

Creación de políticas públicas a través del derecho de los jueces.

El papel de la Corte Constitucional en la protección de derechos de personas en condición de discapacidad como usuarias del transporte público de Bogotá D.C.

ALEJANDRO CUEVAS HERRERA

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO – UNIDAD DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.
2018.**

**Creación de políticas públicas a través del derecho de los jueces.
El papel de la Corte Constitucional en la protección de derechos de personas en
condición de discapacidad como usuarias del transporte público de Bogotá D.C.**

ALEJANDRO CUEVAS HERRERA

**Trabajo de investigación
para optar el Título de Magíster en Derecho Público**

**Diego Fernando Rengifo Lozano
Tutor**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO – UNIDAD DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.
2018.**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Aprobado

PRESIDENTE DEL JURADO

Hugo Alejandro Sánchez Hernández

JURADO

Andrés Rodríguez Gutiérrez

Mauricio Antonio Torres Guarnizo

Tabla de contenido

Resumen	5
Abstract.....	5
Introducción.....	6
Capítulo I.....	13
Concepto y generalidades de las Políticas Públicas.....	13
1.1. Definición de Políticas Públicas.....	13
1.2. Conceptualización desde los fundamentos ideológicos del diseño de la política pública	18
1.2.1. Teoría Neo corporativa	21
1.2.2. Teoría del Neo institucionalismo.....	23
1.2.3. Teoría del entramado o redes.....	26
1.3. Modelos clásicos de implementación y el surgimiento de la corriente de gobernanza en políticas públicas	29
1.4. Límites generales y específicos para el diseño de políticas públicas.....	31
1.5. Evaluación, análisis y seguimiento de la política pública	33
Capítulo II.....	35
2.1. Definición de competencias de la jurisdicción constitucional y las ramas Legislativa y Ejecutiva.....	35
2.2. Nociones sobre la extralimitación en las facultades del Juez Constitucional	40
Capítulo III.....	352
3.1. Las dificultades del transporte público en Bogotá para las personas en condición de discapacidad	61
3.2 Sentencias judiciales en torno al transporte público como servicio.....	71
3.3 Análisis de la sentencia T-192 de 2014 desde el derecho de los jueces y su papel en la política pública y modelos de evaluación como el de Pareto y Kaldor-Hicks.....	76
<u>3.4. La Consolidación de una teoría fundamentada sustantiva</u>	<u>89</u>
Conclusiones	92
Referencias.....	94

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo determinar la forma en la que el Juez Constitucional a propósito de sus pronunciamientos podría solventar, desde facultad para la generación de políticas públicas, las problemáticas de los usuarios del transporte público en condición de discapacidad en la ciudad de Bogotá. Razón por la que en el presente trabajo investigativo se efectuará un estudio de caso con relación a la protección de derechos fundamentales que ha efectuado la Corte Constitucional en tratándose de población en condición de discapacidad y cuyos efectos han sido *inter comunis* ante el sistema integrado de transporte público de Bogotá.

Palabras clave: Corte Constitucional, política pública, función judicial, función legislativa, transporte público.

Abstract

The objective of this investigation is to determine the manner in which the Constitutional Judge, with regard to his or her pronouncements, could resolve, from the faculty for the generation of public policies, the problems of the users of public transportation in the condition of disability in the city of Bogotá. Reason why in the present investigative work a case study will be carried out in relation to the protection of fundamental rights that the Constitutional Court has carried out in the case of population in condition of disability and whose effects have been *intercommunis* before the integrated transport system public of Bogotá.

Keywords: Constitutional Court, public policy, judiciary, legislative function, public transport.

Introducción

La importancia de la labor del juez constitucional ha sido exaltada especialmente en los últimos años como muestra de la relación existente entre la generación de derecho en un caso concreto aplicable al universo social y la respuesta de la Administración a un problema público. La función judicial de la Corte Constitucional y el precedente en torno a los derechos fundamentales ha trascendido la esfera de sus competencias constitucionales para brindar – y de paso, exigir y ordenar- la concreción de medidas gubernamentales y legislativas adoptadas mediante políticas públicas.

