el mismo Ferri, el delito era una manifestación de la personalidad del delincuente. En ese orden, para Ferri, la pena no tenía una función de exclusiva represión, a través de lo que hoy se conoce como previsión general y previsión particular, sino que también una función curativa y reeducadora, por lo que la pena tendría un grado importante de indeterminación.

Esta tendencia se manifestó en su momento en la jurisprudencia colombiana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo la sentencia del 31 de julio de 1946, citada por la cual manifestó lo siguiente:

“Todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el C.P. derogado desapareció por completo en la nueva ley. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca adaptable a su personalidad.

Las penas y las medias de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la personalidad del sujeto criminal”. (Nuño, 2002).

De acuerdo a la Corte Constitucional en sentencia C-016 de 1997, la teoría de la defensa social consiste en lo siguiente:

La pena que se impone por la comisión del delito no tiene por objeto castigar un mal, sino defender a la sociedad de todas aquellas personas que representan un peligro para la misma, sometiéndolas a un tratamiento que busque readaptar al individuo; en consecuencia, la pena debe aplicarse teniendo en cuenta la temibilidad del agente más que la gravedad objetiva del delito. De ahí que las sanciones no deban ser determinadas desde el principio, sino extender su duración hasta que el individuo deje de ser un sujeto socialmente peligroso. Si el fin de la sanción es la defensa de la sociedad, ésta no debe esperar que el daño se consume, sino que debe anticiparse a su realización y aplicar una medida predelictual a quien, sin haber cometido todavía un hecho punible, demuestre ser, sin embargo, un sujeto peligroso.

Precisado lo anterior, es importante advertir los principios de la ideología de la defensa social descritos por Baratta, precisando en todo caso que la ideología de la defensa social no debe confundirse con el movimiento de estudios entorno al derecho y a las reformas penales denominado “defensa social” (Baratta: 2004 p. 36). De acuerdo al autor en mención, la ideología de la defensa social consta de seis principios a saber: legitimidad, del bien y del mal, de culpabilidad, del fin o la prevención, de la igualdad y del interés social y del delito natural. En su orden cada uno es explicado por el autor en mención en los siguientes términos:

1. El principio de legitimidad se fundamenta en que el Estado –como expresión de la sociedad políticamente organizada-, está legitimado para reprimir la criminalidad que representa la legítima reacción de la sociedad a través de sus instituciones oficiales de control social como el

poder legislativo y judicial, el poder ejecutivo a través de la policía y las instituciones penitenciarias; reacción que está dirigida “a la reprobación y a la condena del comportamiento desviado individual, y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales”. (Baratta, 2004).

2. El segundo principio es definido como del bien y del mal, donde se entiende al delito como un daño para la sociedad organizada entendida como el bien y la desviación criminal como el mal, pues “el delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social”. (Baratta, 2004).

3. El principio de culpabilidad parte de la premisa según la cual “el delito es expresión de una actitud interior reprochable, porque es contrario a los valores y a las normas presentes en la sociedad aun antes de ser sancionadas por el legislador”. (Baratta, 2004).

4. En cuanto al principio del fin o de la prevención, la pena no tiene la función de retribuir, sino de prevenir el crimen: “*Como sanción abstractamente prevista por la ley, tiene la función de crear una justa y adecuada contramotivación al comportamiento criminal. Como sanción concreta, ejerce la función de resocializar al delincuente*”. (Baratta, 2004).

5. El principio de igualdad, explica Baratta, consiste en que la ley penal es igual para todos los autores de delitos, donde el comportamiento criminal es el de una minoría desviada.

6. Finalmente, el principio del interés social y del delito natural, es explicado por el autor en mención en los siguientes términos:

El núcleo central de los delitos definidos en los códigos penales de las naciones civilizadas representa la ofensa de intereses fundamentales, de condiciones esenciales a la existencia de toda sociedad. Los intereses protegidos mediante el derecho penal son intereses comunes a todos los ciudadanos. Sólo una pequeña parte de los delitos representa la violación de determinados órdenes políticos y económicos y es castigada en función de la consolidación de éstos (delitos artificiales).

Nótese entonces, que la influencia del positivismo penal y en especial, del peligrosismo penal y la teoría de la defensa social, fueron marcadas en el ordenamiento jurídico colombiano y fueron usadas como el principal derrotero empleado por el Estado a la hora de actuar frente a la población habitante de calle.

Sin embargo, no se puede desconocer el hecho de que desde la Constitución de 1886 se trató de introducir un cambio en tal sentido. En efecto el artículo 19 de la constitución de la época, preceptuó que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos” (artículo 19, 1886), pero con la expedición del acto legislativo 01 del 5 de agosto de 1936, publicada en el Diario Oficial No. 23.263 de 22 de Agosto de 1936, que introdujo una importante transformación del Estado, al pasar de un Estado gendarme a un Estado intervencionista, introduciendo esta vez en el artículo 19 Constitucional lo siguiente: “La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar”.

Pese a la mencionada reforma Constitucional, el trato hacia la población habitante de calle estuvo privilegiada en mayor grado por los paradigmas peligrosistas y de la defensa social antes mencionados.

1.3 Las Políticas Públicas para habitantes de la calle en la constitución de 1991

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 trajo consigo una serie de cambios determinantes en lo referente a las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos. Para el caso de los habitantes de la calle es preciso señalar algunos de los aportes de la Constitución de 1991 que han contribuido a la formulación de políticas públicas más adecuadas a sus necesidades.

Desde el punto de vista dogmático, la Constitución en su artículo primero acogió un nuevo esquema político fundado en torno al respeto y garantía efectiva de la dignidad humana. También se consagraron una serie de derechos con fuerza o rango constitucional y los respectivos mecanismos para hacerlos efectivos. Cabe destacar que la Constitución consagra el deber que tienen las autoridades públicas de realizar acciones afirmativas para favorecer grupos vulnerables en condiciones de debilidad manifiesta como los habitantes de la calle.

Todo lo anterior acompañado de la creación de la Corte Constitucional, Tribunal al que le ha sido atribuida la función de guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, cuyo rol en la protección de los derechos de los habitantes de calle, como se mencionó, ha contribuido a través de su jurisprudencia.

En adición a lo anterior, en cuanto a la parte orgánica, se introdujo el gasto focalizado hacia lo social como prerrogativa constitucional en la formulación de los diferentes planes y presupuestos de la Nación, como también en los de las entidades territoriales, además de ampliar la autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites fijados por la Constitución y por la ley.

1.3.1 Aproximación a Las Políticas Sociales Colombianas en Relación a los Habitantes de Calle. Con la expedición de la Constitución Política de 1991, que introduce la cláusula de Estado Social de Derecho e introduce un nuevo proceso de liberación económica, atribuyendo al estado funciones reguladoras, donde podemos caracterizar los modelos introducidos de la siguiente manera:

En lo que corresponde el modelo económico, la Constitución de 1991 combina el librecambismo (Art.333) con intervencionismo (art. 334); establece la que la actividad económica e iniciativa privada son libres (art.333), limitadas sólo por el poder legislativo; permite la libre competencia; limita la creación de monopolios estatales (Art. 336) y la intervención del Estado está

limitada a regular y controlar (Art. 150), permitiendo privatizaciones (Art. 60 y 336) y estableciendo la propiedad como función social.

En cuanto al modelo social, la Constitución de 1991 presenta una tendencia a modificar el Estado benefactor anterior. El actual modelo social se caracteriza por la consagración de derechos fundamentales, con su respectivo mecanismo de protección constitucional a través de la acción de tutela (Art. 86) y la consagración de los derechos sociales que en principio serían protegidos a través de la acción popular y de grupo (Art. 87). Mantiene la flexibilización del régimen laboral instaurado desde la ley 50 de 1990. Se abre paso a la desmonopolización de la seguridad social (Art. 48 C.P Ley 100/93), al igual que de los servicios Públicos Domiciliarios (Art. 365 C.P Ley 142/94), se desregula la educación (Art. 67, 68 y 69) y se introducen los conceptos de subsidio a la demanda (Ley 100/93, ley 142/94) y al principio de solidaridad (Art. 1 C.P). Además se afirma que el gasto social debe ser creciente y sus recursos descentralizados, para aumentar el gasto social a nivel territorial.

Bajo el anterior manto constitucional se concibió lo que hoy conocemos como la ley 100 de 1993, controversial, con defensores y contradictores, creó un sistema de seguridad social integral regida por el principio de universalización de la seguridad social en salud.

Además, Juan Gonzalo Zapata explica que la política social colombiana tomó el siguiente rumbo en materia de pobreza a partir de 1994, cuando este tema empezó a hacer parte de la agenda pública, con una política pública específica, “con modelos de gestión novedosos como la Red de solidaridad social y criterios de priorización y focalización de la atención en aquellas personas, familias y grupos vulnerables, previamente identificados como beneficiarios que requieren de la atención social del Estado. Como ejemplo valga mencionar el Sistema de Identificación de Beneficiarios (SISBEN), como instrumento de estratificación socioeconómica”. (Zapata, 2009).

Este autor explica que la teoría sistémica impactó de forma importante la institucionalidad

de la política social en Colombia: “Desde su irrupción en 1974 y hasta 2007, se han creado cuando menos diez diferentes sistemas relacionados con la política social nacional. A partir de 2002, el Ministerio de la Protección Social (MPS), fusión de los ministerios de salud y trabajo, es el encargado de diseñar políticas dirigidas a la reducción, mitigación y superación de los riesgos originados en fuentes naturales, ambientales, sociales y económicas relacionadas con el trabajo, el ciclo vital y la salud”.

Finalmente –para efectos de este trabajo-, es importante hacer mención de la ley 789 de 2001, que creó el sistema de protección social integrada o conformada por tres componentes: seguridad social integral; sistema de promoción social y sistema social de riesgo y el sistema de formación de capital humano.

Zapata argumenta que en la última década el propósito principal de la política social fue la reducción de la pobreza, la desigualdad y los desequilibrios sociales en concordancia con los objetivos de desarrollo del milenio: “Para el cumplimiento de sus objetivos introdujo modificaciones en la institucionalidad responsable del diseño y la ejecución de la política social. En 2002 creó el Sistema Nacional de Protección Social (SPS) como instrumento ordenador e integrador de instituciones, políticas, normas y recursos destinados a mejorar la calidad de vida de la población”. (Zapata, 2009).

No obstante, las cifras de desigualdad social y de pobreza extrema no ceden en Colombia y la tarea en la materia aún es extensa. Gran parte de las dificultades que hasta ahora ha demostrado la política social en Colombia para reducir la pobreza y la pobreza extrema, es que históricamente es la misma política social la que discrimina a la población que en teoría debería tener una atención privilegiada por parte de dichas políticas y programas.

Este es el caso de los habitantes de calle que en gran parte han sido ignorados por las políticas sociales colombianas. Es cierto que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991

se terminó de desmitificar en nuestro ordenamiento jurídico la visión peligrosista y de defensa social existente sobre la población habitante de calle. Es cierto también que a partir de la Constitución del 91 se dio un nuevo impulso a las políticas sociales en Colombia, tendientes a erradicar la pobreza y la pobreza extrema en nuestro país, no obstante, la población habitante de calle ha continuado marginada por el mismo sistema.

Un ejemplo de ello, es que el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN) es una herramienta, conformada por un conjunto de reglas, normas y procedimientos para obtener información socioeconómica confiable y actualizada de grupos específicos en todos los entes territoriales del país, con el objetivo de focalizar el gasto público para de esta manera garantizar que el gasto social sea asignado a los grupos de población más pobres y vulnerables (Instituto de servicios Urbanos).

No obstante, quienes quieran acceder al SISBEN, necesitan cumplir con dos requisitos fundamentales: contar con un domicilio y poseer un documento de identidad. Evidentemente la población habitante de calle no cuenta con un domicilio y en la gran mayoría de casos tampoco cuenta con documento de identidad, por tanto es claro que desde los mismos requisitos exigidos para acceder al SISBEN, se está discriminando a la población habitante de calle.

1.3.2. Los derechos sociales de acuerdo a la corte constitucional. Vista de manera muy somera la evolución de las políticas sociales en Colombia, es válido empezar a darle un vistazo a la relación de la Corte Constitucional con los derechos sociales. En este sentido, García Villegas, explica la Corte ha intervenido en los derechos sociales a través de un activismo “constructivista e intermedia”, según la cual “este tipo de activismo es un elemento necesario para alcanzar transformaciones sociales que, sin embargo, es insuficiente para lograrlas por sí solo”. (Villegas, 2011).

Bajo esta visión, García Villegas explica que a partir de la visión constructivista del activismo de la Corte en materia de derechos sociales, ni la norma ni la actividad judicial pueden generar cambios sociales por sí solos “como si fueran elementos externos capaces de causar transformaciones en los contextos en los que pertenecen”.

Sin embargo, García Villegas señala que el enfoque constructivista sirve para explicar la relación del derecho y su contexto, pues “las promesas del derecho pueden ser utilizadas por los movimientos sociales y políticos como parte de una lucha más amplia para alcanzar transformaciones sociales”, razón por la cual las sentencias de la Corte Constitucional son insuficientes para promover cambios sociales en materia de derechos sociales, donde además no hay un verdadero activismo judicial capaz de aplicar directamente los derechos sociales.

Según el autor en cita, los fallos “son más bien remedios judiciales destinados a proteger derechos sociales ya reconocidos que los agentes públicos rechazan o se niegan a aplicar pese a su obligación de hacerlo”, y en muchos casos “solamente son capaces de proteger a aquellas personas que hasta cierto punto ya están protegidas, por lo cual pueden dejar sin protección a los grupos más excluidos y marginalizados”. De esta manera el autor en cita concluye, en relación al activismo de la Corte con los derechos sociales lo siguiente:

En consecuencia, estos grupos no emplean la acción de tutela como un mecanismo para reclamar la protección de sus derechos, lo cual ayuda a explicar el hecho de que la mayoría de las sentencias de tutela no tiene que ver con sus casos. Si estas sentencias no ayudan a los más necesitados atendiendo sus casos, es muy difícil sostener que pueden ayudar a producir un cambio social trascendental. Por el contrario, estos fallos pueden ser interpretados como medios para proteger a las clases medias y así preservar el statu quo. Por otro lado, las sentencias de la Corte sobre derechos sociales que pueden ser catalogadas como verdaderamente activistas son más bien pocas. Por ello, si bien sus efectos son importantes,

son muy limitados en aras de producir transformaciones sociales efectivas. (Villegas, 2011).

1.3.3 Los lineamientos para la política pública para habitantes de calle en la ley 1641 de 2013. La ley 1641 de 2013, publicada en el Diario Oficial No. 48.849 de 12 de julio de 2013⁷, se refiere por primera vez a los habitantes de calle como sujetos de especial protección que requieren de la atención del Estado a través de la definición e implementación de una política pública coherente con las realidades de este grupo poblacional; de esta manera, la norma en comento establece por vez primera los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle.

En ese orden, el objeto de la ley es “establecer los lineamientos generales para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle dirigidos a garantizar, promocionar, proteger y restablecer los derechos de estas personas, con el propósito de lograr su atención integral, rehabilitación e inclusión social”.

La norma define qué es una política pública para habitantes de calle. En primer lugar señala que es una política pública social constituida por “el conjunto de principios, lineamientos, estrategias, mecanismos y herramientas que orientarán las acciones del Estado colombiano en la búsqueda de garantizar, promover, proteger y restablecer los derechos de las personas habitantes de la calle, con el propósito de lograr su rehabilitación y su inclusión social”.

Bajo la misma lógica, la ley propone una definición de habitante de calle entendiendo por aquel, “la persona sin distinción de sexo, raza o edad, que hace de la calle su lugar de habitación, ya sea de forma permanente o transitoria y, que ha roto vínculos con su entorno familiar”.

Esta última expresión de la definición, es decir, “y, que ha roto vínculos con su entorno familiar” fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-385 de

⁷ Ley 1641 del 12 de julio de 2013, “*Por la cual se establecen los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle y se dictan otras disposiciones*”

2014, al considerar que la exigencia de haber roto vínculos con el entorno familiar, en tanto requisito para ser calificado como habitante de la calle, genera un desconocimiento del derecho a la igualdad.

Para fundamentar su posición, la Corte hizo un juicio de igualdad severo que además se soportó en la noción de habitante de calle construida jurisprudencialmente para concluir que “tanto la noción de indigente, como la de habitante de la calle se sirven de un componente socioeconómico que hace énfasis en la situación de pobreza y de otro componente geográfico que, en el caso de las personas o grupos en situación de calle, advierte sobre su presencia en el espacio público urbano, en donde transcurren sus vidas y, además, denota la falta de vivienda, dato que distingue a quienes viven en la calle de otros grupos de indigentes”, concluyendo en consecuencia, que “las relaciones familiares de la persona en situación de calle pueden romperse o conservarse, sin que ello incida de manera decisiva en la calificación de la persona como habitante de la calle”, pues esta situación se define a partir de criterios socioeconómicos y geográficos, pues basta con observar familias enteras que se ven inmersas en una condición de indigencia, luego para que se predique tal condición, no es necesario que se haya roto su núcleo familiar o se haya desprendido totalmente del mismo.

Con la anterior precisión, le corresponde al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), con el apoyo de las entidades territoriales competentes realizar la caracterización demográfica y socioeconómica de las personas habitantes de la calle, con la finalidad establecida en el artículo 4º de la ley en mención, esto es, “establecer una línea base para construir los parámetros de intervención social en la formulación, implementación, seguimiento y evaluación del impacto de esta política pública social”.

Ahora bien, una particularidad de la norma es que, tanto el gobierno nacional como las demás entidades territoriales tienen la obligación de adelantar un debate con todos los sectores de sociedad

“para la identificación y construcción del abordaje de la habitabilidad en calle, incluida la participación de representantes de este sector de la población”, que debe tener como insumo la caracterización demográfica y socioeconómica a cargo del DANE.

Entre tanto, el artículo 7º establece las fases de la política pública social para habitantes de calle de la siguiente manera:

“a) Formulación: En esta fase se precisará y delimitará las situaciones relacionadas con los habitantes de la calle, que incluirá el levantamiento de la línea de base; la caracterización sociodemográfica de la población de referencia; delimitación por ciudades de las áreas con mayor concentración de habitantes de la calle; identificación de actores sociales e institucionales que intervienen en la situación; creación de espacios de reflexión sobre la situación en la que intervendrán los diferentes actores comprometidos en ella; definición de prioridades y lineamientos estratégicos de acción. Todo ello conducirá a la formulación del Plan Nacional de Atención Integral a Personas Habitantes de la Calle;

b) Implementación: Esta fase consiste en la puesta en marcha de los programas y proyectos formulados en el Plan Nacional de Atención de los Habitantes de la Calle;

c) Seguimiento y Evaluación de Impacto: Dentro del Plan Nacional de Atención Integral a los Habitantes de la Calle se dispondrá un Sistema de Seguimiento y Evaluación de Impacto que garantice el cumplimiento de los objetivos de los distintos programas y proyectos y las metas trazadas. El sistema medirá los impactos de la implementación de la Política Pública para Habitantes de la Calle.”

Sin embargo, la principal crítica que ha recibido esta norma, es que hasta la fecha no ha iniciado su implementación casi dos años después de la promulgación de la ley 1641 de 2013. De hecho persiste una tardanza injustificada en la caracterización de la población habitante de calle y en la reglamentación de la ley por parte del Gobierno Nacional.

Capítulo II. Fundamentos Constitutivos del Principio de Igualdad y no Discriminación.

2.1 Aproximación Conceptual al Principio a la Igualdad

Previo a abordar el problema jurídico central que convoca esta tesis, es menester establecer una aproximación conceptual a los sustratos teóricos que abarca el problema de investigación planteado. En este orden, el primer sustrato teórico es el principio de igualdad en estricto sentido, que con el paso del tiempo se ha constituido, junto a la libertad, en uno de los baluartes del constitucionalismo en sus diferentes etapas históricas.

2.1.1 Evolución histórica del derecho a la igualdad. La aproximación histórica al principio de igualdad permite observar las constantes contradicciones que tuvieron que superarse para que fuera reconocida eficazmente como un derecho humano. Aunque las civilizaciones antiguas como la Griega y la Romana ya tenían un concepto avanzado de igualdad, aquella sólo se podía predicar respecto de quienes eran considerados ciudadanos, luego quienes no eran considerados como tal, es decir como ciudadanos, no eran considerados como iguales; adicionalmente, por mucho tiempo, la condición de ciudadano y por tanto de igual, fue estrictamente asociada a la propiedad de la tierra o a un privilegio de determinada naturaleza. Por esta razón y pese a que el derecho a la igualdad, constituido como uno de los tres pilares de la revolución francesa: “libertad, igualdad y fraternidad”, fue reconocido por la declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789,⁸ como derecho humano inalienable, tuvieron que pasar muchos años y darse muchas luchas

⁸ La declaración fue aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789, declarando lo siguiente: *“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados; con*

más, para que, entre otras desigualdades, desapareciera el voto censitario, se permitiera la participación política de la mujer, se respetaran efectivamente los derechos civiles y políticos de las personas sin distinción de raza o etnia, se refutara la idea de superioridad de un pueblo sobre otro justificando por décadas periodos tan oscuros como el colonialismo Europeo, no solamente en América, sino también en África y Asia y en últimas, para que la idea de igualdad se sobrepusiera de una manera más o menos generalizada sobre los privilegios y prejuicios que sustentan la idea de desigualdad.