Éstas pueden definirse someramente para efectos prácticos de la presente investigación, como la decisión, medida o acción de una entidad estatal que asume total o parcialmente el cumplimiento de los objetivos necesarios o deseables para la sociedad en los eventos en que existe una situación insatisfactoria o problemática sobre alguna materia, que bien puede ser de orden social, económico, político, cultural o ambiental (Roth, 2006). Las políticas públicas, así, le corresponden a la rama ejecutiva y las entidades que hacen parte de ella, es decir, el poder administrativo central así como al Legislador que concreta la política mediante normas integradas al sistema jurídico colombiano.

Sin embargo, el papel de la Corte Constitucional –y su capacidad de generar precedentes- en la actualidad representa un salto, o si se quiere, un giro de sus atribuciones con el propósito de dar respuesta concreta a las necesidades o preocupaciones sociales, para ordenar la creación de políticas públicas y medidas legislativas que satisfagan una circunstancia vulneradora de los derechos fundamentales.

Esta investigación surge ante la necesidad de analizar la problemática respecto a ¿Cómo las sentencias de la Corte Constitucional pueden solventar, desde facultad para la generación de políticas públicas, las problemáticas de los usuarios del transporte público en condición de discapacidad en la ciudad de Bogotá? Con el fin de identificar si existe la correspondiente relación entre las facultades del Juez constitucional y la solución de la problemáticas propias del transporte público de la ciudad de Bogotá que afectan en mayor proporción a las personas en condición de discapacidad.

En virtud de lo anterior y tomando en cuenta que el Estado colombiano establece una estructura que distribuye potestades entre las distintas ramas del poder público y sus entes descentralizados, de manera que la administración distrital de Bogotá determine que rubros se destinan a la atención de las personas en condición de discapacidad, al servicio público en transportes, así como que sea la encargada de la proyección de políticas públicas distritales, se debe determinar cuáles son las herramientas con las que cuentan los sujetos que consideran vulnerados sus derechos así como que facultades tiene la Corte constitucional para hacer que las mismas se ajusten a los abonos constitucionales. Ello con el fin de atender al **objetivo principal** de este trabajo que corresponde a determinar sí a partir de las facultades de la Corte Constitucional -en relación con la generación de políticas públicas- se pueden solventar problemáticas de los usuarios del transporte público en condición de discapacidad en la ciudad de Bogotá, para lo cual se agotarán tres objetivos siendo el primero el de establecer cuál es el concepto de política pública y su proceso de formulación y análisis a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. El segundo de ellos se agotará al identificar la teoría mayoritariamente aceptada respecto a las facultades del juez

constitucional en relación con la generación de políticas públicas, para finalmente Teorizar sobre el manejo de las políticas públicas a partir de la correlación entre las sentencias de los jueces constitucionales y la garantía de derechos de los usuarios del transporte público con discapacidad en Bogotá.

Todo lo anterior a partir de los presupuestos propios de un modelo de investigación cualitativo basado en el diseño de la teoría fundamental emergente, por tal razón se entrará al análisis conceptual, para comprender la relación entre las políticas públicas, las facultades crecientes que se evidencian por parte de la Corte Constitucional en sus sentencias y el fenómeno de la inequidad de derechos de los usuarios del servicio público de transporte cuando estos tiene algún grado de discapacidad, en consecuencia se hará una aproximación a los sujetos en condición de discapacidad a partir de las mismas jurisprudencias, para determinar varias situaciones, verbigracia si son o no tenidos en cuenta en las políticas públicas y en las decisiones de los jueces constitucionales, si las sentencias emitidas pueden o no conminar a un cambio de percepción frente a las problemáticas de una población en particular.

De lo anteriormente expuesto se deduce entonces que el análisis también se encontrará en lo jurisprudencial para evaluar aquel derrotero que se fija como hipótesis y que corresponde a que no se tiene en cuenta que entre los usuarios del servicio de transporte no existe una igualdad en el estricto sentido de la palabra lo que lleva a que las políticas públicas estipuladas en desconocimiento de las diferencias pueden llevar a vulnerar derechos de personas en situación de discapacidad que acuden ante el juez constitucional –por ende ante la Corte constitucional- para su garantía, llevando a que el derecho se movilice de manera poco ortodoxa.

Así pensar como equilibrar esa balanza tan desvariada que en términos aristotélicos de “regla lesbia” su pondría determinar esta decisiones como un ejemplo de equidad, donde las reglas se acomodan a las formas irregulares que contenga la piedra según la particular pericia que se aplique donde las normas se maniobran de acuerdo a la superficie en la que se implementen; por lo que se puede entrar a mirar las deficiencias de políticas públicas con que cuenta la población en situación de discapacidad al utilizar el transporte público en Bogotá y los presupuestos de igualdad que adopta la norma como protección a esta parte olvidada de la sociedad.