De esta manera, la igualdad es un principio y un derecho que está en constante lucha por invertir los órdenes desiguales consolidados en el tiempo por la sumatoria de distintos factores asociados en muchos casos a la presencia de prerrogativas y privilegios de uno o más sectores y la existencia de prejuicios socialmente aceptados contra un grupo específico.

Desde el punto de vista etimológico, el termino igualdad tiene origen en el latín *aequalitas* (Diccionario etimológico, 2001-2017) está formado con el adjetivo *aequus* que significa igual, justo equilibrado, el sufijo *alis* (relativo a) y el sufijo *tat* (denota calidad). “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad” (DRAE: 2015). (Real Academia Española, 2014) El antecedente *aequalitas* es la expresión griega *Isótes* o *isón* que refiere a “lo igual respectivamente”, que originó la palabra “isonomía” entendida como la igualdad legal de los ciudadanos, en tanto que ostentan los mismos derechos y la palabra *isegoría*, que se refiere a la igualdad de expresión. El punto clave de estas dos locuciones griegas está en que ya refieren la igualdad en relación, respondiendo al interrogante ¿igualdad respecto a qué?

el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos En consecuencia, la Asamblea Nacional, reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 1o.- *Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.*

Villalonga Torrijo, explica que el concepto de igualdad de origen griego, que sirvió de antecedente a la locución latina “aequalitas” o igualdad ante la ley como hoy la conocemos, nace de dos términos que inicialmente tuvieron una connotación lógico matemática y luego fueron trasplantados a la política: “Isótes”, –ya mencionado anteriormente- y “Tautótes” que aunque no son sinónimos, se complementan y forman una definición integral de igualdad. En este sentido Tautótes se refiere a identidad y corresponde a una relación entre términos distintos donde la igualdad es absoluta, esto es, “no requiere una referencia que delimite el alcance de su igualdad, coexistiendo en una misma realidad”, tal noción se traduce en que “los hombres son en esencia idénticos, diferenciándose sólo existencialmente”. (Villalonga, 2001) Entre tanto, el mismo autor explica que la palabra “Isótes” ya no se refiere a una misma realidad $a=a$, sino a realidades distintas $A=B$, es decir, designa a dos términos como iguales per respecto a algo. Por esta razón es que de esa raíz devinieron isonomía e isegoría entre otros, concluyendo lo siguiente:

Tales significados –identidad e igualdad- son utilizados en la organización social, diferenciando según esencia o naturaleza, como entre griegos y bárbaros; y en la determinación de igualdades en quienes comparten una misma identidad, como entre los diferentes miembros de la polis. Derechos iguales exclusivamente entre quienes comparten una identidad común previa a toda igualdad. (Villalonga, 2001).

Ello quiere decir que, a partir del concepto de identidad, se aplicó la igualdad conmutativa y la igualdad proporcional de Euclides, donde la relación entre dos sujetos será justa o injusta dependerá del valor asignado a los primeros: “las igualdades son establecidas sobre quienes tienen una identidad común, pues para que exista una relación, primeramente, los sujetos de ella deben ser reconocidos como tales”. (Villalonga, 2001)

Al verificar algunos de los principales pensadores de la época, la noción de igualdad mantiene este carácter censitario en razón a que sólo se predica para quienes ostentan la calidad de

ciudadanos. Por ejemplo, el filósofo Platón⁹ (Atenas, 427 - 347 a. C.), en su obra la República¹⁰ criticó modelos como la democracia, particularmente por los permanentes cambios de opinión de la muchedumbre y su ignorancia, haciéndose manipulable e incapaz de distinguir y aplicar el bien común (Platón); por esta razón, concibió una república ideal dividiendo a la sociedad en tres clases: los “guardianes”, los “auxiliares” y los “comerciantes”. Las tres clases sociales desarrollarían las funciones principales de la Polis, correspondientes al gobierno, defensa o seguridad y la producción.

La primera clase estaba integrada por los filósofos quienes eran los que podían orientar a la Polis a la Justicia, por tanto, eran los llamados a desempeñar los cargos políticos; los segundos, eran los soldados y demás encargados de la protección de la Polis y los terceros eran los trabajadores que atendían las necesidades básicas del Estado. Esta clasificación determinaba los derechos y prerrogativas de cada clase en razón al grado de perfección de naturaleza del hombre, de tal manera que, por ejemplo, sólo las dos primeras clases sociales debían ser educadas, restringiendo con ello el derecho de participación política, como lo explica Antonio Pelé, al estudiar en su tesis doctoral la obra Platónica:

“Existía así un carácter innato que distinguía a los hombres capaces de ser educados de los que

⁹ “(Atenas, 427 - 347 a. C.) Filósofo griego. Junto con su maestro Sócrates y su discípulo Aristóteles, Platón es la figura central de los tres grandes pensadores en que se asienta toda la tradición filosófica europea. Fue el británico Alfred North Whitehead quien subrayó su importancia afirmando que el pensamiento occidental no es más que una serie de comentarios a pie de página de los diálogos de Platón. (...) Nacido en el seno de una familia aristocrática, Platón abandonó su inicial vocación política y sus aficiones literarias por la filosofía, atraído por Sócrates. Fue su discípulo durante veinte años y se enfrentó abiertamente a los sofistas (Protágoras, Gorgias). Tras la condena a muerte de Sócrates (399 a. C.), huyó de Atenas y se apartó completamente de la vida pública; no obstante, los temas políticos ocuparon siempre un lugar central en su pensamiento, y llegó a concebir un modelo ideal de Estado”. En Enciclopedia Biográfica en línea, Biografías y Vidas consultado en julio de 2015, Disponible en <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/p/platon.htm>.

¹⁰ Según Antonio Pelé (2006, p. 36) “Platón pretendió definir en la República un ideal de organización social y política que permitía alcanzar el Bien común. Las circunstancias históricas de su tiempo, le llevaron en efecto a rechazar los varios tipos de gobiernos que Atenas conoció. Así, la lectura del libro VIII de la República dedicado a los cinco tipos de sociedades, muestra la preocupación de Platón ante los diversos procesos de decadencia del Estado, como si viera una degeneración natural del gobierno más justo al más injusto que derivaba en último resorte de la degeneración biológica”.

no podían recibir esta educación. Con otras palabras, las cualidades del carácter precedían y determinaban las cualidades intelectuales y la dignidad de cada uno. Platón postuló que jamás una naturaleza pequeña podía hacer algo grande y que los hombres indignos no podían ser educados acorde con su dignidad. El concepto de “dignidad” permitía ya definir el valor del individuo pero no tenía en Platón un sentido igualitario. Reflejaba más bien una diferencia de rango que derivaba del grado de perfección de la naturaleza de cada Hombre”.

De alguna manera, la teoría política de Platón se basó en las desigualdades naturales del hombre que a su vez establecieron la división del trabajo al interior de la Polis, por lo que era clara la visión elitista de Platón en lo que corresponde a la noción de igualdad.

Otro filósofo influyente fue Aristóteles¹¹ (384 a. C.-322 a. C.), quien en su conocida obra titulada la Política, asocia a la idea de justicia, la idea de igualdad, así que la máxima de justicia “dar a cada quien lo que corresponde”, se fundamenta en una noción de tratar igual lo igual y tratar lo desigual como desigual, argumentando que es justo el trato desigual pero solo cuando es entre desiguales.

Así las cosas, la denominación clásica de la justicia de Aristóteles expresaba que “está orientada a la distribución de beneficios al dar a cada cual lo suyo” Hernán Alejandro Olano García, dividiéndola en justicia general y en justicia particular, que Durango (2011), explica en los siguientes términos:

1. General. Consiste en el cumplimiento de las leyes naturales —ordena y va del todo a las partes—. Este autor distinguió dos clases de leyes; en primer lugar, la natural, común a todos

¹¹ Aristóteles (384 a. C.-322 a. C.), “La filosofía occidental se asienta en la obra de los tres grandes filósofos griegos de la Antigüedad: Sócrates, Platón y Aristóteles. Pese a la singular relación que los unió (Sócrates fue maestro de Platón, quien lo fue a su vez de Aristóteles), la orientación de su pensamiento tomó distintos caminos, y correspondería a Aristóteles culminar los esfuerzos de sus maestros y ejercer la influencia más perdurable, no sólo en el terreno de la filosofía y la teología, sino prácticamente en todas las disciplinas científicas y humanísticas. De hecho, por el rigor de su metodología y por la amplitud de los campos que abarcó y sistematizó, Aristóteles puede ser considerado el primer investigador científico en el sentido moderno de la palabra”. En Enciclopedia Biográfica en línea, Biografías y Vidas consultado en julio de 2015, Disponible en <http://www.biografiasyvidas.com/monografia/aristoteles/>

los hombres, por lo tanto es universal y puede ser conocida por la razón; trata sobre lo que es justo e injusto conforme a esas leyes universales. La segunda, la ley legal, trata de las normas que cada pueblo se da a sí mismo por medio de sus gobernantes.

2. Particular. Consiste en dar a cada uno lo que le corresponde en las circunstancias concretas —principio de ponderación—. Así, la justicia puede ser: a) Conmutativa —relación de individuo a individuo, igualdad aritmética en tanto trata de establecer la igualdad en los intercambios con un mismo valor, en el entendido que pretende dejar las cosas como estaban antes—, si se refiere a la relación contractual entre personas; b) Distributiva, si se refiere a la relación entre el Estado y los individuos en el reparto de bienes, cargas, méritos, atributos, derechos, deberes y ganancias. El criterio de reparto de la igualdad debe ser proporcional según la norma pública que lo aplique. Por eso, para este autor el Derecho debe ser justo y su aplicación equitativa; y c) Correctiva —judicial o de ojo por ojo—, referida al equilibrio o proporción entre el delito y su correspondiente castigo o sanción. Téngase presente este concepto para cuando se hable de justicia transicional.

Esta visión de igualdad también es excluyente si se tiene en cuenta que la ciudadanía era exclusiva “en la medida que sólo una minoría de privilegiados podía disfrutar de ella” (Antonio Pelé: 2006, p. 196); así que solo era ciudadano aquel que cumplía con determinados requisitos socio económicos para poder participar en la función deliberativa y judicial del Estado en asamblea.

Pasarían muchos siglos para que la idea de una igualdad universal, libre de cualquier visión censitaria y cualquier forma de distinción sólo se dio hasta la revolución francesa de 1789, que bajo sus tres pilares fundamentales: “igualdad, libertad y fraternidad”, proclamó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, consignando una nueva visión de igualdad: la igualdad formal ante la ley.

2.1.1.1 La igualdad formal. Bajo la dirección del pensamiento racionalista e iluminista, la revolución francesa de 1789 permitió la aparición de una noción inédita de libertad, completamente

alejada de la concepción historia o historicista de la libertad construida por el constitucionalismo Inglés; pues el naciente constitucionalismo francés concibe la garantía de las libertades exclusivamente en la razón: *“De ahí que la libertad a la francesa sea una libertad nueva y abstracta que hay que constituir según un modelo ideal, mientras que la libertad a la inglesa sea una práctica antigua que hay que conservar y perfeccionar”* (Guerra, 1992, pág. 130) .

Adicionalmente, las declaraciones de derechos que empezaron a darse a partir de 1789 tuvieron un fundamento iusnaturalista, donde los derechos no se crean, sino que se declaran pues son inescindibles a la naturaleza humana.

En este escenario, apareció la igualdad formal, que se traduce en la igualdad de trato de todo el género humano ante la ley, y que de acuerdo a Carmona Cuenca se entiende como *“el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho”*, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, de influencia liberal. En este sentido Carmona Cuenca explica lo siguiente:

En la época liberal, la igualdad ante la ley viene a significar poco más que un carácter del mandato legal, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. Igualdad se identifica con generalidad de la ley, lo que supone que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos son titulares de los derechos reconocidos en ese ordenamiento.

Pero este principio de igualdad ante la ley va a ser progresivamente referido al momento de aplicación de la ley (...) Ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepciones, sin consideraciones personales. (Carmona Cuenca, p. 266).

2.1.1.2 La igualdad material. La igualdad material surge como respuesta a la igualdad formal, criticada por diversos autores. En la “*Teoría constitucional de la solidaridad*”, se dice que no solamente el constitucionalismo liberal guarda silencio sobre la solidaridad o que la solidaridad no existe dentro del sistema constitucional liberal, sino que la “insolidaridad” es “un principio constitucional” necesario en el sistema liberal: “Precisamente porque es el constitucionalismo formal, del universalismo, de la abstracción, del sujeto (individual), en definitiva y paradójicamente ‘el constitucionalismo de la igualdad’”. (De Cabo, 2006, pág. 44)

De Cabo Martín (2006) argumenta en que el esquema de las constituciones liberales establece un triple garantismo: en el ámbito privado (el de la extracción de la plusvalía) con la garantía de la libertad e igualdad; en el ámbito público a través de la división del poder y la garantía de coexistencia mediante la congruencia o correspondencia entre estos dos ámbitos necesarios en el modo de producción capitalista. Añade que el sistema constitucional completa la realización del individualismo, produciendo “un desconocimiento constitucional de clase”, aunque la constitución sí realiza otra operación de clase: “la vertebración que a su través conduce a la unidad del Estado reconstruye y homogeniza a ese nivel el interés general”; pero con una peculiaridad: el interés general es el ahora el interés general dominante.

El resultado de este proceso de configuración de la subjetividad individual se construye negando su existencia real en el orden social, de manera que el individuo real se disuelve en el orden jurídico, “y por tanto, la abstracción y formalización que implica conducen no sólo a ocultar la desigualdad y la diferencia, sino a impedir que la desigualdad y la diferencia —o lo que es lo mismo, el conflicto— pase al orden jurídico”. (Díaz & Olivas, 1997)

Se concluye en esta interpretación del constitucionalismo liberal, que a partir de la configuración del sujeto, se crean las bases de un sistema estructuralmente insolidario, en cuanto el sujeto lo es en sí y para sí exclusivamente, “un absoluto en sí mismo y cuyo mecanismo central

de participación, mediación y realización es en y a través del mercado. En esas condiciones (y en cuanto el otro, no existe, sino como posible competidor o potencial enemigo), la desintegración social en sentido literal es el resultado, en cuanto quedan excluidos tanto los que no pueden participar; mediar o relacionarse a través del mercado”. (Díaz & Olivás, 1997)

Esta interpretación parece estar en consonancia con la crítica marxista al constitucionalismo liberal, entre otras razones, porque el formalismo que lo identifica impide observar el carácter unitario del ser humano en sociedad, estableciendo una falacia formalista y universalista que descuida el problema de la desigualdad material.

A partir de esta crítica, surge la idea de la igualdad material, mucho más exigente que la formal pues es concebida como punto de llegada y ya no como mero punto de partida:

(...) la igualdad material es mucho más difícil de satisfacer: no tanto por el criterio que determina quiénes son iguales (la pretensión de universalidad también reside en el liberalismo y, circunscrita a los ciudadanos, también en la democracia) como por el criterio que establece en qué consiste la igualdad. Si el liberalismo propone una igualdad en derechos de libertad, y la democracia en derechos políticos, la igualdad que defiende el pensamiento socialista aspira a una igualación en las condiciones materiales de vida (al menos en un umbral mínimo) (Gutiérrez Rivas: 2011, p. 17).

Sin embargo, la historia nos ha enseñado que a pesar de los prolíferos avances respecto a la evolución del concepto de igualdad, hasta bien entrado el siglo XX e incluso hoy en día, se siguen desatando raudas luchas pedagógicas, académicas, políticas, sociales, económicas y culturales por hacer realidad dichos estándares de igualdad y en definitiva, por eliminar toda forma de discriminación y segregación.

2.1.2 Los sujetos del derecho a la igualdad. Para abordar el estudio de los sujetos del derecho a la igualdad (en su dimensión positiva) y el derecho a la no discriminación (en su

dimensión negativa), es pertinente hacer una breve reconstrucción de los conceptos que definen los sujetos de igualdad: persona, individuos y grupos.

2.1.2.1 La noción de persona. Dentro de la teoría de los derechos subjetivos, se dice que un derecho subjetivo es un poder o una facultad de goce cuyo ejercicio depende de la iniciativa de su titular, salvo en los casos de personas incapaces que requieren de un representante para ejercerlo, y además, “*dichos derechos se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos*”. (Valencia & Ortiz Monsalve, 2011)

De acuerdo a lo anterior, únicamente pueden ser titulares de derechos la persona, pues “*debe poseer una condición esencial: ser un sujeto de voluntad, es decir, que debe gozar de la capacidad de querer*”; en consecuencia, la personalidad, solo puede atribuirse a sujetos de voluntad, esto es, los seres humanos y ciertas organizaciones. En el mismo sentido, Valencia Zea explica que todo derecho subjetivo requiere la existencia de un sujeto de derechos, entendida como la persona capaz de ser titular de derechos:

“En general, entiéndase por sujeto de derecho o persona el ente que tiene la capacidad para ser sujeto de las normas jurídicas (activa o pasivamente). Es el centro de imputaciones de contenido jurídico o ente con la capacidad atribuida por el ordenamiento jurídico, para ser sujetos de hechos y consecuencias jurídicos, que también es lo que se denomina personalidad jurídica”. (Valencia & Ortiz Monsalve, 2011).

De acuerdo con lo anterior, no solamente gozan de personalidad jurídica los seres humanos, sino también las personas jurídicas o morales, existiendo toda una clasificación sobre la misma.

2.1.2.2 Las personas naturales. En el derecho colombiano, la Constitución política de 1991 impone al Estado el deber de reconocer personalidad jurídica a todo ser humano si distinción

alguna, como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia como la sentencia T-485 de 1992, donde el tribunal constitucional manifestó lo siguiente:

No debe confundirse el derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuyo contenido, otorga al hombre su condición de ser social, en el nuevo Estado liberal, con los clásicos derechos a la personalidad regulados por el derecho civil y menos aún con el concepto de personas jurídicas o fictas que evoca su idéntica expresión idiomática. Este derecho fundamental a la personalidad jurídica que consagró el Constituyente de 1991 es más una declaración de principio, que acoge a la persona en lugar del individuo, como uno de los fundamentos esenciales del nuevo ordenamiento normativo.

El deber de reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas naturales, es concebido como un derecho fundamental de las personas que se fundamenta en los postulados constitucionales establecidos en los artículos 5, 14 y 38 de la citada Carta Constitucional, donde se reconoce sin distinción alguna, la primacía de los derechos inalienables de todo hombre y su personalidad jurídica y en este sentido en sentencia T-476 de 1992, la Corte Constitucional explica este derecho diferenciándolo del concepto de personalidad jurídica de las personas morales:

El derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica, es un derecho exclusivo de la persona natural; y el Estado, a través del ordenamiento jurídico, tan sólo se limita a su reconocimiento sin determinar exigencias para su ejercicio, y ésta es una de las constituciones políticas donde la inmensa mayoría de los derechos se otorgan sin referencia a la nacionalidad. El derecho a la personalidad jurídica de la persona moral no constituye un derecho constitucional fundamental sino un derecho otorgado por la ley si se cumplen los requisitos exigidos por ésta. (...) porque el artículo 14 de la Constitución, no opera para las personas jurídicas, sino como derecho inherente a la persona natural reconocido por el Estado (T-476 de 1992).

En el ámbito del sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969, estipuló en su artículo primero que los Estados Partes “*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona (...)*”, entendiéndose por persona todo ser humano.

En lo que corresponde al nacimiento de la persona humana, ordenamientos jurídicos como el colombiano, entienden que, si bien es cierto que la existencia biológica del ser humano comienza desde la concepción misma, la personalidad sólo se otorga a los seres humanos que nazcan vivos, como expresamente lo estipuló el artículo 90 del Código Civil; es decir, el nacimiento se materializa cuando el ser humano se ha separado totalmente de su madre. En consecuencia, el feto o la existencia biológica del que está por nacer no es titular de personalidad jurídica, pero si es objeto de especial protección por parte del Estado, para evitar cualquier daño que pueda sufrir y el ordenamiento jurídico sanciona los daños efectivamente causados sobre estos. (Valencia Z. A., s.f., pág. 381)

2.1.2.3 Las personas jurídicas. De acuerdo con la legislación civil colombiana, las personas se clasifican en personas naturales y jurídicas, (artículo 73 del código civil). Las personas naturales se refieren a todo ser humano y las personas jurídicas son, de acuerdo al artículo 633 del código civil, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, además de poder ser representada judicial y extrajudicialmente. En el caso colombiano, la noción de persona jurídica responde al criterio de ficción, esto es, que en el mundo del derecho se crea un ente ficto para atribuirle derechos y obligaciones.

El primer problema que se plantea respecto a los sujetos del derecho a la igualdad es si las personas jurídicas, por el hecho de ser ficciones jurídicas, pueden ser sujetos de igualdad. Este primer problema se plantea advirtiendo que la convención americana para los derechos humanos

estipula que solo pueden ser objeto de protección las personas, entendiendo por tales todos los seres humanos.

En este contexto, tanto la comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han emitido distintos pronunciamientos al respecto, con ocasión de determinar si las personas jurídicas pueden considerarse como víctimas protegidas por el sistema interamericano. En Informe de Inadmisibilidad No 39/99 del 11 de marzo de 1999, de la petición *Mevopal, S.A. Vs Argentina*, la comisión interamericana manifestó al respecto lo siguiente:

16. Conforme a esta disposición y de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Comisión y la jurisprudencia de la Corte, la Comisión entiende que víctima es toda persona protegida por la Convención, según lo establece, de manera genérica, su artículo 1(1) en concordancia con las normas que establecen los derechos y libertades específicos reconocidos en ella.

Más adelante se precisa en el mismo informe lo siguiente:

17. Asimismo, de acuerdo al segundo párrafo de la norma transcrita, la persona protegida por la Convención es "todo ser humano", --en inglés "every human being" y en francés "tout être humain". Por ello, la Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o naturales, excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material. Esta interpretación se confirma al verificar el verdadero significado que se le atribuye a la frase "persona es todo ser humano" con el texto del Preámbulo de la Convención, el cual reconoce que los derechos esenciales del hombre "tienen como fundamento los atributos de la persona humana" y reitera la necesidad de crear condiciones que permitan a cada persona "realizar el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria.

En el mismo sentido, en el informe N° 47/97, petición *Tabacalera Boquerón, S.A. vs Paraguay*, la comisión interamericana realizó el siguiente análisis:

Al respecto, los accionistas de Tabacalera Boquerón S.A. señalan que han sido víctimas de un

atentado contra su derecho de propiedad, el cual se encuentra protegido por la Convención en el artículo 21. Al respecto y previo a un análisis más detallado de los derechos alegados en particular, cabe señalar que la Convención en el artículo mencionado enmarca la protección del derecho de propiedad a la persona individual, habiendo dicho la Comisión, "consecuentemente, en el sistema interamericano, el derecho a la propiedad es un derecho personal y la Comisión tiene atribuciones para proteger los derechos de un individuo cuya propiedad es confiscada, pero no tiene jurisdicción sobre los derechos de personas jurídicas, tales como compañías o, como en este caso, instituciones bancarias.

Por otro lado, en el caso *Cantos vs Argentina*, (Humanos, 2001) la Corte Interamericana también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la materia al hacer el estudio de la excepción preliminar de falta de competencia por factor personal invocado por el Estado de la Argentina, quién argumentó que para efectos de la convención, toda persona es todo ser humano, en consecuencia, no es aplicable a las personas jurídicas, razón por la cual, las empresas del señor José María Cantos, no están amparadas por el artículo 1.2 de la convención Americana.

En aquella oportunidad, la Corte Interamericana negó la excepción preliminar propuesta, "manifestando que la deducción hecha por la argentina, no tiene un razonamiento lógico y válido"; (González S. A., 2011) no obstante, la sentencia no aclara si es procedente o no la protección de la convención a los derechos individualmente entendidos de las personas jurídicas. Lo que se puede inferir del fallo es que sí es procedente la protección a los derechos de las personas jurídicas, pero sólo cuando con su vulneración, de forma paralela o concomitante se están vulnerando derechos de personas naturales:

De lo anterior, se podría concluir que sólo se protegerán los derechos de una persona jurídica, cuando de forma concomitante se estén vulnerando los derechos a la persona natural, la cual hace parte de ella, siempre y cuando sea ésta, la que agote los recursos de jurisdicción interna

en nombre propio, de lo contrario no estaría sujeta de protección. (González S. A., 2011).

2.1.2.4 Los sujetos colectivos de derechos. Dentro de las transformaciones jurídicas de los últimos años, se encuentra el reconocimiento de los sujetos colectivos de derechos, como lo es el caso de las comunidades indígenas, negras, raizales y del pueblo rom y gitanos (Valencia Zea, 2011: 359), fundamentada en el convenio 169 de 1889 de la organización internacional del trabajo, ratificado en Colombia a través de la ley 21 de 1991 y la constitución colombiana que en su artículo 7º consignó la obligación de reconocer y proteger la identidad cultural, considerando que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad de acuerdo al artículo 70 constitucional.

En el contexto de la jurisprudencia constitucional, desde la sentencia T-380 de 1993, se ha establecido el reconocimiento como sujetos de derechos a determinados grupos colectivos. En el caso de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Desde la sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional empieza a decantar la siguiente premisa:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de

los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes” (Constitucional, 1993) .

Esta postura jurisprudencial ha sido reiterada en diversas providencias del tribunal constitucional, como la sentencia T-514 de 2009, que reafirma las reglas jurisprudenciales establecidas desde la sentencia T-380 de 1993, es decir: (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos; (iii) los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos.

Bajo estas sub reglas jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha venido reconociendo derechos cuya titularidad está en cabeza de las comunidades indígenas como el derecho a la integridad étnica y cultural, (Corte Constitucional, 2009) el derecho a la supervivencia cultural y el derecho a la preservación del hábitat natural de los pueblos indígenas, (Corte Constitucional, 2012) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades entre otras.

Igual reconocimiento se ha hecho por parte del tribunal constitucional respecto a las comunidades afro descendientes, pues son evidentes y palpables las condiciones sociales, culturales y económicas que las identifican como pueblo y las diferencian de otros grupos o sectores del conglomerado social. Entre otras sentencias, esta visión puede observarse en la T-955 de 2003 y la T-422 de 1993 que señala al respecto:

La doctrina constitucional de la Corte Constitucional ha señalado que las personas jurídicas pueden, en ciertos casos, ser titulares de derechos fundamentales y que, por tanto, para su defensa es viable en principio la acción de tutela. De otro lado, la misma sentencia objeto de revisión, indica que la acción de tutela interpuesta se refiere a los derechos fundamentales del actor y que éste juzga quebrantados por la conducta de los funcionarios públicos. Sin entrar

todavía en el fondo del asunto, no cabe descartar que una asociación constituida con el objeto de luchar contra la discriminación racial pueda canalizar jurídicamente las acciones de derecho constitucional que sean procedentes para defender los derechos fundamentales de sus miembros. Un acto de discriminación racial lesiona no sólo los derechos singulares de una persona. En muchos casos, puede también comprometer los derechos de la comunidad o de una etnia. Sería absurdo que cuando la lesión es potencialmente mayor, vale decir, cuando incide grave y directamente sobre un interés colectivo (C.P. art. 86), los miembros de la comunidad o del grupo singular y colectivamente afectados, perdiesen la posibilidad de instaurar la acción de tutela.

En lo que corresponde a las comunidades raizales de San Andrés y Providencia, su protección expresa está estipulada en el artículo 310 constitucional, mientras que las disposiciones de protección que reconocen como sujetos de derechos a las comunidades rom y gitano están en el decreto 2957 de 2010.

2.1.2.5 El principio de igualdad en el derecho internacional. El principio de igualdad y no discriminación ha sido entendido como un único principio, pero con doble dimensión; esto significa que comporta una obligación positiva o de hacer (principio de igualdad) y una obligación negativa o de no hacer (principio de no discriminación). A continuación, se abordará el estudio del desarrollo que el derecho internacional ha dado al principio de igualdad en su dimensión positiva.

El principio de igualdad es identificable en distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el sistema universal de los derechos humanos como en los sistemas regionales de derechos humanos, que para el caso colombiano es el sistema interamericano.

Siguiendo a Bayefsky, el principio de igualdad, puede identificarse como principio autónomo

o subordinado en el sistema universal de derechos humanos y en algunos instrumentos regionales. La igualdad como principio autónomo se refiere a que “*La igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido*” (Bayefsky, 1990) y la igualdad como cláusula subordinada se refiere a que su aplicación o existencia está suscrita en el ámbito de aplicación de los demás derechos y libertades, en otros términos, la cláusula subordinada complementa en su contenido a las demás disposiciones normativas que consagran otros derechos y libertades individuales.

Ejemplo de la cláusula autónoma del principio de igualdad se encuentra en los siguientes instrumentos internacionales: el artículo primero de la declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), cuando señala que: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”; la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuando declara en su artículo segundo que “*Todas las personas son iguales ante la ley (...)*”; el artículo 24 de la convención Americana de Derechos Humanos de 1969 que consagra: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*” y El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (...)*”.

En lo que corresponde a la cláusula subordinada se pueden señalar como ejemplo aquellos instrumentos que hacen referencia a derechos específicos y prohíben la discriminación respecto a los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos, como el caso del artículo 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna*”; el artículo

14 del Convenio Europeo de Derechos humanos “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna (...)” y la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 2º numeral 1 señala: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna”.

Así mismo, la cláusula subordinada de igualdad puede identificarse en muchos otros instrumentos referentes a convenciones sobre eliminación de todas las formas de discriminación, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los trabajadores migrantes entre otros.

En algunos instrumentos de soft law también hace presencia dicha cláusula de sumisión, como el caso de la observación general N° 015 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que al hacer una interpretación de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realiza un completo análisis del contenido del derecho al agua, señalando para el efecto que “*El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*” y se refiere al principio de igualdad en el marco del derecho al agua en los siguientes términos:

“El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como, por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua”.

2.1.2.6 El principio de igualdad y la observación general No. 18 del Comité de los Derechos

Humanos. Uno de los instrumentos de soft law de derecho internacional que aborda el estudio del principio de igualdad, es la observación N° 18 del Comité de los Derechos Humanos, a partir de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando en primer lugar que las personas no solamente son iguales ante la ley, sino que también está proscrita cualquier discriminación en virtud de la ley. Sin embargo, la observación 18 aclara que el goce en condiciones de igualdad no se puede entender como identidad de trato en toda circunstancia:

“Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 6 prohíbe que se imponga la pena de muerte a personas de menos de 18 años de edad (...) El mismo párrafo prohíbe que se aplique dicha pena a las mujeres en estado de gravidez (...) Además, el artículo 25 garantiza determinados derechos políticos, estableciendo diferencias por motivos de ciudadanía y de edad”.

El comité advierte en la misma observación que el principio de la igualdad exige de los Estado parte que en determinadas circunstancias deben adoptar disposiciones positivas “para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”, señalando como ejemplo el siguiente caso:

(...) en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población.

De esta manera es plausible colegir que para el comité, las medidas de diferenciación son legítimas y están en arreglo al pacto, siempre y cuando sean necesarias para corregir la discriminación de hecho.

2.1.3 Obligaciones positivas y negativas del estado en la materia. Una de las características a las que acostumbraba acudir el derecho constitucional clásico para diferenciar el Estado de Derecho del Estado Social de Derecho, era que, mientras en el primero se estatuyeron las libertades y derechos fundamentales negativos, esto es, que imponían al Estado una obligación negativa de no hacer (como por ejemplo, no perturbar los derechos de los ciudadanos); el segundo, es decir el Estado Social de Derecho, desarrolló además de las mencionadas libertades negativas, los derechos de carácter prestacional, caracterizados porque para su materialización requerían de acciones positivas del Estado, es decir que le trasladaban una obligación de hacer a través de una política pública para la concreción de tales derechos (Ferrajoli:1999).

No obstante, aquella distinción entre libertades negativas y derechos prestacionales se ha desvanecido con el transcurrir de la doctrina constitucional contemporánea, donde se afirma la posibilidad de que libertades consideradas negativas también sean consideradas de carácter prestacional, en tanto que requieren de acciones positivas del Estado para su completa realización. Y es aquí donde la Corte Constitucional encuentra las primeras oportunidades para empezar a introducir en su discurso la exigencia de políticas públicas.

Por ejemplo, la providencia T-595 de 2002, está en el hecho de establecer como precedente judicial la dimensión positiva de la libertad de locomoción y el carácter progresivo de sus condiciones de exigibilidad. En efecto, la comentada sentencia señala:

La libertad de locomoción suele ser considerada un derecho de dimensión negativa o defensiva, por cuanto se ha entendido que su función consiste en ser un límite al ejercicio del poder del Estado en defensa de la libertad del individuo. El creer que su goce efectivo implica únicamente el freno a las acciones del Estado o requiere tan sólo la inacción estatal ha llevado a suponer que las libertades suelen ser garantías que no comprometen gasto público. No

comparte esta Sala de Revisión esta tesis. Casos como el que se estudia en esta sentencia, evidencian que derechos fundamentales llamados de libertad, como el de locomoción, pueden tener una faceta positiva y de orden prestacional. Como se dijo, en las ciudades contemporáneas la libertad de locomoción depende en gran medida del servicio público de transporte. Sin éste difícilmente es posible desplazarse a lo largo de una urbe, incluso para las personas que no tienen una limitación física.

Sobre el particular vale la pena subrayar que, aunque no pertenecen a la línea jurisprudencial de la sentencia analizada, existen otras providencias en donde la Corte ha determinado el carácter prestacional de libertades consideradas negativas. Ejemplo de ello son la sentencia la sentencia T-427 de 1992 y la sentencia T-087 de 2005¹². Esta última expresa que todo derecho constitucional tiene una dimensión prestacional y aunque su goce efectivo depende de la capacidad del Estado, esto no es óbice para que no sea justiciable y exigible ante el juez de tutela. Señala también la precitada providencia que la dimensión prestacional no es una condición que se predique de algunos derechos constitucionales específicos, como, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales. En realidad, la dimensión prestacional se predica de todos los derechos fundamentales, incluso de aquellos tradicionalmente denominados derechos de libertad. Este planteamiento es reforzado con lo dicho en la sentencia T-680 de 2003 que recogió esta posición jurisprudencial en los siguientes términos:

Cabe reiterar que todo derecho fundamental presenta dos dimensiones: una negativa o de abstención que impide a otras actuaciones que vulneren el contenido del derecho; y una positiva o de acción que exige de otras actuaciones necesarias para el goce efectivo del

¹² La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, ordenó a la Empresa de Transporte Masivo “Transmilenio S.A” instruir a sus empleados para que, además de los hijos de los demandantes, no cobren los pasajes a todos los niños menores de dos años que, por su condición, no ocupen puestos diferentes a los que corresponden a sus padres, puesto que se protege la dimensión prestacional del derecho a la circulación mediante la efectividad del derecho de acceso al servicio público de transporte.

contenido del derecho. Lo anterior no sólo vale para los derechos sociales por lo general presentados impropriamente como los únicos derechos prestacionales, sino para todos los derechos, sean ellos civiles, políticos, económicos o culturales. Ello porque todos los derechos tienen -si han de ser realmente efectivos- una dimensión prestacional, puesto que ellos no consisten en el mero título, sino en su goce efectivo (artículo 2 C.P.), el cual supone actuaciones normativas y fácticas de la sociedad y del estado para garantizar los derechos, lo cual tiene siempre un costo.

La Corte Constitucional, ha hecho referencia en muchas de sus providencias, a la igualdad material.

A manera de ejemplo en la Sentencia C-221 de 1992, manifestó lo siguiente:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal (...) Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado (...) Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º.”

2.2 Alcance y Definición del Principio de no Discriminación

2.2.1 Regulación del principio de no discriminación. Como se anticipó en líneas anteriores, la noción de igualdad y discriminación, hacen parte de un mismo principio. En el apartado anterior se abordó el estudio de la igualdad en estricto sentido, pero para ofrecer un contexto integral de tal noción, es necesario profundizar en otra de sus aristas: el principio de no discriminación.

A diferencia de la igualdad, el principio de no discriminación ha tenido desarrollos

relativamente recientes pese a que usualmente está aparejada con el principio de igualdad, pocos instrumentos internacionales establecen su definición. En este orden, lo primero que ha de advertirse es que igualdad y no discriminación comprometen un sólo derecho subjetivo. Siendo este el primer apartado a estudiar:

2.2.1.1 El derecho subjetivo de igualdad y no discriminación. Una definición clásica de derechos subjetivos se encuentra en el tratado de derecho civil del maestro Arturo Valencia Zea, quien entiende por aquellos lo siguiente:

“(...) los derechos subjetivos son poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a la iniciativa de su titular (o de su representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos” (Valencia & Ortiz Monsalve, 2011, pág. 291).

Explica el tratadista en mención que los derechos subjetivos constan de un aspecto interno y externo.

El aspecto interno se refiere a la titularidad del derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, la capacidad de ejercicio a partir de la exteriorización de un poder de voluntad y la función y contenido del derecho encaminado a satisfacer intereses o necesidades humanas. El aspecto externo de los derechos subjetivos, se refiere a la relación jurídica entre el titular del poder de goce (aspecto interno) y las personas obligadas a respetar tal derecho y solo cuando el titular puede exigir el cumplimiento de su derecho y acudir al Estado para que le brinde tutela judicial efectiva, sobre el mismo, puede hablar de un derecho subjetivo.

No obstante, la definición ofrecida por Valencia Zea no agota todas las posibilidades, encontrándose otras definiciones de derechos subjetivos que Pérez Escobar sintetiza de la siguiente manera:

La primera tesis, formulada por el conocido tratadista alemán Friedrich Karl von Savigny,¹³ entiende el derecho subjetivo como poder de voluntad, ejercido sobre el mundo exterior. Esta tesis hace parte del fundamento de la teoría de derechos subjetivos usada por Valencia Zea, no obstante, la postura del derecho subjetivo como voluntad ha sido cuestionada porque la voluntad individual no es el elemento esencial del derecho subjetivo, entre otras razones y a título de ejemplo, porque explica los derechos de los incapaces absolutos.

Una segunda postura, formulada por el tratadista alemán Rudolph von Ihering,¹⁴ concibe el derecho subjetivo y, finalmente, la teoría mixta combina las tesis anteriores para fundirlas en un solo concepto.

En concreto y siguiendo a Rivadeneira (2005), que los define como *“el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”*, señala que los derechos subjetivos tienen tres características a saber:

1. Una norma jurídica.

Desde el punto de vista semántico, una norma es lo que se expresa con un enunciado normativo. Todo enunciado normativo puede formularse mediante una oración deóntica, con la que se declara que una acción ordenada, prohibida o permitida o reducirse a ese tipo de

¹³ “(Frankfurt del Main, 1779 - Berlín, 1861) Jurista alemán. Fundador de la escuela histórica alemana, fue profesor en las universidades de Marburgo y de Landshut y el primer catedrático de derecho romano en la Universidad de Berlín. A partir de 1848 se dedicó exclusivamente a realizar trabajos científicos. Entre sus obras destacan *Historia del derecho romano en la Edad Media (1815-1831)* y *Tratado de derecho romano (1840-1849)*”. En Enciclopedia Biográfica en línea, Biografías y Vidas consultado en julio de 2015, Disponible en <http://www.biografiasyvidas.com>

¹⁴ “(Rudolph o Rudolf von Ihering; Aurich, 1818-Gotinga, 1892) Jurista alemán. Profesor de las universidades de Berlín, Basilea, Rostock, Kiel y Giessen, ejerció una gran influencia en el desarrollo de las doctrinas jurídicas modernas, al considerar el derecho más como un producto social que como una elaboración doctrinal. En su libro *El espíritu del derecho romano (1852)* introduce la definición del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, y posteriormente, en *La lucha por el derecho (1872)* y *El fin en el derecho (1877)*, remarca que «la finalidad es el elemento configurador de los institutos jurídicos» y que «el derecho se impone a través de la lucha»” En Enciclopedia Biográfica en línea, Biografías y Vidas consultado en julio de 2015, Disponible en <http://www.biografiasyvidas.com>

oración. Una norma expresada por un enunciado normativo es una norma jurídica cuando su cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo.

Un derecho subjetivo presupone al menos una norma jurídica válida. La validez de una norma jurídica es condición necesaria, más no suficiente, de la existencia de un derecho subjetivo (Rivadeneira: 2005 p. 10).

2. Aunado a una norma jurídica, como segunda característica se tiene la obligación jurídica, que Rivadeneira define en los siguientes términos:

No existe un derecho subjetivo sin una obligación jurídica correlativa que obligue a un otro (“obligado”) a hacer o dejar hacer algo (objeto del derecho). (...) Sin embargo, la tesis de la correlatividad sólo es válida para un orden jurídico estrictamente privado, en el que a cada obligación le corresponde un derecho del otro y viceversa. (...) Desde una perspectiva integral, tanto privada como pública, propia de los ordenamientos jurídicos modernos, la tesis de la correalitividad es errada. Un derecho subjetivo siempre implicará una obligación jurídica de otro, pero no toda obligación derivada de una norma jurídica corresponde a un derecho subjetivo. (Rivadeneira: 2005 p. 12).

3. Y finalmente, sumado a los dos elementos anteriores, se necesita de la posición jurídica, que Rivadeneira (2005) define en los siguientes términos:

Tiene dos temas parciales posibles. Por un lado, remite al poder jurídico reconocido por una norma jurídica, por el otro, involucra el interés de un sujeto cuya protección se desea o persigue jurídicamente.

De acuerdo a lo anterior, la igualdad y no discriminación, entendidos como una misma categoría de derecho, son derechos subjetivos de las personas que se empiezan a gozar por el sólo hecho de existir, es un derecho personalísimo e inalienable que se caracteriza porque hace parte del grupo de“(...) *los derechos subjetivos absolutos por oposición a los derechos subjetivos relativos, clasificación que abarca el contenido total del concepto de derecho subjetivo*”. (Escobar,

2004, pág. 261).

Precisado lo anterior, el punto a resolver es determinar la noción de “*no discriminación*”, entendiendo que precisamente son pocos los instrumentos internacionales que refieren una definición expresa de tal concepto.

2.2.1.2 El Concepto de “Discriminación”. Aunque son abundantes los instrumentos internacionales y las normas nacionales que se refieren al principio de no discriminación, son pocos los que se traen una definición expresa de lo que debe entenderse por discriminación. Razón por la cual el concepto ha tendido que desarrollarse fundamentalmente a través de la vía jurisprudencial.

Sin embargo, es posible hacer un rastreo de la noción de discriminación y el consiguiente principio-deber de no discriminar. En efecto, a diferencia del concepto de igualdad, la noción de discriminación se empieza a identificar a principios del siglo XX y se empieza a concretar a mediados de siglo. Uno de los primeros antecedentes sobre instrumentos internacionales que abordan el concepto de discriminación es el Convenio N° 111 de 1958,¹⁵ de la O.I.T., relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, que señala en su artículo primero, qué comprende el término discriminación, indicando lo siguiente:

- “a. cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b. cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por

¹⁵ O.I.T. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960). Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111.

el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados” (O.I.T.: 1958).

Esta misma noción de discriminación fue retomada esta vez en la convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960,¹⁶ donde se entendió por “discriminación”, en la esfera de la enseñanza, toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato.

Dentro de las conductas consideradas como discriminatorias por parte de esta convención, se estipularon cuatro a saber referentes a la esfera de la enseñanza: a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos y d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

Esta noción fue mejorada en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de discriminación racial¹⁷ de 21 de diciembre de 1965, donde se consagran cuatro cláusulas especiales en su artículo primero referentes a la “discriminación racial”.

En efecto, en este instrumento se define por discriminación “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que

¹⁶ La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión, celebrada en París, del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960, adoptó la convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960.

¹⁷ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Las cláusulas dos y tres del referido instrumento presenta las excepciones en su aplicación, que corresponde a distinciones que pueden hacer los Estados entre ciudadanos y no ciudadanos y en lo referente a las disposiciones internas sobre nacionalidad, ciudadanía y naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan una forma de discriminación contra una nacionalidad en particular.

Y finalmente, la cláusula cuarta se refiere a las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Tales medidas no se consideran medidas de discriminación racial, siempre que no generen derechos distintos para los diferentes grupos raciales.

Finalmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del año 1979, también recoge las definiciones de discriminación antes descritas.

Rabossi, explica que durante el transcurrir histórico del concepto de discriminación, es posible identificar cuatro tendencias conceptuales que define como “banda definicional” (Rabossi, 1990, pág. 181) de la discriminación. En tal sentido señala que la primera tendencia conceptual tiende a identificar y describir los actos, actitudes o políticas discriminatorias; la segunda tendencia conceptual identificada por Rabossi, responde a “criterios críticos”, que según el autor son “aquellos aspectos, propiedades o cualidades que juegan un papel fundamental en las actitudes, decisiones, normas, acciones discriminatorias”; la tercera “banda definicional” corresponde a aquellas definiciones de discriminación que se componen a partir de la enumeración de las

finalidades u objetivos discriminatorios que se persiguen.

Finalmente, de acuerdo a Rabossi, la cuarta “banda definicional”, acude a la identificación de las esferas, espacios o ámbitos donde puede tener lugar la discriminación, como los espacios laborales.

Por otra parte, Nogueira Alcalá (2006), explica principio de no discriminación es norma de Ius Cogens que prohíbe “toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados”, donde el derecho a la *igualdad ante la ley y en la ley* constituye un derecho subjetivo, “ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias” (Nogueira Alcalá: 2006, p. 806).

2.2.2 La noción de discriminación a la inversa y acciones positivas. Para abordar el estudio de la discriminación inversa, es pertinente abordar en unas pequeñísimas líneas el debate filosófico respecto a la relación entre justicia e igualdad, pues ambas categorías pueden orientar el entendimiento de la discriminación a la inversa y las acciones positivas:

De acuerdo a Norberto Bobbio, es posible hablar de dos grandes nociones de justicia. La primera noción relaciona lo justo con lo legal, es decir, que se consideran justas todas las acciones humanas amparadas bajo las leyes y a su vez son justas las leyes que responden a mandatos superiores como la ley natural y la ley divina. La segunda noción de justicia relaciona a esta con la igualdad y su principal antecedente es la visión Aristotélica plasmada en la Política, “*Al decir justas, por justicia entendemos igualdad; y esta igualdad de la justicia se refiere al mismo tiempo al interés general de la ciudad y al interés personal de cada ciudadano*” (Aristóteles, la Política, IV 12, 1234 b) y en este sentido la noción de Justicia Aristotélica se concreta en la máxima “*tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual*”.

A partir de la noción Aristotélica de Justicia, Bobbio explica que la igualdad por sí sola no significa justo o injusto, pues ello depende de la existencia de una relación de igualdad políticamente relevante (como las relaciones sociales o entre individuos), que sea considerada como justa, queriendo decir que la igualdad tiene un significado axiológico neutral que sirve como medio para alcanzar el valor supremo de la justicia:

(...) desde el momento en que la igualdad no es por sí un valor, sino tan solo en la medida que sea una condición necesaria, aunque no suficiente, de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema en el cual consiste la Justicia” (Bobbio, 1993, p. 59).

Sobre esta postura, Silvina Ribotta comenta lo siguiente:

“(…) la postura de Bobbio apunta más a una posición igualitarista deontológica, en la clasificación de Parfit, con algunos matices, en el sentido de creer que debemos perseguir la igualdad, pero no para encontrar resultados mejores sino por alguna otra razón moral, como la justicia, o en el sentido en que es relevante encontrar la igualdad para que un sistema sea justo. No por la igualdad en sí misma ni porque toda desigualdad sea mala, como creen los teleológicos, sino por otra razón moral, como es la propuesta bobbiana de igualdad como condición necesaria para la justicia” (Ribotta, 2010, p. 5).

Naturalmente existen otras visiones que explican la relación entre igualdad y justicia. A manera de ejemplo, podemos destacar la visión de justicia sustentada en la igualdad formal, caracterizada porque *“va del todo a las partes y se manifiesta en el principio de imparcialidad propio de los actuales Estados democráticos de Derecho y en sus constituciones”* (Durango Álvarez, 2010, p. 40), que se complementó con la cláusula de prohibición de cualquier discriminación arbitraria o irrazonable, desarrollada inicialmente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y por Roberth Alexy.

Bajo esta visión se concibe la justicia formal, que parte del trato sin distinción alguna a todas las personas excluyendo cualquier forma de discriminación injusta o arbitraria, que se predica cuando no cuenta con respaldo o justificación razonable, incluso sí es causada por los poderes judicial y legislativo.

Sobre la aplicación imparcial de la ley también se pronunció H. L. Hart, en su conocida obra *“El concepto del Derecho”*, donde se refirió a la aplicación de la justicia en los siguientes términos:

“Podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que debe aplicarse en los distintos casos la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho; lo que constituye una garantía de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho será aplicado a todos aquellos casos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo” (Hart, H. L. 1963, p. 89).

Desde la visión de la igualdad material también es posible identificar otra visión de justicia, en este sentido y retomando a Durango Álvarez (2010), la justicia puede ser entendida como el mecanismo *“equiparador de derechos utilizado por individuos para reclamar las garantías de los mismos, esto es, hacerlos justiciables”* (Durango Álvarez, 2010, p. 42), donde la justicia armoniza los intereses en conflicto dentro de la vida social:

La justicia, por tanto, se convierte en un mecanismo público de solución de conflictos, asignación de recursos y beneficios sociales, mediante la interpretación razonada y razonable de la ley por los jueces, los ciudadanos y el Estado en general. (Durango Álvarez, 2010).

Explicado lo anterior, es posible abordar el concepto de discriminación al a inversa:

La noción de discriminación a la inversa o discriminación positiva se encuentra en diferentes partes de la literatura jurídica, y está estrictamente relacionada con el concepto de igualdad material, en tanto que las acciones de discriminación positiva, están encaminadas a que un grupo

específico supere una situación de segregación específica que la pone en un plano desigual frente al resto de la sociedad.

Naturalmente la discriminación a la inversa exige que el Estado despliegue acciones y políticas dirigidas a otorgar ciertos beneficios o prerrogativas a un grupo poblacional determinado, únicamente mientras éste supera su situación de indefensión respecto al resto del conglomerado. En este punto claramente hay una transformación de las obligaciones del Estado respecto a la igualdad y la no discriminación, en tanto que ya no asume un papel pasivo ejecutando meras obligaciones de “no hacer”, esto es no vulnerar el principio de igualdad ante la ley de las personas y no discriminando. Ahora, además de las obligaciones de “no hacer”, la noción de discriminación a la inversa imprime un nuevo catálogo de obligaciones, esta vez de “hacer”, que se traducen en la ejecución de programas y políticas Estatales que aseguren la igualdad material de poblaciones y grupos históricamente discriminados.

Dentro de las múltiples definiciones de discriminación a la inversa o acciones afirmativas¹⁸, podemos señalar que existe un consenso generalizado respecto a que se tratan de aquellas que establecen temporalmente un trato diferenciado a favor de sectores en objetiva situación de marginación” (Nogueira Alcalá, 2006) que además tienen por objetivo alcanzar una igualdad real o material que asegure una “adecuada integración social y acceso a los derechos formalmente consagrados en el ordenamiento jurídico”. (Nogueira Alcalá, 2006).

En el mismo sentido, González Martín (2002) señala que las acciones positivas son tratamientos preferenciales temporales “*que garantizan una preferencia a una persona entre un*

¹⁸ De acuerdo a Barrére Unzueta, (2002) “Acción positiva es una expresión con la que se traduce en Europa lo que en Estados Unidos (...) se conoce como acción afirmativa (affirmative action). La expresión tiene su origen en una ley estadounidense de 1935 enmarcada en el ámbito del derecho laboral, pero adquiere significado específico de policy (esto es, de política pública) en el contexto de la reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afroamericana y otras minorías y movimientos de contestación social en lo que tiene su origen el llamado derecho antidiscriminatorio”.

grupo de competidores” (González Martín: 2002 p. 394), a fin de establecer igualdad de oportunidades que permitan “corregir sistemas sociales discriminatorios” (González Martín: 2002). De acuerdo a Martín Vida (2002, p. 35) la Comisión Norteamericana de Derechos civiles define las afirmative action como medidas que no solamente buscan la culminación de una práctica discriminatoria presente o pasada, sino que también busca impedir que la discriminación se produzca en el futuro.

Precisado el concepto surge el siguiente interrogante: ¿La discriminación inversa viola el derecho a la igualdad de las personas que no son objeto de la acción positiva?

Para resolver esta pregunta, acudiremos a la explicación que en el capítulo nueve de la obra *Los derechos en serio*, realizó el conocido jurista Ronald Dworkin. En efecto, Dworkin se dedica en dicho capítulo al estudio de la discriminación inversa, y su análisis parte del estudio de dos casos:

El primero de ellos se remonta a 1945, cuando un ciudadano negro de apellido Sweatt se presentó a la facultad de Derecho de la Universidad de Texas, fuero la universidad le negó su admisión amparándose en las normas del Estado establecían que sólo los blancos acudir a la universidad. El caso llegó hasta la Suprema Corte que declaró que tales normas invocadas por la universidad de Texas violaban los derechos del señor Sweatt pues la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que dispone que “ningún Estado puede negar a un hombre la igual protección de sus leyes” (Dworkin: 2007, p. 327).

Como correlato del anterior caso, Dworkin trae un caso acaecido en el año de 1971, donde un judío de apellido Defunis no es admitido en la facultad de derecho de la Universidad de Washington, pese a que la puntuación obtenida por Defunis en las pruebas de admisión le hubieran permitido su ingreso si se hubiera tratado de un negro, un filipino o un indio norteamericano (Dworkin: 2007, p. 327). Ante esta situación, Defunis considera que la imposibilidad de acceder

a estándares de admisión menos exigentes, reservados solo para grupos minoritarios, violaba su derecho consagrado la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y por tanto, acude a la Corte Suprema.

Frente al primer caso no hay duda que se trata de una situación de discriminación que resulta injusta desde todo punto de vista. Pero en el segundo caso se trata de un evento de discriminación inversa que presuntamente afecta el derecho a la igualdad de ciudadano que no es objeto de esas medidas positivas. En consecuencia, Dworkin se formula el siguiente planteamiento: “¿Qué derechos a la igualdad tienen los ciudadanos, en cuanto individuos, que puedan frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas, la práctica social de mejorar la igualdad general?” (Dworkin: 2007, p. 332).

AL abordar la pregunta, Dworkin parte de la siguiente premisa: existen dos tipos diferentes de derechos, como lo es el derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado como igual. “El primero es el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos, o cargas” (Dworkin: 2007, p. 332) y el segundo, “es el derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera” (Dworkin: 2007, p. 332).

Dworkin explica que Defunis tiene derecho a igual tratamiento respecto a la educación básica o “elemental” pues sin ella tendría pocas posibilidades, pero respecto al derecho a obtener una plaza jurídica no tiene el mismo derecho, simplemente porque otros la tienen. El argumento de Dworkin es la educación jurídica no es tan vital como para asegurar que todo mundo tiene derecho a ella.

Al referirse al segundo derecho, esto es a ser tratado como igual, Dworkin entiende que sí tiene derecho esto es “a que sus intereses sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro cuando la facultad de derecho decide si la raza ha de contar como

criterio pertinente en las pruebas de admisión” (Dworkin: 2007, p. 333). No obstante, este derecho no es absoluto y en tal sentido aclara lo siguiente:

“El derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como un asunto inquietante, pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal” (Dworkin: 2007, p. 333).

De esta manera Dworkin concluye que los programas de discriminación a la inversa se justifican “si sirven a una política adecuada y que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales” (Dworkin: 2007, p. 347).

2.2.3 El principio de no discriminación en Colombia. La fórmula de aplicación de la igualdad ante la ley mencionada en líneas anteriores, ha presentado una notable evolución, donde hoy por hoy es interpretada en el sentido de un mandato de igualdad en la aplicación del derecho (Alexy: 2012, p. 347) que vincula incluso al poder legislativo, esto es que el mandato de igualdad no solamente se predica en la aplicación del derecho sino también en la creación del derecho (Alexy: 2012, p. 349).

No obstante, este planteamiento originó la necesidad de resolver nuevos interrogantes ante el problema de la ambigüedad del principio de igualdad, que debía basarse en un juicio de valor a la situación material concreta. El profesor Robert Alexy formula estas preguntas de la siguiente manera:

(...) si y en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor que es necesario llevar a cabo dentro del marco del principio de igualdad y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional (Alexy: 2012, p. 353).

Según Alexy (2012), el Tribunal Constitucional Federal Alemán adoptó la solución

propuesta por Leibholz y Triepel en la época de Weimar, según la cual, el principio de igualdad opera como una prohibición general de arbitrariedad, que se considera presente cuando no hay un argumento razonable que la sustente (Alexy: 2012, p. 354). En el caso Alemán esta fórmula es reemplazada a partir de la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, de 7 de octubre de 1980, por una nueva fórmula según la cual, se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, “*cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma*” (Bernal Pulido, p. 255).

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha establecido tres criterios o metodologías para la realización del denominado test o juicio de igualdad y que Bernal Pulido (2008, p. 262), clasifica de la siguiente manera:

- a) Un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad;
- b) Un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y
- c) Un “juicio integrado de igualdad”, que busca ser un sistema mixto o una simbiosis entre los dos primeros esquemas.

2.2.3.1 El juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional. La primera línea jurisprudencial que se puede identificar respecto a los juicios de igualdad, corresponde a la aplicación del test de igualdad a partir de un juicio de proporcionalidad, el cual empezó a aplicarse de forma clara y sistemática a partir de la sentencia de constitucionalidad C-022 de 19996. En aquella oportunidad, la Corte señaló que el test de razonabilidad “*es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe*

hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad”: ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

La Corte Constitucional continúa sustentando su argumento advirtiendo “*que concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad*” y, en este contexto aborda la noción de proporcionalidad a partir de sus tres elementos parciales:

“(…) la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”.

A pesar de que la Corte Constitucional incurre en un equívoco al tratar como sinónimos los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, (Bernal Pulido: 2008, p. 262), además de incurrir en una redundancia al incluir en la etapa tres del juicio de proporcionalidad, una nueva evaluación de la proporcionalidad (Bernal Pulido: 2008, p. 264), si se aplicó en aquella oportunidad el test de razonabilidad titulada por la Corte si aplicó las etapas de proporcionalidad de origen Europeo, al determinar que un trato desigual no vulnera el principio de igualdad sólo si se demuestra que es:

“(1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato”.

2.3 La Relación entre el Principio de Igualdad y no Discriminación

La discriminación consiste en todo acto de agrupar a los seres humanos utilizando un criterio que impone diferenciaciones contrarias a la igualdad. Toda acción u omisión que implique un trato diferente al que se da a otros sujetos similares que cause un perjuicio es discriminación.

La no discriminación es consecuencia del derecho a la igualdad. El derecho es la igualdad y la discriminación la acción que afecta ese derecho. Por ello en el preámbulo de la Constitución se contempla como obligación del Estado asegurar el derecho de igualdad sin discriminación.

El artículo 19 de la Constitución impone al Estado la obligación de garantizar a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, y el artículo 21 proclama la igualdad ante la ley y por tanto proscribire las “discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”.

La igualdad es principio que aplica a una indeterminada cantidad de situaciones. Es imposible listarlas, porque al hacerlo se incurrirá en omisiones e imprecisiones. La igualdad es un criterio general que ha de imponerse concretamente, en todas aquellas situaciones en las que se pretenda su inaplicación, la discriminación es una de tales situaciones.

El trato igualitario es un modelo de conducta de una sociedad civilizada. No puede este decretarse con regulaciones que establezcan cargas u obligaciones de carácter general, no solo porque es imposible predeterminedar de forma exhaustiva las situaciones discriminatorias, sino también porque se trata de un principio que subyace en la aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

En todo caso, es tan discriminatorio afectar en razón del género, el derecho o la libertad de una persona, como pretender imponerlo con base en su condición de hombre o mujer. La verdadera igualdad implica el trato paritario en situaciones similares.

2.3.1 El Juicio de Igualdad en la Corte Constitucional y sus tres Tipos de Escrutinios:

Estrictos, Intermedios o Débiles. La segunda línea jurisprudencial que desarrolla la Corte Constitucional se basa en una escala de intensidades para la aplicación del principio de la igualdad, creada por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos “*en aplicación de la cláusula equal protection, prevista por la decimocuarta enmienda (...) se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)*” (Bernal Pulido: 2008, p. 266).

Frente a la intensidad del control judicial de igualdad, esto es, la posibilidad de aplicar test de igualdad estrictos, intermedios o débiles, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que dicho control no puede tener la misma intensidad, por ejemplo, cuando una diferencia de trato se funda en un criterio potencialmente discriminatorio, que cuando recurre a puntos de vista neutrales:

“(…) las diferenciaciones basadas en categorías potencialmente prohibidas, (...) el juicio de igualdad debe ser más estricto, por lo cual, en principio sólo son admisibles aquellas regulaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado. En cambio, frente a categorías neutrales, el escrutinio judicial de la igualdad debe ser menos riguroso, por lo cual, en principio son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2000).

En seguida explica la Corte que las consecuencias de la aplicación de estas intensidades de escrutinio de igualdad son diferentes. En efecto, en el juicio débil “*basta que la clasificación sea potencialmente adecuada para obtener resultados admisibles*”; entre tanto en el juicio estricto, “*la diferencia de trato debe ser necesaria, y el objetivo buscado debe ser imperioso*”. De ahí la importancia de tener en cuenta si la regulación se funda o no en criterios “sospechosos” o

potencialmente prohibidos (Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2000).

El escrutinio débil, representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el Derecho norteamericano. Se aplica para garantizar las exigencias del principio democrático, este escrutinio se aplica en aquellos casos que deparan al Legislador un ámbito de apreciación de contornos extensos, como, por ejemplo, la economía.

Según el escrutinio débil, para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente que se enjuicia, sea una medida “*potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico*”, así las cosas, el escrutinio débil, consta de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.

Por otro lado, el escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada “nueva” jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años sesenta.

“El surgimiento de este segundo escrutinio respondió a la constatación de que el “rational basis-Test” no era un instrumento adecuado para enjuiciar las medidas de diferenciación que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial por parte del Estado. Por esta razón, este segundo escrutinio debe aplicarse cuando una diferenciación se fundamente en criterios “sospechosos” como la raza o –de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que se conoció en Estados Unidos durante la década de los setenta- la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía” (Bernal Pulido: 2008).

Finalmente encontramos el escrutinio intermedio, que en los términos de Bernal Pulido se aplica para los casos en que el Estado utiliza “*diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo*

contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real”. Se presenta en los casos de ‘affirmativ action’ (Bernal Pulido: 2008).

2.3.1.1 El Juicio Integrado de Igualdad en la Propuesta de la Corte Constitucional Colombiana. Bernal Pulido explica que en la sentencia C-93 de 2001, la Corte Constitucional intentó construir un “juicio integrado de igualdad”, que combinara las ventajas del juicio de igualdad de índole europea, con las ventajas del juicio norteamericano, a fin de armonizar la mayor claridad analítica que ofrece el procedimiento de la proporcionalidad, con la posibilidad de que cada uno de sus subprincipios sea aplicado con una intensidad diferente, de acuerdo con la extensión del ámbito de apreciación que el Legislador o la Administración tenga en la materia que sea relevante. El resultado, una metodología que la Corte Constitucional explica en los siguientes términos y que inicia con la determinación del tipo de juicio:

“El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de “adecuación” tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y “proporcionalidad en estricto sentido” (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001).

La segunda etapa del método, corresponde al juicio de adecuación, que es explicado por la Corte en los siguientes términos:

“La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los test de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte

prohíja, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los test estadounidenses” (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001).

Finalmente, la tercera parte del método denominado juicio integrado de igualdad, desarrolla su tercera etapa que puede ser definida como el juicio de indispensabilidad, que se explica en los siguientes términos:

Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional” (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001).

2.3.2 El principio de no discriminación en la corte interamericana de derechos humanos. Para cerrar este primer apartado, y teniendo en cuenta la relevancia que hoy por hoy tiene la jurisprudencia del sistema interamericano dentro del ordenamiento jurídico colombiano¹⁹,

¹⁹ Quinche Ramírez (2009) señala al respecto lo siguiente: “*la situación del conflicto interno, la impunidad paramilitar y la necesidad de protección de los derechos de las víctimas, han propiciado la aplicación en Colombia de la Convención Americana y de las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana. En este sentido y sin proponérselo, acontecen algunas experiencias de control de convencionalidad, tanto sobre leyes como sobre hechos, aún sin la real conciencia de su dimensión*” (p. 186).

en virtud del denominado control de convencionalidad,²⁰ es pertinente hacer una reconstrucción de la línea jurisprudencial establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al principio de no discriminación, especialmente relacionada con la población habitante de calle.

Aunque algunos sectores académicos critican la posición de la Corte Interamericana en relación a su evolución jurisprudencial respecto al principio de no discriminación, por no definir estándares para su investigación, juzgamiento y sanción, o por no presentar una justificación sólida del porqué incluir criterios de discriminación distintos a los establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos²¹ es innegable que la Corte ha hecho aportes significativos en lo atinente al principio de no discriminación.

La primera referencia que se puede advertir se encuentra en la opinión consultiva oc-11/90

²⁰ De acuerdo a Zambrano Salazar y otros (2015) “se puede afirmar que el control de convencionalidad es una figura jurídica creada jurisprudencialmente por la Corte IDH, que obliga tanto a éste Tribunal como a los órganos de los Estados que integran el Pacto de San José, en especial aquellos que administran justicia, a respetar las previsiones establecidas en la CADH y demás normas que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” (p. 164).

De acuerdo a Higuera Jiménez (2015), existen dos formas de control de convencionalidad, esto son concentrado y difuso, y lo explica en los siguientes términos: “Este control de convencionalidad puede ser concentrado en un organismo internacional o difuso en el cual se es componente a nivel interno, bien en un solo órgano (difuso territorial y no competencialmente) o en todos los jueces como jueces de Derechos humanos (difuso competencial), en sistemas donde se ha reconocido la aplicabilidad de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno, como es el caso de Colombia vía bloque de constitucionalidad se trata de un control complementario que integra las características del control difuso y concentrado. Por lo tanto un juez que inaplica una ley en excepción de inconstitucionalidad, por ejemplo aplicando la Convención vía bloque de constitucionalidad, es concurrentemente juez constitucional (el cual aplica el Bloque de constitucionalidad) y juez convencional, a la par de sus funciones como juez común (civil, penal, laboral, administrativo, etc.)” (p. 153).

²¹ Según Dulitzky (2007), la Corte Interamericana de Derechos Humanos está en deuda con la comunidad hemisférica en dos sentidos: “Por una parte, no ha explicado por qué puede apartarse del texto convencional para incluir nuevas categorías prohibidas de discriminación. Tampoco ha analizado o manifestado cuáles son las consecuencias de que una categoría esté expresamente incluida como prohibida y, en particular, si a ella se aplica un estándar de justificación más estricto en cada caso que se alegue una discriminación basada en ella. A pesar de haber reconocido, en varias ocasiones, la relación intrínseca entre discriminación y estado de vulnerabilidad de diferentes grupos, la Corte aún no ha desarrollado estándares particularizados relativos a las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos de las personas pertenecientes a ellos, cuyos derechos son violados precisamente por dicha pertenencia. Si hay personas que por la discriminación tradicional sufrida se encuentran en una situación de particular desventaja frente al resto de la sociedad, la violencia de la que son víctimas no puede ser investigada con los mismos criterios y estándares que se utilizan frente a la de cualquier otro tipo. No sólo porque ello puede enmascarar que el origen de la violencia es precisamente un elemento discriminatorio, sino también porque no consideran las situaciones particulares de la víctima, tales como su género, su cultura, su lengua. Esto puede constituirse en un factor adicional de revictimización y, a la vez, puede llevar a una investigación ineficaz e inoperante” (p. 31).

del 10 de agosto de 1990. En aquella ocasión la Corte debía resolver una consulta elevada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos atinente a saber, entre otros temas, si los habitantes de calle están obligados a agotar recursos internos para acudir al sistema interamericano dada su precariedad económica.

Para resolver aquella consulta y emitir la correspondiente opinión consultiva, la Corte tuvo que hacer mención al principio de no discriminación señalando lo siguiente:

La parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica. El sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.

(Opinión Consultiva 11/90; 10 de agosto de 1990).

En esta primera oportunidad la Corte concluyó que si un indigente requiere necesariamente asistencia legal gratuita por carencia de recursos económicos, no está obligado a agotar recursos internos, advirtiendo que los Estados tienen la obligación de asegurar la protección de la población indigente prestando la asistencia legal gratuita cuando ésta sea necesaria para garantizar su defensa y su derecho al debido proceso.

Esta opinión consultiva también se apoyó en lo ya dicho por la Corte en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988 (Serie C No. 4, párr. 166)²² y en el caso Godínez Cruz,

²² Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, "166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos

en sentencia de 20 de enero de 1989 (Serie C No. 5, párr. 175), referente a las obligaciones positivas de los Estados parte de la convención contemplada en el artículo 1.1, que “*implica organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”.

En la opinión Consultiva No. 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003), hace un completo estudio del principio de igualdad y no discriminación, entendido como uno sólo principio. En este orden define igualdad en los siguientes términos:

[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

En la misma opinión consultiva, la Corte aclaró que no todas las distinciones son injustas, siempre y cuando sean proporcionales y se basen en desigualdades de hecho que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos. *De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma*” (Opinión Consultiva No. 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes

reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”

Indocumentados 2003).

Pero tal vez uno de los aspectos más relevantes que advierte la Corte en relación a nuestro objeto de estudio es que considera que el principio de igualdad y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, esto es:

...el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (...). Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (párr. 101).

En el caso *Yatama versus Nicaragua*, adoptada el día 23 de junio de 2005, la Corte reafirmó el carácter de *jus cogens* del principio de la igualdad y no discriminación al precisar lo siguiente:

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1(1) de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación

interna que apruebe" (párrs. 185-186).

Finalmente, un pronunciamiento de gran relevancia en materia de no discriminación, se dio por la Corte en el caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador, en sentencia del primero de septiembre de 2015. En aquella ocasión la Corte se pronuncia sobre el caso de la sistemática discriminación sufrida por una menor y su familia en el Estado de Ecuador, en razón a su condición de portadora del VIH, adquirido por una transfusión sanguínea hecha a la menor en un hospital público.

La Corte, al pronunciarse sobre el caso, introduce por primera vez el concepto “interseccionalidad”, para referir la discriminación creada por múltiples factores que interactuando entre sí crean “un riesgo o una carga de discriminación única o distinta” y que presenta dos características a saber: En primer lugar, “los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción” y en segundo lugar, la interseccionalidad es asociada con “una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación”.

Continúa argumentando la CIDH que este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos. En suma, -dice la Corte-, “la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Lluy, la cual solo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la

Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.”

III Capítulo. Desarrollo de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en Relación con los Habitantes de Calle.

3.1 El concepto de Activismo Judicial

El concepto de “activismo judicial” aún no ha sido aclarado del todo por la doctrina constitucional, presentándose incluso visiones encontradas del mismo concepto, dependiendo de qué tan a favor o en contra se está de dicho activismo. En términos generales, el activismo hace referencia a la facultad de obrar sin dilación, es decir con diligencia, eficacia y prontitud; sin embargo, esta noción no define lo que en realidad es el activismo judicial.

De acuerdo a Maraniello (2012), la locución “activismo judicial” en el sentido moderno de la palabra²³, fue usada por primera vez en los EE. UU cuando la Suprema Corte de EE.UU. se auto proclamó en 1954 como “activista”, en el caso “Brown vs. Board of Education” que declaró, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas.

En este contexto el activismo judicial surge aparejado con una progresiva transformación del papel de los jueces constitucionales, vistos ya no solamente como legisladores negativos –en los términos de Kelsen-, en tanto que tienen la tarea de sacar del ordenamiento jurídico las normas que siendo expedidas por el legislador son contrarias a la Constitución; sino que ya se abría la puerta a

²³De acuerdo a Maraniello (2012), “Si bien como se ha señalado la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EE.UU., el instituto tuvo sus antecedentes hace más de setecientos años en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese” otorgándole un poder muy amplio (activismo), siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del litigio.”

la noción de los jueces constitucionales como legisladores positivos, esto es, que tenían facultad creadora de derecho a pesar de no crear normas. En el caso norteamericano se dice que la postura del Tribunal Supremo de Justicia fue ambivalente:

Históricamente, la jurisprudencia estadounidense ha mostrado una actitud ambivalente con la idea de que los jueces pueden “legislar” siendo ésta una característica muy difundida. Las normas creadas judicialmente fueron, de hecho, las deducciones de un cuerpo preexistente de derecho común llamado principios. Sin embargo, a mediados del siglo XX, esta idea fue desbaratada y se hizo común la frase *judges do and must legislate* (López Daza: 2011, p. 173).

De la anterior idea se desprende una primera noción de activismo judicial, que en los términos de Mejía, J. & Pérez, R. (2015), presupone que el juez realice, entre otras, una función que en principio solo corresponde al órgano legislativo: crear normas. Pero el juez no crea en el sentido formal y estricto de la palabra una norma, no obstante, sí crea una regla de regulación para similares casos y puede otorgar o extender derechos que taxativamente el sistema jurídico no contemplaba (p. 33).

Esta primera noción de activismo judicial plantea una posición clara respecto al papel de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes de derecho, en el sentido de que concibe a la jurisprudencia no como una fuente auxiliar sino como una fuente principal de derecho. Naturalmente esta noción va de la mano con la idea del precedente judicial como mecanismo de funcionamiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En sentido similar, Cabrillo (2011), entiende por activismo judicial, decisiones de los órganos de la Administración de Justicia que van más allá de la estricta aplicación de la ley, para extender algunos de sus principios a situaciones nunca previstas por el legislador; y ante las que cabe, además, pensar razonablemente que el legislador no habría actuado en tal dirección en el momento de promulgar la norma (p. 2)

Por otra parte, no se puede dejar de lado el trabajo de Green (2009), citado por Castaño Peña (2013), quien advierte que existen cuatro posturas respecto al activismo judicial. En este sentido las cuatro posturas conciben al activismo judicial como: a. un error judicial grave; b. un resultado controversial o indeseable; c. cualquier decisión que anule la ley y d. una combinación de todos los anteriores factores. Pero bajo el anterior espectro Green concluye que no tendrían validez las primeras tres posturas, siendo la más viable o aceptable aquella que combina los elementos mencionados con otros factores, definiendo al activismo judicial "como el abuso de poder sin supervisión que se ejerce fuera de los límites de la función judicial" (Castaño Peña: 2013).

Por su parte, García Villegas (2011), al referirse al activismo judicial en el contexto de la Corte Constitucional Colombiana, lo entiende como la intervención de la corte en asuntos económicos, políticos y sociales para promover cambios sociales y “cambios importantes en el balance institucional de poder, así como en la vida de minorías y grupos sociales tradicionalmente excluidos” (García Villegas: 2011 p. 77), generando, entre otros efectos, la protección de derechos sociales y la judicialización de diferentes políticas económicas, originando fuertes críticas por parte de los demás sectores políticos e incluso de la misma judicatura.

A su turno, Castaño Peña (2013), entiende que el concepto de activismo no es en absoluto pacífico, presentándose variadas manifestaciones respecto a su interpretación, esto es, “desde decisiones que interpretan el sentido de una norma hasta órdenes a la administración”; pero el autor en mención entiende por activismo judicial “cuando los jueces constitucionales toman decisiones que replazan o subrogan en alguna medida la labor de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público”.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, Castaño Peña (2013), explica que la mencionada subrogación afecta o influencia sobre la economía del Estado, y no en vano la Corte Constitucional “ha velado por la implementación de un modelo económico que resulte

compatible con los postulados del Estado Social de Derecho, ya que la inclusión de cláusulas de contenido social fue uno de los grandes cambios que trajo consigo el nuevo texto constitucional” (Castaño Peña: 2013), como se desprende de diversas providencias del alto tribunal constitucional colombiano.

Como respuesta al activismo judicial, en el caso colombiano se han desatado toda suerte de críticas a la intervención de la Corte Constitucional, que de acuerdo a Castaño Peña (2013), se pueden sintetizar de la siguiente manera: a. es la falta de información o asimetría de información que los jueces pueden tener para tomar decisiones que son de la competencia de otras entidades; b. falta de legitimidad democrática, ya que los miembros de la Corte no tienen origen democrático y por último, no minimiza la seguridad jurídica.

No obstante, lo anterior, Castaño Peña (2013) concluye que el activismo protagonizado por la corte constitucional “ha dado respuestas a muchos casos donde el debate legislativo no llega”, justificándose así el comportamiento de los jueces activistas en el déficit de protección de los derechos y la imposibilidad de acceder al sistema político, siendo el activismo judicial uno de los motores encargados de impulsar la materialización cláusula del Estado Social de Derecho. En sentido similar el autor precisa lo siguiente:

“(…) la necesidad de políticas públicas adecuadas para la población se pone de presente cada vez que es necesaria una intervención judicial para la protección de colectivos de personas. Sin embargo, someter a escrutinio judicial decisiones que son de corte político o administrativo es un desafío mayor, sobre el cual se debe tener especial cautela con el fin de conservar la independencia de las ramas del poder público y preservar la seguridad jurídica de las decisiones que toma la administración” (Castaño Peña: 2013).

3.2 La corte constitucional y la constitución aspiracional de 1991

Para hacer un análisis del papel de la Corte Constitucional en relación a las políticas públicas para

habitantes de calle, en primer lugar y siguiendo el criterio de conocedores del tema como el profesor Mauricio García Villegas (2011), es necesario precisar la noción de constitución a fin de establecer un derrotero que permita evaluar el papel de la Corte Constitucional frente a su deber de protección de derechos sociales. En este contexto, el activismo judicial depende de la potencialidad o posibilidad de cambios sociales que la Corte pueda generar, pero para determinar dicha ‘potencialidad’ se debe identificar el tipo o noción de constitución vigente para el desarrollo de la tarea de la Corte Constitucional (García, Villegas: 2011, p. 78).

Para abordar el tema asociado a la tipología de las constituciones, es menester definir dos premisas iniciales:

La primera premisa se sustenta en la investigación de García Villegas (2006),²⁴ donde se logra identificar dos tradiciones del derecho constitucional europeo después de la segunda guerra mundial, correspondientes a la tradición del Estado de derecho y del Estado social de derecho respectivamente. Esta última tradición fue adoptada en Alemania en 1948 y en España en 1978 y su rasgo más esencial según Zagrebelzki, consiste en la separación de los derechos y de la legislación, esto es que, a diferencia de la tradición francesa, “en el Estado social de derecho la protección de los derechos no depende exclusivamente de las leyes expedidas por el Congreso, sino que depende sobre todo de la aplicación judicial de la Constitución” García Villegas (2006).

La segunda premisa también está sustentada en la investigación de García Villegas, y se desprende de la distinción hecha en la primera premisa. En esta segunda oportunidad, la distinción es entre las constituciones preservadoras y las constituciones aspiracionales, donde las primeras se caracterizan porque se presentan en contextos socio-políticos que han favorecido las condiciones de progreso social y estabilidad institucional, en consecuencia, dichas constituciones tienden a

²⁴Law as hope, Florida Law Journal, Gainesville, XVI, (1); versión en español en García Villegas, Mauricio; Uprimny, Rodrigo & Rodríguez, César, ¿Justicia para todos?, Norma, Bogotá, 2006.

“preservar” tales condiciones buscando objetivos mínimos en tanto que lo que buscan es mantener el statu quo. Dicho de otra manera, las constituciones “preservadoras”, no tienen por objetivo generar una transformación social a guiada por los principios y valores constitucionales que orientarían dicho cambio, sino que su objetivo consiste en describir una realidad y de alguna manera mantenerla.

García Villegas, explica que el modelo de constitución “preservador” es típico de los países centrales o los denominados países “desarrollados”, particularmente de tradición anglosajona; no obstante se identifican algunos casos de constituciones preservadoras en latitudes diferentes a los países desarrollados, como el caso de la constitución colombiana de 1886, pero por razones distintas a la de los países desarrollados, esto es que a pesar que no se garantizan condiciones de desarrollo mínimas, las condiciones para las minorías privilegiadas por el poder muy buenas, razón por la cual es conveniente mantener dichas condiciones para la minoría dominante.

Respecto a los derechos sociales, el autor en mención advierte que las constituciones preservadoras normalmente persiguen metas mínimas, por tal razón los derechos sociales son tratados bajo contextos de programas de gobierno y contenidos programáticos cuya materialización es llevada a cabo principalmente por el poder legislativo y el poder ejecutivo (García Villegas: 2011, p. 79).

A su turno, García Villegas explica que las constituciones “aspiracionales” se presentan en contextos socio políticos opuestos al dado para las constituciones “preservadoras”, pues son contextos donde no se ha logrado ofrecer las garantías básicas de desarrollo social proliferándose una gran insatisfacción con el estatus quo y una protección mínima de los derechos sociales, pero al mismo tiempo hay también una fuerte creencia de generar una transformación o cambio social a partir de cambios constitucionales o cambios desde el derecho constitucional, es decir existe una creencia en la capacidad transformadora de la realidad del derecho. En este sentido, más que

“preservar el presente”, se busca, a partir de los principios y valores constitucionales establecer metas que orienten y promuevan el cambio social. García Villegas explica que en este contexto es apenas natural que exista una brecha importante entre las metas plasmadas en las constituciones aspiracionales y la realidad social, por esta razón y para superar tal brecha, se busca la aplicabilidad y justiciabilidad de los derechos, para lo cual se les da el trato de normas jurídicas.

García Villegas (2011) continúa explicando que las constituciones aspiracionales son comunes en sociedades periféricas o semi-periféricas, donde son habituales las necesidades insatisfechas, pero también en la capacidad transformadora del derecho, esto debido a que en el caso de América Latina, “la concepción del derecho –y de la Constitución en particular– como un producto de la voluntad del pueblo capaz de transformar el contexto sin restricciones es una herencia del pensamiento rousseauiano francés y de la tradición revolucionaria.” (García Villegas: 2011).

Tomando como soporte las dos premisas anteriores, se puede concluir que la Constitución de 1991 es una constitución típica aspiracional con cierta eficacia pero que presenta varios obstáculos que dificultan sus posibilidades de realizar cambios sociales²⁵ (García Villegas: 2011). Dentro de las distintas dificultades que presenta la Constitución del 91 está el hecho de que existió poco compromiso político con las metas sociales generando una tensión entre “las cláusulas económicas neoliberales y las promesas sociales, y muchos actores han terminado favoreciendo las primeras en

²⁵ De acuerdo a García Villegas (2011), los obstáculos que impiden la realización de derechos sociales en la Constitución Colombiana de 1991 tienen que ver con varios factores que caracterizaron el proceso constituyente: “la ausencia de una revolución previa o de un partido político triunfante, el subsecuente déficit de voluntad política de desarrollar el proyecto constitucional emancipatorio, la existencia de un fuerte activismo judicial en derechos sociales, los conflictos interinstitucionales y los debates políticos que se han derivado de dicho activismo. La promulgación de la Constitución de 1991 no fue el resultado de una revolución previa o del triunfo de un nuevo partido político. Fue más bien el producto de un intento consensuado de confrontar una profunda crisis política causada por la corrupción política y la violencia. Así, el objetivo principal de la Asamblea Constituyente de la cual emergió la Constitución fue ampliar la democracia” (p. 85).

detrimento de las segundas”²⁶ (García Villegas: 2011 p. 86); generando, lo que Villegas (2011) denomina una tensión entre la constitución aspiracional, compuesta por los principios, valores y derechos establecidos en la Carta y la Constitución real, que consistía en las relaciones entre las fuerzas políticas, originando una tensión institucional entre actores políticos y la Corte Constitucional. En tal sentido García Villegas explica:

“(…) el debilitamiento progresivo de las fuerzas políticas comprometidas con la Constitución de 1991 y las estrategias neoliberales del gobierno propiciaron el espacio para que la Corte Constitucional se presentara a sí misma como una de las pocas instituciones dispuestas a defender las cláusulas sociales y el contenido progresista de la Constitución. En esa batalla semiaislada que ha librado la Corte, ha tenido que enfrentarse a varias instituciones estatales que consideran que su activismo progresista es una violación del principio de separación de poderes y un obstáculo para el desarrollo económico.” (García Villegas: 2011 p. 87).

Con lo dicho hasta ahora, ya se tiene un marco conceptual para delimitar el alcance del grado de exigencia que se le pudo hacer al activismo judicial de la Corte Constitucional, no obstante, es necesario resolver una pregunta fundamental: ¿cómo es posible valorar el activismo de la Corte específicamente en materia de derechos de los habitantes de calle?

3.3 Noción de la Corte Constitucional Frente al Habitante de Calle

Para el estudio empírico de la posición de la Corte Constitucional respecto a las políticas públicas para habitantes de calle, acudiremos en primer lugar a metodología de investigación en “ingeniería reversa” del profesor López Medina (2007) donde se hizo análisis estático ²⁷ de la línea

²⁶De acuerdo a García Villegas (2011), “En los primeros años de la década de los noventa, el gobierno colombiano inició –con el apoyo de agencias económicas internacionales– la implementación de una estrategia de liberalización económica. De modo que, mientras las cláusulas sociales de la Constitución requerían mayor intervención estatal para redistribuir la riqueza, el gobierno implementaba políticas que apuntaban a reducir la intervención del Estado de forma tal que fueran las fuerzas del mercado las que asignaran los recursos” (p. 86).

²⁷ Como quiera que el objetivo de la investigación no es determinar la disciplina de la Corte Constitucional en la

jurisprudencial que se ha titulado como: “atención integral a los habitantes de la calle”.

La línea jurisprudencial fue construida a partir de la identificación de un supuesto de hecho que propusiera un problema jurídico que delimitara el material jurisprudencial, en seguida se buscó una sentencia reciente que se ajustara al presupuesto de hecho y al problema jurídico planteado, y sirviera de punto arquimédico o de apoyo. Luego se realizó la “ingería reversa” identificando las sentencias citadas por la sentencia arquimédica y así sucesivamente; se elaboró la tabla del nicho de sentencias citadas, se graficó la telaraña y los puntos nodales de la línea jurisprudencial y finalmente, se estudió y analizó la posición de la Corte Constitucional en las diversas providencias que integraron la línea.

El problema jurídico que se ajustó al objeto del presente trabajo, fue hallado en la sentencia de tutela T-043 de 2015, convirtiéndose esta providencia en nuestro punto arquimédico de apoyo. En efecto, uno de los problemas jurídicos establecidos en la sentencia en mención fue el siguiente:

“¿Constituye una violación a los derechos fundamentales de la población habitante de la calle el retraso en la implementación de la Ley 1641 de 2013 y la consecuente negativa de las entidades territoriales accionadas a proveer políticas públicas al respecto hasta que se reglamente el contenido de la norma?”

El supuesto de hecho que originó el problema jurídico antes enunciado, tuvo que ver con la presentación de la acción de tutela del personero del Municipio de Dosquebradas, Risaralda, como agente oficioso de la señora Sandra Lucero Soto Loaiza, quién fue identificada como habitante de calle. La tutela fue incoada por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal y a la salud de la señora Soto, a consecuencia de la negativa de las entidades demandadas a suministrarle a la señora Soto Loaiza un albergue dadas

aplicación del precedente judicial, no se considera procedente la aplicación del análisis dinámico de la jurisprudencia.

sus precarias condiciones de salud²⁸.

En proceso de *ingeniería reversa*, consistió en recopilar de la sentencia arquimédica las referencias jurisprudenciales utilizadas por la Corte al momento de abordar el tema de “atención integral a los habitantes de la calle”. El resultado es el nicho citacional de la sentencia T-043 de 2015 compuesto por nueve sentencias comprendidas entre 1992 y 2014. (Tabla 1).

Tabla 1.

Nicho Sentencia T-043 de 2015.

Año	Sentencias Corte Constitucional
2014	C-464 / t-108-a
2011	T-323
2006	C-040
2004	C-044
2003	T-436
2000	C-371
1997	C-016
1992	T-533

Fuente. Autora.

El resultado del método de “ingeniería reversa” aplicado sobre el acápite de la sentencia dedicado a la “atención integral a los habitantes de la calle”, muestra que las sentencias más citadas corresponden a las T-533 de 1992, T-426 de 1992, T-684 de 2002, T-436 de 2003 y T-646 de 2007, como se puede ver en la ilustración Número (1), donde se advierte que las providencias en mención hacen parte de las tres líneas de citación jurisprudencial.

No obstante, existe otro amplio número de sentencias citadas en la primera línea

²⁸ De acuerdo a los hechos de la demanda, la señora Soto Loaiza recibió atención médica el día 16 de marzo de 2014 “al padecer dolor en los pies, con ulceración en el talón derecho e inflamación en el dorso, además de presentar un edema en la vagina. En esa ocasión se determinó que sufría de tuberculosis y ‘al parecer VIH’. Posteriormente, el 23 de marzo la señora Soto Loaiza expresó su voluntad de marcharse del centro hospitalario y fue en consecuencia dada de alta. Al momento de la interposición de la solicitud de amparo, la señora Soto había sido internada en la institución clínica referida, y una vez culminaran las atenciones médicas retornaría a habitar en la calle, lo que dificultaría su recuperación.” (Sentencia T-043 de 2015).

jurisprudencial que aparentemente no parecen coincidir con el nicho descrito anteriormente. La justificación de ese resultado puede ser que estas sentencias centraron el debate jurídico en otros aspectos distintos a la protección especial para población indigente, como es el caso particular las sentencias C que abordaron el estudio de la constitucionalidad de normas penales que sancionaban la condición de habitante de calle y que para su resolución no requerían abordar la protección especial a tal población.

Establecido este primer trabajo preliminar, es posible iniciar la descripción de la línea jurisprudencial, precisando que, para efectos metodológicos, las sentencias serán estudiadas en dos grupos: el primer grupo corresponde a la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte en las sentencias de tutela o sentencias T y en un segundo grupo se abordará el estudio de la línea jurisprudencial de las sentencias de constitucionalidad o sentencias C, en los siguientes términos:

Figura 1. *Telaraña y puntos nodales jurisprudencia “atención integral a los habitantes de la calle”*

Fuente. Autora.

La sentencia fundadora de línea es la sentencia T-533 de 1992, que define la población indigente como un grupo calificado de personas que “carecen de recursos económicos mínimos para subsistir dignamente y se encuentran incapacitados para trabajar, debido a su edad o estado de salud. Las más de las veces, no cuentan con una familia que les prodigue apoyo material y espiritual”.

En aquella oportunidad la Corte argumentó que la pobreza atenta contra la vigencia de los derechos fundamentales y por tanto sus causas estructurales sus efectos exigen la intervención

directa del Estado. En este sentido advierte que la constitución consagra diversos mecanismos tendientes a garantizar a las personas en situación de indigencia los servicios públicos básicos de salud, seguridad social integral y el subsidio alimentario señalando además que en principio “el legislador es la autoridad pública llamada a determinar la forma y la cobertura de su prestación”, señalando como única excepción “la aplicación inmediata (CP art. 85) de la protección especial a la persona, en particular cuando la marginalidad social y económica la coloca en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13)”.

La Corte también acudió al principio de solidaridad para señalar que en principio la solidaridad y apoyo a una persona en situación de indigencia corresponde a la familia, empero si la familia se encuentra en imposibilidad material de apoyar a uno de sus miembros, corresponde al Estado, proteger efectivamente los derechos de la persona.

Y una tercera idea fuerza presentada dentro de la argumentación de la sentencia T-533 de 1992, está relacionada con la procedibilidad excepcional de las acciones de tutela para el reclamo de derechos prestacionales. En este sentido la Corte estableció la siguiente sub regla jurisprudencial:

Las acciones de tutela cuyo objeto verse sobre la omisión de una conducta activa por parte de una autoridad pública - como ocurre con los derechos prestacionales que, en las condiciones del artículo 13 de la Constitución Política, se actualizan y tornan exigibles, aunque sea en supuestos eminentemente excepcionales -, imponen al juez de tutela el deber de determinar en primer término la real existencia de la situación excepcional y, luego, verificada la configuración del derecho prestacional fundamental, articular la fórmula que de manera más económica, eficiente y adecuada sirva al propósito de hacerlo efectivo, apelando si así lo considera procedente a la solidaridad social (Corte Constitucional T-533 de 1992).

La sentencia T-426 de 1992 no estudia de forma específica una presunta vulneración de

derechos de un habitante de calle, no obstante, es frecuentemente citada dentro de la línea jurisprudencial aquí estudiada porque introduce una regla jurisprudencial importante, al reconocer vía jurisprudencial y acudiendo al carácter abierto de la Carta Constitucional de 1991, el derecho a la subsistencia en los siguientes términos:

Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad (Corte Constitucional, sentencia T-426 de 1992).

La sentencia T-684 de 2002, de alguna manera decantó algunas de las reglas establecidas en la sentencia T-533 de 1992, respecto a la responsabilidad del Estado en relación con el respeto a las garantías mínimas de vida digna de las personas que por su estado de indigencia, no pueden lograrlas por sí mismas. En este sentido la Corte precisó la siguiente regla jurisprudencial:

(...) la Corte ha admitido que los derechos sociales de las personas en situación de indigencia pueden concretarse y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación cuando el accionante se encuentra en una situación de extrema indigencia. Así, la Corte ha afirmado que en caso de que se evidencie una grave afectación del mínimo vital de quien solicita atención y la persona en estado de indigencia carece de un núcleo familiar cercano que cubra sus requerimientos, procede a ordenar de manera excepcional la atención del Estado ante la situación de indigencia por tutela.

La sentencia T-149 de 2002 acompaña los argumentos señalados en providencias anteriores sumando el derecho fundamental a la igualdad, en su modalidad de una acción afirmativa a favor de las personas que requieren protección especial, “*cuya exigibilidad no depende de su desarrollo*

legislativo ya que de otro modo se podrían poner en grave riesgo otros derechos fundamentales de la persona”. La mencionada providencia añade que, por ejemplo, cuando las medidas legales y reglamentarias no cumplen efectivamente la finalidad de protección de la persona cuya autonomía “*está severamente impedida por sus condiciones personales, sociales, culturales o económicas, puede acudir a la acción de tutela para propender la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales*”.

La sentencia T-436 de 2003 corrobora los precedentes anteriores reafirmando, que la condición de indigencia atenta contra los derechos fundamentales, añadiendo que la condición de indigencia “*limita los valores y principios que la misma constitución pretende amparar, y por tanto, la persona que la padece no está en capacidad de velar por su propia existencia; son entonces la sociedad y el Estado a quienes les asiste la responsabilidad de procurar la protección*”. Pero además la Corte empieza a pronunciarse sobre la exclusión que el mismo sistema hace de la población indigente al no incluirlos en su gran mayoría a las bases de datos del Sisben, que se supone está diseñado para focalizar los programas sociales en la población más pobre:

Aprueba la Corte que dado el estado de marginalidad y de pobreza absoluta, el accionante no puede acceder al Régimen de Salud Subsidiado en calidad de beneficiario en tanto no es posible aplicarle la encuesta Sisben que permitiría clasificarlo en un determinado nivel de pobreza. Sin embargo, sí puede verse beneficiado de los servicios de salud con cargo de los recursos a la oferta como persona vinculada”.

Las sentencias T-211 de 2004, T-646 de 2007, T-737 de 2011 y Sentencia T-323 de 2011, hacen reiteraciones jurisprudenciales y no presentan reglas o sub reglas jurisprudenciales que alimenten la línea objeto de estudio.

Entre tanto, en providencia T-166 de 2007, la Corte advierte que la escasez de recursos no es obstáculo para la protección constitucional directa de indigentes, modulando la sub regla

jurisprudencial en los siguientes términos: “La misma debe ser valorada por el juez constitucional e invita a no distorsionar prioridades fijadas democráticamente por las autoridades competentes, pero no es un obstáculo para ordenar la protección de derechos fundamentales, en especial de quienes se encuentran en situación de indigencia extrema y de urgencia”.

Por su parte, la sentencia T-1098 de 2008 presenta dentro de su ratio decidendi la reiteración jurisprudencial de las providencias anteriores, pero además introduce la obligación del Estado para adoptar medidas especiales de protección de conformidad con lo establecido en el Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

En esa misma oportunidad, la Corte reitera “*la necesidad de que el Estado avance en la realización de las prestaciones constitucionales consagradas a favor de las personas en estado de indigencia*”, reiterando lo siguiente:

[e]n principio es competencia del legislador desarrollar la normatividad pertinente para la atención de los indigentes y compete a los formuladores de políticas sociales diseñar los instrumentos para lograr la materialización de los mandatos constitucionales, de tal forma que los deberes sociales se concretan por esta vía en deberes legales.”

En el mismo sentido, la máxima interprete de la Constitución de 1991 advierte que mientras el poder legislativo no establezca lo contrario, es el Estado el encargado de “asumir las cargas positivas necesarias para obstaculizar que la persona sea despojada, por las circunstancias en que se halla, de su dignidad y sus derechos fundamentales”.

En lo que corresponde a la sentencia T-057 de 2011, trae elementos de otra línea jurisprudencial para enriquecer la línea aquí estudiada, introduciendo la doble finalidad de las acciones afirmativas:

(i) para compensar a ciertos grupos discriminados a lo largo de la historia; y (ii) para nivelar las condiciones de quienes, por haber sido discriminados, se vieron impedidos de disfrutar sus derechos en las mismas condiciones que los demás. Posteriormente fueron concebidas adicionalmente (iii) para incrementar niveles de participación, especialmente en escenarios políticos.

En ese sentido explica los dos grandes tipos de acciones afirmativas: las que tienen su fundamento en el artículo 13 de la Constitución, y las que tienen una expresa consagración constitucional, esto es que señalan expresamente un grupo beneficiario de tales medidas como las personas de la tercera edad, discapacitados, niños, niñas y mujeres. Bajo ese entendido la Corte precisó que los indigentes se encuentran dentro del primer grupo de acciones afirmativas, pues aunque no existe dentro de la Carta una norma que específicamente consagre su protección, sí son beneficiarios de la cláusula general de igualdad establecida en el artículo 13 Constitucional.

Finalmente, la sentencia T-108 A de 2014, que hace una reiteración jurisprudencial para proteger el derecho a la personalidad jurídica de un habitante de calle que no cuenta con cédula de ciudadanía y por tanto no puede ser afiliado al sistema subsidiado de salud.

Ahora bien, como correlato a estas sentencias de tutela, que hacen énfasis en la protección especial de los habitantes de calle, la línea jurisprudencial cuenta con sentencias de constitucionalidad que hacen referencia a la evolución de la noción de habitante de calle introducida en las diversas políticas Estatales antes y después de la Constitución de 1991.

Ese fue el caso de la sentencia C-016 de 1997, que estudió una demanda contra el Decreto 522 de 1971, por el cual se establecía la sanción de relegación a colonia agrícola para quienes teniendo medios de subsistencia (art. 23), fingiendo enfermedad o defecto físico (art. 24), o explotando enfermedad cierta o lacra o defecto físico verdaderos que no lo inhabiliten para trabajar (art. 25), ejerciesen la mendicidad.

La sentencia C-016 de 1997 explica la “teoría de la defensa social” como motor de la represión de los habitantes de la calle aplicando medidas "extra o ante delictum", como las contempladas en la norma demandada.

En el mismo sentido la sentencia C-309 de 1997, reafirma que las denominadas “políticas perfeccionistas”, están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos (CP arts. 1º, 7º, 16, 17, 18, 19 y 20), las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana.

En concordancia con lo anterior, la sentencia C-040 de 2006, retoma la noción de libre personalidad, abordada en muchos otros precedentes anteriores, para argumentar una nueva perspectiva de habitante de calle, en el sentido que cada individuo es libre de determinar el camino de su existencia siempre que no afecte los derechos de los demás, al señalar que “es únicamente a través de esta manera donde efectivamente se es digno consigo mismo”.

Tal tesis jurisprudencial es reiterada por la sentencia C-464 de 2014, al conocer sobre la demanda de inconstitucionalidad del tipo penal de la explotación de menores de edad. En aquella oportunidad la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

En consecuencia, no siendo la mendicidad un delito – en los términos señalados – ni tampoco una contravención, esta Corporación constata que no existe entonces un reproche jurídico por tal ejercicio. Por consiguiente, el establecer una sanción a una conducta no reprochada jurídicamente vulnera el artículo 29 de la Constitución que establece el principio de legalidad. En este caso, las sanciones indicadas en el artículo acusado por el ejercicio de la mendicidad; es decir la reclusión en asilo, hospital, clínica u otro establecimiento público adecuado, contrarían el principio de legalidad señalado en la Constitución, al sancionarse una conducta no reprochada ni constitucional ni legalmente”.

Pero esta postura, en lo que corresponde al principio de libre desarrollo de la personalidad como criterio de análisis de la población habitante de calle, fue modificada o al menos moderada por la sentencia T-043 de 2015 en los siguientes términos:

Pero también el exagerado énfasis en la libertad individual corre el riesgo de conducir a respuestas insuficientes. Llegar a sostener que todos los ciudadanos ostentan el mismo derecho de dormir en la calle, como si se tratase de una alternativa verdaderamente libre y autónoma, como si los oscuros callejones de la ciudad, el frío y el hambre fuesen una decisión estrictamente personal y voluntaria, conduce a un entendimiento limitado de una problemática mucho más profunda.

Y finalmente la sentencia C-464 de 2014, reproduce la regla constitucional referida a la igualdad material y al deber del Estado de eliminar las inequidades sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano bajo un orden justo.

De esta manera se conforma el nicho jurisprudencial de la sentencia T-043 de 2015, presentando un claro panorama de la posición de la Corte Constitucional en relación a la política pública para habitantes de calle, la cual analizaremos en el siguiente apartado.

Por ahora es valedero mencionar que en la sentencia T-043 de 2015 se reconoce la trascendencia e importancia de la ley 1641 de 2013, por la cual se establecen los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle, pues representa “un cambio en el paradigma de la legislación colombiana”, por ello “no es de menor importancia que por primera vez el legislador se trace un nuevo derrotero normativo dirigido a garantizar, promocionar, proteger y restablecer los derechos de estas personas, con el propósito de lograr su atención integral, rehabilitación e inclusión social”.

No obstante, la Corte no es clara en precisar si la demora injustificada en la implementación de la política pública antes mencionada constituye en una violación a los derechos fundamentales

del accionante, pero de la teleología del contenido de la sentencia y de las órdenes impartidas en la parte resolutive de la misma se puede inferir que la respuesta es negativa. En efecto, dice la providencia lo siguiente:

Esta Sala de Revisión considera que la tardanza en la elaboración de una política pública nacional de atención para los habitantes de la calle no debe eruirse como una barrera insuperable para la protección y garantía de los derechos más elementales de estos ciudadanos.

En efecto, estas personas sufren una violación generalizada de derechos humanos que demanda una actuación inmediata.

Y en su parte resolutive, la providencia en mención se limita a exhortar al Ministerio de Salud y a las demás autoridades responsables de la implementación y desarrollo de la Ley 1641 de 2013, *“para que culminen a la mayor brevedad posible el proceso de socialización y formulación de la política pública para los habitantes de la calle”*.

Ahora bien, consideramos que para que el ejercicio de análisis jurisprudencial quede completo, es necesario hacer algunos comentarios sobre otra sentencia de tutela proferida en el año 2015, que por motivos metodológicos no hizo parte del análisis jurisprudencial antes presentado.

Se trata de la sentencia T-092 de 2015, que tenía como problema jurídico el siguiente: *“¿la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a no ser discriminado y a la personalidad jurídica de Julián Armando Miranda Gutiérrez, quien es habitante de la calle, al negarse a expedir de manera gratuita un duplicado de su cédula de ciudadanía, bajo el argumento de su no inclusión en el ‘Sisbén nivel 0’, a pesar de que el actor pertenece a uno de los grupos poblacionales más vulnerables de la Capital?”*.

Como se puede observar, el problema jurídico no se refirió en ningún momento a la política pública para habitantes de calle, por tal razón no podía ser tomada sentencia arquimédica; además, la sentencia no hizo parte del nicho citacional definido a partir de la sentencia T-043 de 2015.

Sin embargo, resulta válido hacer un par de comentarios sobre la providencia T-092 de 2015, porque como lo muestra la tabla número dos, tiene un nivel nada despreciable de compatibilidad o similitud respecto al nicho citacional de la sentencia T-043 de 2015.

Tabla 2.

Nicho Sentencia T-092 de 2015.

Año	Sentencias Corte Constitucional		
2014	C-385	T-266	T-108 A
2012	T-929		
2011	T-232	T-057	
2007	T-900		
2005	T-119		
2004	T-211	T-649	
2003	T-436	C-1036	
2002	T-149	T-684	
2001	T-1330		
1997	T-046		
1992	T-426	T-533	

Fuente. Autora.

La sentencia, hace una reiteración jurisprudencial de la protección especial a los habitantes de calle, refiriéndose, además, a distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional que han protegido toda una gama de derechos a los habitantes de calle, desde el derecho a la salud y la vida hasta la personalidad jurídica, pasando por el derecho a la subsistencia y al mínimo vital entre otros.

Pero quizá lo más interesante del fallo es que trata de adoptar órdenes y medidas tendientes a eliminar un grave problema de exclusión que el mismo sistema hace sobre los habitantes de calle, pues como se pudo observar en sentencias anteriores, en muchísimos casos esta población ni siquiera hace parte de las bases de datos del Sisben, en consecuencia, ni siquiera aparecen en el Sisben 0.

Por esta razón, en la mencionada providencia la Corte determinó en el numeral sexto de la

parte resolutive lo siguiente:

Ordenar al Departamento Nacional de Planeación, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de (1) un mes siguiente al recibo de la notificación de este fallo, genere directrices que permitan a todas las entidades a nivel nacional o local encargadas de programas sociales, incluir a la población habitante de la calle y/o vulnerable en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios, - Sisbén -, de manera tal que las normas que atiendan a la lógica de “niveles del Sisbén”, y en especial que estipulen el “nivel 0 (cero) del Sisbén”, puedan ser interpretadas a favor de esta población, a fin de que las mismas no resulten incongruentes con la metodología del Sisben III, que atiene a puntajes.

Y en similar sentido señaló en el numeral séptimo de la parte resolutive lo siguiente:

Exhortar al Departamento Nacional de Planeación, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, para que, en el curso del proceso de implementación de la política pública en torno a la población habitante de la calle, ordenada por el artículo 13 de la Ley 1641 de 2013, consagre métodos de inclusión de ese grupo poblacional en el sistema de información de potenciales beneficiarios de programas sociales, Sisbén a nivel nacional”.

De esta manera se tiene definido un panorama claro de la relación de la Corte con las Políticas Públicas para habitantes de calle, en tal sentido solo resta responder la pregunta que orientó el presente trabajo ¿el máximo tribunal constitucional ha desplegado acciones propias del denominado “activismo judicial” respecto a la política social para habitantes de calle?

3.4 La Corte Constitucional y las Políticas Públicas para Habitantes de Calle ¿Un caso de Activismo Judicial?

De acuerdo a Henao Pérez (2014), las demandas de inconstitucionalidad y las acciones de tutela, promovidas por diversos sectores sociales, “hacen posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas y que esas personas agencien asuntos políticos mediante su participación”

(Henao Pérez. 2014, p. 70). Esta tesis se soporta en el enfoque de análisis de política públicas denominado *Advocacy Coalitions*, que Roth (2003) explica como aquel donde los diversos actores que integran la comunidad política, además de compartir ciertos valores, interactúan y compiten con otras en la carrera por influenciar o definir la actuación del Estado frente a un problema relevante para estos grupos (Henao Pérez. 2014, p. 70).

En este sentido Henao Pérez (2014, p. 71), sostiene que el juez constitucional colombiano se ha convertido en actor de políticas públicas, fundamentalmente porque los demás actores políticos se han focalizado en unas prioridades específicas, existiendo en muchas ocasiones falta de voluntad para transformar realidades sociales concretas.

En armonía con la tesis anterior, Cano, L. F. (2014), apoyada en los estudios de Dahl (1957), quien sostuvo que los tribunales constitucionales no son instituciones estrictamente jurídicas, teniendo dentro de sus funciones trazar políticas públicas, argumenta que en Colombia, el interés jurídico por las políticas públicas, en sus dimensiones de estudio y diseño, ha crecido notoriamente debido a que “la Corte Constitucional comenzó a usar con frecuencia este concepto en sus sentencias y a llenar de contenido una expresión que, en esencia, no pertenece a ninguna categoría jurídica particular, lo cual no ha sido impedimento para que la Corte se involucre, de diversas maneras, en el proceso de políticas públicas” (Cano, L. F.: 2014, p. 437).

De acuerdo a la investigación de Cano, L. F. (2014), la mención que la Corte Constitucional hizo a las políticas públicas fue mínima durante las primeras Cortes, pero se incrementó notablemente en los años 2008 y 2009, que según la autora corresponden a un mayor activismo de la Corte frente al derecho a la salud y al aumento en los autos de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004.

De otro lado, la investigación realizada por la autora en mención, reveló que “el principal escenario fáctico en el que se usa la categoría de políticas públicas en la jurisprudencia

constitucional es el de la violación a la faceta prestacional y progresiva de los derechos constitucionales” (Cano, L. F.: 2014, p. 452) y además, “la Corte privilegia las políticas como herramienta para la garantía de los derechos de personas en condición de debilidad manifiesta” (Cano, L. F.: 2014, p. 452), como lo demuestra la autora en mención al clasificar las sentencias estudiadas por población beneficiaria, dentro de la cual se encuentra una sola sentencia dirigida a la población indigente.

Ahora bien, de acuerdo a lo antes dicho y a la línea jurisprudencial construida en el capítulo precedente podemos realizar el siguiente análisis:

En primer, lugar podemos indicar que la Corte Constitucional ha desarrollado un activismo judicial moderado respecto a las políticas públicas para habitantes de calle, que de alguna manera se ha transformado para presionar al gobierno central para reglamentar en el menor tiempo posible la política pública para habitantes de calle y lógicamente ponerla en ejecución. En consecuencia, no ha habido un activismo en estricto sentido pues lo que parecen fallos transformadores, después de la expedición de la ley.

En efecto, las primeras decisiones de la Corte, a pesar de desarrollar importantes reglas jurisprudenciales en defensa de los derechos fundamentales y prestacionales de los habitantes de calle, adoptaba decisiones francamente restringidas respecto a lo que había expresado en su parte motiva, de alguna manera fue amplia deliberando, pero limitada decidiendo, teniendo en cuenta el contexto de la constitución aspiracional de 1991.

A partir del año 2.003 la Corte empezó a ser más enfática en la necesidad de desplegar acciones afirmativas para la población habitante de calle, pero siguió siendo restringida a la hora de fallar. Un ejemplo de ello lo encontramos al comparar el fallo adoptado en la sentencia T-436 de 2003 y el fallo de la sentencia T-092 de 2015, donde a pesar de conocer el mismo fenómeno de discriminación del Sisbén a la población indigente, adoptan decisiones francamente diferentes,

presentándose en la sentencia T-092 de 2015 una posición francamente activista en relación a la decisión restringida adoptada en la sentencia T-436 de 2003.

En efecto, la sentencia T-436 de 2003²⁹, a pesar de reafirmar los precedentes constitucionales anteriores y de pronunciarse sobre la exclusión que el mismo sistema hace de la población indigente, al no incluirlos en su gran mayoría a las bases de datos del Sisben, adopta una decisión que, si bien resuelve el caso concreto, no se arriesga a hacer algún exhorto tendiente a transformar dicha realidad social. Mientras que la sentencia T-092 de 2015, que vuelve a conocer la problemática de exclusión del Sisben a la población indigente es mucho más activa al momento de decidir, pues en esta oportunidad sí ordenó al DNP, generar directrices que permitan a todas las entidades a nivel nacional o local encargadas de programas sociales, incluir a la población habitante de la calle y/o vulnerable en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios, - Sisbén -.

En segundo lugar, podemos afirmar que la Corte Constitucional sí se ha comportado como un gestor de políticas públicas, pues a través de las acciones de tutela, ha promovido el desarrollo de acciones afirmativas por parte del Estado dirigidas hacia una población específica: los habitantes de calle, así se haya desplegado un activismo moderado, pero que en todo caso ha visibilizado a dicha población en procura de una movilización o reacción concreta del Estado. Eso sí vale la pena precisar que la Corte ha asimilado el concepto de las políticas públicas a conceptos cercanos como programas y proyectos (Cano, L. F.: 2014).

En el mismo sentido, la Corte ha generado un efecto transformador respecto a la forma de ver a los habitantes de calle a través de las demandas de inconstitucionalidad que conoció respecto a

²⁹ En uno de los apartes de la sentencia, que describían los hechos del caso se dijo lo siguiente: “Habiendo solicitado al SISBEN la afiliación a una A.R.S., le fue informado que el “NO SISBEN”, no lo podía cobijar, pues para ello se requería cumplir con dos requisitos esenciales: primero, tener un domicilio y, segundo, poseer un documento de identidad. En tanto el actor perdió su cédula de ciudadanía y es residente de la calle, no es posible que se dé su afiliación al régimen de salud subsidiado.”

la criminalización de la condición de indigente. En efecto a través de las demandas de inconstitucionalidad estudiadas, la Corte proscribió toda interpretación peligrosista de la condición de habitante de calle y desplegó una nueva visión del mismo a través de la noción de libre desarrollo de la personalidad. No obstante, sólo hasta la sentencia T-043 de 2015, se modera tal posición jurisprudencial, en el sentido de que no es posible sostener que todos los ciudadanos ostentan el mismo derecho de dormir en la calle, como si se tratase de una alternativa verdaderamente libre y autónoma, como si los oscuros callejones de la ciudad, el frío y el hambre fuesen una decisión estrictamente personal y voluntaria, conduce a un entendimiento limitado de una problemática mucho más profunda”.

En tercer lugar, no hay que perder de vista que a pesar de decidir de forma restrictiva, la parte motiva del fallo, fundamentalmente en su ratio decidendi, sí ha tenido la intención de presionar la acción gubernamental frente a los problemas públicos, a través de lo que Rodríguez Garavito (2010) define como “efecto simbólico” de las decisiones judiciales, al buscar propiciar el cambio en las “ideas, percepciones e imaginarios sociales sobre el tema objeto de litigio” (Rodríguez Garavito: 2010, p. 97) “a través de un lenguaje cargado de términos que invitan a la acción como el que utiliza la Corte en su narrativa” (Cano, L. F.: 2014, p. 455).

En cuarto lugar, la sentencia T-1098 de 2008 es de las pocas providencias que dentro de su ratio decidendi introduce la obligación internacional del Estado para adoptar medidas especiales de protección de conformidad con lo establecido en el Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, no hace una alusión expresa al denominado control de convencionalidad.

Y, finalmente, es importante que la Corte Constitucional importe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto “interseccionalidad”, para referir la discriminación creada por

múltiples factores que interactuando entre sí crean “un riesgo o una carga de discriminación única o distinta” y que también sufren claramente los habitantes de calle. Con este concepto se podría entender mejor este fenómeno social y se podría continuar el proceso transformador de las realidades sociales de este grupo poblacional.

Conclusiones

Es preciso señalar que el fenómeno del habitante de calle es resultado de la exclusión generalizada que ha existido a lo largo de la historia y de la pobreza y desigualdad extrema que afronta nuestro país. Las distintas formas de discriminación en contra de este grupo, se han manifestado de muchas formas. A pesar del reconocimiento formal de sus derechos, esto no ha sido suficiente para superar tal situación de vulnerabilidad e invisibilidad, sino que requiere cambios profundos en la posición que tiene la sociedad respecto de los habitantes de la calle.

Las políticas públicas nacionales en torno a la población que habita en la calle están básicamente orientadas hacia un mismo punto: al restablecimiento de sus derechos. En Colombia, el tratamiento jurídico para el habitante de la calle está enmarcado en la Ley 1641 de 2013, por medio de la cual se establecen los lineamientos para la política social que entraría a regular su situación. Los principios que inspiran la formulación de esta incipiente normatividad son: “la Dignidad Humana, la Autonomía Personal, la Participación Social, la Solidaridad y la Coordinación, Concurrencia y Subsidiariedad entre los diferentes niveles de la Administración Pública” (art. 5); y como principales fines: “garantizar, proteger y restablecer los derechos de los habitantes de la calle” (art.1), los cuales deben ser desarrollados por los entes territoriales y traducidos en mecanismos para la atención integral al habitante de calle en caso de que necesite rehabilitación y posterior inclusión social.

La Ley 1641 tiene un alcance orientado a las personas que ya están en situación de calle, personas que ya han adoptado este lugar como su residencia -según la norma, de forma transitoria o permanente-, pero no se encarga de aquellos que se encuentran en alto riesgo de habitabilidad en la calle, es por esto que se enfoca en el restablecimiento de derechos. Desde esta perspectiva, la

política pública guarda coherencia con el carácter asistencial del Estado Social de Derecho, pues como propuesta y como lineamiento general, la Ley 1641 de 2013 prevé medidas de restablecimiento que suponen una acción positiva por parte del Estado (otra vez, solo para quienes ya habitan en la calle).

Es así que el marco jurídico para el habitante de la calle tiene como finalidad el restablecimiento de sus derechos, pero la discusión que aquí podría suscitarse es que dicho restablecimiento aparece como la cura para los males sin existir ningún tipo de medida preventiva para que un indigente no adquiriera la calidad de habitante de la calle cuando es susceptible de ello. El restablecimiento ha de ser la última medida, la última salida, y antes del mismo deberían agotarse otros mecanismos de inclusión que eviten que el individuo llegue a dicho estado de indignidad y necesite del restablecimiento de sus derechos. Es precisamente esta discusión la que da origen a la propuesta de este artículo: la prevención de la habitabilidad en la calle.

Respecto al análisis de la jurisprudencia constitucional desarrollado durante la investigación, se logró establecer que la Corte ha señalado que los habitantes de la calle son sujetos de especial protección constitucional debido a la situación de debilidad en la que se encuentran, y que existe una responsabilidad por parte de la familia y el Estado para garantizar el respeto a sus derechos como la salud y el mínimo vital. Con base en la investigación, se evidencia que el Alto Tribunal tiene un rango muy limitado de sentencias que se refieren al tema y la mayoría de ellas han logrado una protección individual en casos concretos a través de las garantías constitucionales, pero no general para este grupo vulnerable.

Por otra parte, el desarrollo de políticas públicas para favorecer los derechos de los habitantes de la calle en Colombia es muy reciente debido a que hay un gran periodo histórico en el cual las únicas medidas fueron de carácter asistencialista y caritativo.

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 se consagró para las

autoridades públicas el deber de realizar acciones afirmativas para favorecer a grupos vulnerables, y por ello se ha visto un mayor interés por parte del Gobierno en tomar decisiones que incidan en el mejoramiento de las condiciones de vida de este grupo, aunque actualmente, esas políticas no tienen un impacto profundo en nuestra sociedad.

Las primeras decisiones de la Corte, a pesar de desarrollar importantes reglas jurisprudenciales en defensa de los derechos fundamentales y prestacionales de los habitantes de calle, adoptaba decisiones francamente restringidas respecto a lo que había expresado en su parte motiva, de alguna manera fue amplia deliberando, pero limitada decidiendo, teniendo en cuenta el contexto de la constitución aspiracional de 1991.

A partir del año 2.003 la Corte empezó a ser más enfática en la necesidad de desplegar acciones afirmativas para la población habitante de calle, pero siguió siendo restringida a la hora de fallar. Un ejemplo de ello lo encontramos al comparar el fallo adoptado en la sentencia T-436 de 2003 y el fallo de la sentencia T-092 de 2015, donde a pesar de conocer el mismo fenómeno de discriminación del Sisbén a la población indigente, adoptan decisiones francamente diferentes, presentándose en la sentencia T-092 de 2015 una posición francamente activista en relación a la decisión restringida adoptada en la sentencia T-436 de 2003.

En segundo lugar, la Corte Constitucional sí se ha comportado como un gestor de políticas públicas, pues a través de las acciones de tutela, ha promovido el desarrollo de acciones afirmativas por parte del Estado dirigidas hacia una población específica: los habitantes de calle, así se haya desplegado un activismo moderado, pero que en todo caso ha visibilizado a dicha población en procura de una movilización o reacción concreta del Estado. Eso sí vale la pena precisar que la Corte ha asimilado el concepto de las políticas públicas a conceptos cercanos como programas y proyectos.

Es así como por ejemplo la Corte ha protegido derechos de habitantes de la calle, conforme

aconteció con el derecho a la salud y a la vida digna de una persona que manifestó “vivir en la calle”, encontrarse enfermo, en precaria situación económica, no recibir ayuda de nadie y dormir en la calle, para lo cual la Sala de Revisión ordenó gestionar y coordinar con las Instituciones Prestadoras de Salud Públicas o Privadas adecuadas para el efecto, el tratamiento médico integral que corresponda a la enfermedad que padece el accionante previa valoración por parte de un médico adscrito a dichas entidades que conceptúe sobre la enfermedad, dando prioridad al presente caso, por tratarse de una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta” [Sentencia T-211 de 2004].

En otra oportunidad, la Corporación protegió los derechos fundamentales de una mujer de cierta edad y con problemas de salud, que había sido “desalojada de la pieza donde vivía, al no tener cómo pagar el arriendo”, lo que la obligó a “utilizar la calzada como domicilio”, lugar de donde la alcaldía pretendía desalojarla. La Corte ordenó que a esa persona se le brindara información y se le inscribiera en los programas del gobierno central y de la administración local, “para auxilios a la población en estado de indigencia”, verificar si se había acercado a las dependencias de la alcaldía a solicitar auxilios en salud o vivienda y, en caso de no haberse acercado a estas dependencias o a las oficinas de la procuraduría o de la personería municipal, realizar, con la ayuda de la policía, “visitas periódicas”, durante un término de máximo cuatro meses, a aquellas zonas de la ciudad en “donde existan asentamientos de personas que no cuentan con un domicilio estable”, a fin de localizarla [Sentencia T-1098 de 2008].”

En tercer lugar, no hay que perder de vista que a pesar de decidir de forma restrictiva, la parte motiva del fallo, fundamentalmente en su ratio decidendi, sí ha tenido la intención de presionar la acción gubernamental frente a los problemas públicos, a través de lo que Rodríguez Garavito (2010) define como “efecto simbólico” de las decisiones judiciales, al buscar propiciar el cambio en las “ideas, percepciones e imaginarios sociales sobre el tema objeto de litigio” (Rodríguez Garavito: 2010, p. 97) “a través de un lenguaje cargado de términos que invitan a la acción como

el que utiliza la Corte en su narrativa” (Cano, L. F.: 2014, p. 455).

En cuarto lugar, la sentencia T-1098 de 2008 es de las pocas providencias que dentro de su ratio decidendi introduce la obligación internacional del Estado para adoptar medidas especiales de protección de conformidad con lo establecido en el Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, no hace una alusión expresa al denominado control de convencionalidad.

En quinto lugar, es importante que la Corte Constitucional importe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto “interseccionalidad”, para referir la discriminación creada por múltiples factores que interactuando entre sí crean “un riesgo o una carga de discriminación única o distinta” y que también sufren claramente los habitantes de calle. Con este concepto se podría entender mejor este fenómeno social y se podría continuar el proceso transformador de las realidades sociales de este grupo poblacional.

Así las cosas, podemos decir que la influencia de la jurisprudencia constitucional sobre las políticas públicas para los habitantes de calle, bajo el principio de igualdad y no discriminación ha sido baja, pues a pesar de que la jurisprudencia mencionada, establece una serie de obligaciones a cargo del Estado frente a los habitantes de la calle, las órdenes del Tribunal Constitucional no tienen una incidencia contundente en el cambio de la situación de esta población y por lo tanto en la formulación y ejecución de políticas públicas efectivas para el habitante de calle. Lo anterior, se genera debido a que la mayoría de pronunciamientos de la Corte se producen en sede de tutela, protegiendo derechos de carácter particular, lo que impide una decisión que tenga efectos generales y permita cambios sustanciales en la situación de vulnerabilidad que enfrentan los habitantes de la calle.

Es claro entonces, que para que se materialicen los derechos de esta población, no sólo se requieren medidas legislativas y reconocimientos formales, sino que es necesario implementar estrategias integrales que recojan perspectivas pedagógicas, comunicativas, políticas y económicas, entre otras.

Estos lineamientos generales trazados por el legislador deben materializarse en programas integrales de atención de nivel local y realizarse por medio del trabajo mancomunado de todas las instituciones del Estado que tengan competencia sobre esta población. Por ejemplo, instituciones como el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y demás entes administrativos, sin excluir a entidades privadas, tienen la corresponsabilidad de tomar las medidas necesarias para atender a la población infantil que habita en la calle. El DANE debe realizar la caracterización demográfica y socioeconómica de los habitantes de calle con el fin de establecer una línea base para construir los parámetros de intervención social en sus tres fases: formulación, implementación, seguimiento y evaluación del impacto de esta Política Pública. Lo que demuestra que el trabajo propuesto en materia de habitantes de la calle es una labor que entraña compromiso, pues se requiere de un estudio previo y de un seguimiento a los impactos que tienen las medidas en esta población.

Con este panorama, el litigio estratégico ofrece un amplio panorama de posibilidades para generar cambios en la sociedad y en el Estado con el fin de que esa población tenga unas condiciones dignas para desarrollarse y contribuir positivamente al crecimiento de su comunidad.

A título de recomendaciones, se considera pertinente resaltar que se debe invertir la prelación del enfoque de la política pública, pasando de una prelación Estatal o institucional a un enfoque social, a fin de comprender y transformar con mayor agilidad la realidad crítica de las personas habitantes de calle. Este es un factor importantísimo para acercar materialmente a las instituciones

del Estado a la población indigente. La no modificación de este enfoque de la política ha originado la discriminación de esta población, por ejemplo, al no poder ingresar a las bases de datos del SISBEN.

Una de las principales recomendaciones de este trabajo, tiene que ver con la construcción de la política pública a partir de dos conceptos de análisis jurídico fundamental: la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y la incorporación del análisis interseccional a la Política Pública para Habitantes de Calle.

La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se encuentra estatuida entre otros instrumentos, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos del 25 de junio de 1993, que en su numeral 5to señala:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Autores como Zota-Bernal y Serrano y Vázquez, han precisado que la interdependencia se traduce en la regla según la cual, para la materialización de un derecho o grupos de derechos se requiere de la protección o garantía de otro u otros derechos, mientras que la indivisibilidad de los derechos humanos expresa el carácter integral como deben ser vistos, pues la vulneración de un derecho afectara negativamente el disfrute de otros derechos.

En este sentido se recomienda adicionar el artículo 5, referente a los principios de la política pública social para habitantes de la calle, de la ley 1641 de 2013, insertando los principios de

indivisibilidad e interdependencia de los derechos de los habitantes de calle. En efecto, los principios de la política pública social para habitantes de calle están enlistados de la siguiente manera: a) Dignidad Humana; b) Autonomía Personal; c) Participación Social; d) Solidaridad; e) Coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre los diferentes niveles de la Administración Pública; no obstante es indispensable integrar los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos de los habitantes de calle, pues sólo de esta manera se puede garantizar una protección integral a los derechos de los habitantes de calle.

Los principios de indivisibilidad e interdependencia funcionarían como un elemento cohesionador de la política ayudando a impedir diversos fenómenos que alterarían los fines de la política, por ejemplo: a. la protección parcializada de derechos, la cual necesariamente crearía una afectación sobre otros derechos que dependen de los derechos no protegidos; b. la prevalencia de aspectos procesales en la ejecución de la política que pudieran afectar derechos sustanciales de los habitantes de calle y c. la parcialización de la política hacia la solución de un aspecto o un grupo de aspectos asociados a la problemática de los habitantes de calle, impidiendo el desarrollo de alternativas que atiendan todos los aspectos de la problemática ofreciendo una mirada integral y holística a la problemática y a sus posibles soluciones.

En concreto, los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos de los habitantes de calle permitirían solucionar favorablemente dificultades que presentaban políticas sociales anteriores, las cuales, a partir de exigencias puramente formales, como la indicación de un lugar de residencia como requisito para incluir a los más pobres en el SISBEN, terminaban por hacer invisible a la población habitante del Estado, frente al accionar del Estado.

De igual manera se recomienda introducir el concepto de discriminación interseccional como mecanismo de análisis de la política pública para habitantes de calle.

La interseccionalidad es una categoría de análisis jurídico político encargada del estudio de las relaciones entre diferentes sistemas de opresión, que apareció en el contexto norteamericano en diferentes movimientos feministas vinculados con las escuelas críticas del derecho y del realismo jurídico. Pero la noción de interseccionalidad, como categoría de análisis político jurídico de las diferentes formas de discriminación, fue trasladada al análisis otros casos de discriminación sistemática sobre otras poblaciones vulnerables.

Bajo la categoría de análisis de la interseccionalidad se busca entender las redes de opresiones y opresores integradas de forma indisoluble, de tal manera que la interseccionalidad supera los típicos análisis unidimensionales de la discriminación, para introducir un análisis integral y holístico que señale en contexto los diferentes agentes opresores que generan las prácticas de discriminación, además de la interrelación entre estos agentes y sus efectos sobre la población discriminada.

En este mismo orden, la interseccionalidad propone entender que la fusión de las estructuras de opresión no fija de manera absoluta la ubicación de los sujetos como víctimas o como opresores, pues también construye relaciones de prestigio y privilegio que complejizan esa dualidad. Esto hace que la localización de los sujetos sea dinámica, situada espacial y temporalmente y susceptible de modificación a través de la agencia de los mismos”, como lo afirma Esguerra Muelle & Bello Ramírez, (2014) citados por Zota-Bernal.

La realidad compleja que rodea el mundo de los habitantes de calle exige una categoría de análisis integral que permita entender las dinámicas que se presentan sobre esta población. Por esta razón se recomienda introducir el análisis interseccional a la política pública social para habitantes de calle, a fin de abordar la problemática multifactorial de discriminación que se presenta sobre esta población, identificando los factores y grupos opresores, sus interrelaciones y con ellos, las diversas causas del fenómeno de exclusión y marginalización estructural que padece la población

habitante de calle.

La interseccionalidad es relevante en la aplicación de la política pública para habitantes de calle porque es una herramienta para materializar los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos de los habitantes de calle, pues al evidenciar la problemática en contexto, respecto a la identificación de los factores opresores, se facilita el proceso de identificación del conjunto de derechos indivisibles e interdependientes en el caso concreto de los habitantes de calle.

Así las cosas, es plausible inferir que, dentro de la formulación del Plan Nacional de Atención Integral a los Habitantes de la Calle, el legislador estableció cierto margen de discrecionalidad para que el Gobierno Nacional determine las metodologías, criterios de análisis y estrategias para el seguimiento y evaluación del impacto y cumplimiento de los objetivos y metas de la Política Pública para habitantes de calle. En consecuencia, no hay ninguna razón que impida la implementación del análisis interseccional como mecanismo de seguimiento y evaluación de la política pública antes mencionada.

Otro tema relevante tiene que ver con el papel de las entidades territoriales en la implementación de la política pública para habitantes de calle. El problema institucional que se presenta en este sentido se da en la radicación de más funciones a los Alcaldes y Gobernadores en esta materia sin la asignación proporcional de los recursos necesarios para la ejecución de tal política. En este punto salta a la luz un problema institucional referente a la descentralización administrativa que no está funcionando como se esperaba en la constitución de 1991, por lo que se recomienda abordar este estudio para resolver este y otros problemas institucionales del Estado Colombiano y que necesariamente influyen en la correcta y efectiva ejecución de políticas públicas como la estudiada en este trabajo.

Finalmente y respecto a actualidad, la intervención realizada en el sector del Bronx en la capital del país, bajo la actual administración del alcalde mayor, Enrique Peñalosa ha causado diversas reacciones, por un lado, se consideró necesaria la medida ya que el sector ubicado a pocas cuadras de la plaza de bolívar se había convertido en el lugar en que las mafias de micro tráfico cometían toda clases de delitos, por otro lado diferentes sectores entre ellos los comerciantes del sector y zonas aledañas personas afectadas consideran que la medida fue improvisada y sin planeación, por los diferentes inconvenientes que se han venido presentando con los habitantes de calle, el Distrito ha realizado grandes esfuerzos, ha dispuesto diferentes programas y ayudas como los centros de acogida, pero debido a lo dispuesto por la corte constitucional estas personas no pueden ser obligadas sino deben acudir libremente. Lo cual ha hecho más evidente el problema y situación de esta población en la capital que hoy deambula por toda la ciudad.

Referencias Bibliográficas

I. Obras Generales

- Aldao, C. (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento.
- Álvarez Undurraga, G. (2002). Metodología de la investigación jurídica: Hacia una nueva perspectiva. Santiago Universidad Central de Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales.
- Aroca, L., Herazo, F., Hoyos, R., Gómez, C., Granados, M., & Otero, M. (2013). Habitantes de la calle: Derechos Sociales vs. Libertad Civil. Barranquilla Colombia), Universidad del Norte.
- Baratta, A. (2004). Criminología Crítica y crítica del derecho penal introducción a la sociología

jurídico-penal.

Bayefsky, A. (1990). El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional.

Barrere. (2003). Igualdad y discriminación positiva un esbozo de análisis teórico conceptual.

_____. (2006). La acción positiva análisis del concepto y propuestas de revisión 2006.

Centty, d., Cano, A. & Muñoz, L. (2008). Informe de la pobreza humana de Arequipa Metropolitana–2006. Arequipa, Perú: Universidad Nacional de San Agustín.

Coral, A., Londoño, B. & Muñoz, L. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990 – 2010 en Revista Universitas. Bogotá D. C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Correa, M. E. (2007). La otra ciudad y el habitante de la calle. Medellín: Pontificia Universidad Bolivariana.

_____. (2009). Accesibilidad de la población habitante de calle a los programas de promoción y prevención establecidos por la resolución 412 de 2000. Marzo 2009. Vol. 11.

De Cabo Martín, C. (2006). Teoría constitucional de la solidaridad Marcial Pons.

D'elia, de Negria. & Cols. (2002). Ministerio de salud y desarrollo social, Agencia de cooperación técnica alemana. Documento de trabajo. La Construcción de Políticas Públicas por la Calidad de Vida desde una Perspectiva de Derecho y Equidad. Estrategia de promoción de calidad de vida. República Bolivariana de Venezuela.

Díaz Otero, e., Olivas, E. (1997). Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos. Madrid: Dykison.

Dulitzky. (2007). El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Editorial Trotta.

Fleury Junio, S. (1999). Políticas Sociales Y Ciudadanía.

Galtung, J., & Polylog, E. (2004). Violencia, guerra y su impacto sobre los efectos visibles e

invisibles de la violencia. Foro para filosofía intercultural.

García Villegas, M. (2011). *Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia Y Cambio Social En América Latina*.

_____. (s.f.). El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones.

_____. (2000). *Las políticas públicas: carácter y condiciones vinculantes*. Mexico: revistas en línea Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Revista Polis Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial, volumen uno.

González Serrano, A. (2011). *Excepciones Preliminares. Una mirada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos Prolegómenos*. Derechos y Valores, vol. XIV, núm. 28, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.

González Serrano, A. (2011). *Excepciones Preliminares. Una mirada desde la Corte interamericana de derechos humanos Prolegómenos*. Derechos y Valores, vol. XIV, núm. 28, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.

Guerra, F. (1992). *Modernidad e Independencias. Ensayo sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Mapfre.

Gutiérrez, F. (2002). *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*, Norma, Bogotá.

Hernández Guevara, N. (2007). *Participación e incidencia de la sociedad civil en políticas públicas educativas: el caso Colombia*, Fundación Laboratorio de Políticas Públicas, Buenos Aires.

Ibáñez, a. & Moya, A. (2007). *La población desplazada en Colombia: examen de sus condiciones socioeconómicas y análisis de las políticas actuales*. Bogotá, Colombia: MERPD, Departamento Nacional de Planeación.

Jolly, J. F. (2002). *Lo público y lo local: gobernancia y políticas públicas*. Seminario internacional sobre el Fenómeno Administrativo Público. Mesa Temática Concepción de lo Público y

Esquemas de Administración Pública. Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá.

Kelllet, P., Moore, J. (2003). Routes to home: homelessness and home-making in contrasting societies. Habitat International.

Lévinas, E. (2000). Ética e infinito. Madrid: A. Machado Libros, S.A.

Lindblom, C. E. (1991). *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Versión en español, grupo editorial Miguel Ángel Porrúa. Ministerio para las administraciones públicas, serie Administración general, Primera edición.

Many, y., Muller, p., Quermonne, J.L. (1995). Politiques publiques en Europe, L'Harmattan, Paris.

Margalit, A. La sociedad decente. Barcelona: Paidós.

Mateus, S. (1995). "Limpieza Social", La guerra contra la indigencia. Bogotá D.C.: Ediciones Temas de hoy.

Meny y Thoening. (1986). Las políticas públicas.

Molano, B. (2011). Representaciones sociales de los habitantes de calle frente al fenómeno de limpieza social y problemáticas asociadas en la ciudad de Bogotá D.C. Abril 2011. Vol1.

Montel, A. (2011). Análisis de situación del Ciudadano Habitante de Calle realizado por perteneciente al área de análisis y políticas de la dirección de salud pública. Compilación del histórico del Habitante de Calle del informe trimestral mayo a julio, vigencia 2011.

Muñoz. Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades.

Murillo, C., July P. (2008). Evaluación del impacto socio laboral de talleres artesanales dirigido a ciudadanos habitantes de calle de la comunidad terapéutica Hogar El Camino durante el año 2007 - 2008. Bogotá D.C.

Nogueira. (2006). El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional.

Nogueira Alcalá, H. (2006). El Derecho A La Igualdad Ante La Ley, No Discriminación Y Acciones Positiva Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 13, núm. 2,

Universidad Católica del Norte Coquimbo, Chile.

Nuño Henao, J. (2002). Sistema Social y Control Social en Colombia, Bogotá.

Nussbaum, M. (2007). Las fronteras de la justicia. Barcelona: Paidós.

Ortiz, I. (2007). Asesora Interregional Sénior Departamento de Asuntos Económicos y Sociales
Organización de Naciones Unidas ONU.

Oszlak, o. O'donnell. (s.f.). Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de
investigación.

Parada Gamboa, M. (s.f.) El peligrosismo positivista: un discurso vigente en el código penal de
1980 en Colombia.

Parsons, W. (2007). Políticas Públicas: Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de
políticas públicas, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México.

Pérez Escobar, J. (2004). Derecho Constitucional Colombiano.

_____, Prieto Santana, M. D. (2007). Los derechos humanos, Eje transversal del currículo
educativo. Bubok.

Rabossi, Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación.

Rabossi, E. (1990). El principio de igualdad y la discriminación.

Rodríguez. (2006). Un marco teórico para la discriminación.

Roth, A. (1974). Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación. Ediciones Aurora,
(octava edición) Bogotá – Colombia.

Salazar Vargas, C. (1995). Las Políticas Públicas. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

Sen, A. (2010). La idea de la justicia. Bogotá D.C.: Taurus.

Uribe, M. T. (2003). Esfera pública, acción política y ciudadanía. Una mirada desde Hannah
Arendt. En L. y. Carrillo, Los clásicos de la filosofía política (pág. 308). Medellín:

Universidad de Antioquia.

Valencia Zea, A. Derecho Civil. Tomo III – De las Obligaciones.

_____, Ortiz Monsalve, A. (2011). Derecho Civil: Tomo I - Parte general y personas.

Valencia, H. (2003). Diccionario Espasa de Derechos Humanos. Bogotá D.C.: Planeta Colombiana S.A.

Vargas Velásquez, A. (1999). Notas Sobre El Estado Y Las Políticas Públicas. Almudena Editores. Bogotá Colombia.

Velandia Mora, m., Pinilla, Y. (2003). Revista Indetectable.

Villalonga Torrijos, C. (2001). Sobre la igualdad de los antiguos. (Desde la desigualdad natural en la Filosofía político-jurídica griega, a la desigualdad civil y de gentes en el pensamiento jurídico romano clásico). Derecho y Humanidades.

Young-Bruehl, E. (2006). Hannah Arendt: Una biografía. Valencia: Paidós Ibérica S.A.

Zapata, J. (2009). Coordinación y gestión territorial de la política social en Colombia. División de Desarrollo Social Santiago de Chile.

II. Tesis Doctorales, Memorias

Jaramillo, J. J. y Márquez, L.A. (2012). Evaluación Política Pública Y La Gestión Distrital Frente A Los Habitantes De La Calle En Bogotá 2008-2011. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá.

Munevar García, F.Y. (2015). Análisis de la gestión pública de la política distrital para el habitante de calle en el marco del plan de gobierno de la Bogotá humana en la localidad de mártires - Bogotá D.C. - periodo 2014. Tesis de grado. Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Bogotá.

III. LEGISLACIÓN

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional n° 46. Informe-Ponencia Seguridad Social Integral. Colombia. Comisión Económica Para América y el Caribe (2010).

Panorama social de América Latina

Colombia (1991), Constitución Política, Bogotá, Legis.

Colombia, Código Civil Colombiano, Bogotá, Temis.

Decreto Legislativo No. 014 del 12 de enero de 1955, Por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social.

Decreto 522 del 27 de marzo de 1971, Sobre contravenciones especiales, competencia y procedimiento.

Decreto 1699 de 1964, "por el cual se dictan disposiciones sobre conductas antisociales".

Decreto 1118 de julio 15 de 1970, "por el cual se expide el Estatuto de las Contravenciones.

Ley 48 del 13 de marzo de 1936, Sobre vagos, maleantes y rateros.

Ley 1641 del 12 de julio de 2013, "Por la cual se establecen los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle y se dictan otras disposiciones"

IV. Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

Colombia, Corte Constitucional, (1992) "Sentencia C – 485".

Colombia, Corte Constitucional, (1992) "Sentencia T-533".

Colombia, Corte Constitucional, (1992) "Sentencia C – 485".

Colombia, Corte Constitucional, (1992) "Sentencia T-428".

Colombia, Corte Constitucional, (1992) "Sentencia T-528".

Colombia, Corte Constitucional, (1993) “Sentencia T-029”

Colombia, Corte Constitucional, (1993) “Sentencia T-376”

Colombia, Corte Constitucional, (1993) “Sentencia T-405”.

Colombia, Corte Constitucional, (1994) “Sentencia T-029”

Colombia, Corte constitucional, (1997) “Sentencia C-016”

Colombia, Corte Constitucional, (1997) “Sentencia C-309”.

Colombia, Corte Constitucional, (1997) “Sentencia SU-039”.

Colombia, Corte Constitucional, (1998) “Sentencia SU-747”.

Colombia, Corte Constitucional, (2001) “Sentencia T-029”.

Colombia, Corte Constitucional, (2001) “Sentencia C-169”.

Colombia, Corte Constitucional, (2002) “Sentencia T-684”.

Colombia, Corte Constitucional, (2002) “Sentencia T-1117”.

Colombia, Corte Constitucional, (2003) “Sentencia C-620”.

Colombia, Corte Constitucional, (2003) “Sentencia SU-383”.

Colombia, Corte Constitucional, (2003) “Sentencia C-620”.

Colombia, Corte Constitucional, (2004) “Sentencia T-211”.

Colombia, Corte Constitucional, (2005) “Sentencia C-401”.

Colombia, Corte Constitucional, (2005) “Sentencia T-119”

Colombia, Corte Constitucional, (2006) “Sentencia T-523”.

Colombia, Corte Constitucional, (2006) “Sentencia C-040”.

Colombia, Corte Constitucional, (2006) “Sentencia T-523”.

Colombia, Corte Constitucional, (2014) “Sentencia C-385”.

Colombia, Corte Constitucional, (2015) “Sentencia T-043”

V. Artículos, Informes y Otros

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de excepciones preliminares. Serie C No. 85. Sentencia de 7 de septiembre de 2001.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión, celebrada en París, del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960, adoptó la convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960.

VI. Recursos Electrónicos

Castillo, E. (Junio 10 de 2012). Lo Científico de la Investigación Cualitativa: Viejos dilemas, nuevas posturas. Consultado en línea. de: http://www.ucentral.edu.co/movil/images/stories/iesco/revista_nomadas/18/nomadas_18_5_lo_cientifico.pdf.

Diccionario etimológico, consultado el 3 de julio de 2015, disponible en <http://etimologias.dechile.net/?igualdad>.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultado el 3 de julio de 2015
Disponible en <http://dle.rae.es/?w=igualdad&o=h>.

El Tiempo (2002, 24 de mayo). Primera zona de tolerancia. El Tiempo. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1320701>.

O.I.T. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960). Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111.