Lo que permite desvirtuar una igualdad estricta de este tipo de población al acceso al sistema de transporte público de Bogotá, frente al mayor número de población con plenas capacidades físicas, permitiéndose ver la rugosidad de la piedra referenciada por Aristóteles, que no altera la noción de justicia, si no por el contrario, permite advertir la realidad de la sociedad que intenta ver lo equitativo como justo y lo justo como corrección de esta justicia legítima implementada.

Situación que permite flexibilizar la concepción de la igualdad como ideal de justicia, término que se acogió como propio en las normas constitucionales.

De este modo, a fin de desarrollar y exponer adecuadamente el objeto de investigación, el presente documento se divide en tres partes, a saber: (i) una conceptualización sobre políticas públicas, las teorías más relevantes en torno a su construcción e implementación, los límites para el diseño de una política pública así como los fundamentos sobre evaluación y análisis de la misma; (ii) una revisión de las competencias de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano en

especial sobre el alcance de la jurisdicción constitucional en el sistema de definición de competencias de las ramas del poder público, y algunos ejemplos de la influencia del precedente jurisprudencial en la creación de las políticas públicas; y (iii) una breve exposición de la problemática del transporte público de Bogotá para las personas en condición de discapacidad, la referencia a algunas sentencias que han abordado la naturaleza del transporte público como servicio y a su turno, el análisis de la sentencia T-192 de 2014 desde dos propuestas conceptuales, la primera, los aportes del jurista Diego López sobre el precedente constitucional como elemento sustancial de la creación de políticas públicas por situaciones análogas, y la segunda, mediante los conceptos de *óptimo* de Pareto y *eficiencia* de Kaldor Hicks aplicados a la política pública.

Dentro de esta revisión de la mencionada sentencia sobre el transporte público de la ciudad es menester que el lector cuente con definiciones jurídicas claras, por lo que se hará uso de manera transversal de los preceptos ofrecidos por el académico Diego López (2006) a fin de exponer las nociones existentes sobre doctrina jurisprudencial y precedente constitucional que permitan entender la manera como estos son utilizados por los diferentes actores – o stakeholders-, de las políticas públicas para intervenir en el proceso de generación de medidas, planes, proyectos y programas que den solución a las problemáticas consideradas públicas. En el mismo sentido será necesario que se planteen de manera clara las cuestiones fundamentales en relación precisamente con las políticas públicas para lo cual Roth (2002) (2006) será de gran utilidad.

A continuación de la exposición planteada en el párrafo anterior, se explicará cómo la revisión de fallos de tutela es utilizada por parte de la Corte Constitucional a manera de herramienta para reconocer las falencias de determinados agentes y con ello,

ordenar la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de las políticas, para lo cual juegan un papel relevante algunas sentencias de la misma corporación que serán utilizadas como elemento esencial para establecer el estado actual del asunto sobre el cual versa esta investigación, al igual que otros autores que de manera complementaria a los anteriormente enunciados irán apareciendo para dar forma al presente trabajo.

En este punto, es importante aclarar que *per se* no se debe juzgar de manera negativa la mencionada relación, sin embargo, a propósito del impacto fiscal en los presupuestos de las entidades públicas estas decisiones del juez constitucional pueden generar efectos contrarios sobre otras bases del Estado en casos en los cuales, por ejemplo, al no tener en cuenta la imposición de cargas y erogaciones públicas se pueden producir desequilibrios en el presupuesto, entre otros.

En consecuencia esta investigación resulta pertinente ya que permite actualizar el debate de políticas públicas, a la vez que es importante puesto que por un lado analiza el alcance de las facultades de los jueces constitucionales a la luz de la ampliación de las mismas y por el otro se observa la cuestión de la garantía de derechos en un Estado Social de Derecho con la carga de respeto por la diferencia que esto acarrea, siendo también un debate necesario al corresponder a una problemática actual como es el transporte público. Al final de la investigación, se podrá establecer si existe o no una relación entre la actuación de la Corte Constitucional y la creación de una política pública, en especial, la que atañe a las personas en condición de discapacidad para hacer uso del transporte público de la ciudad de Bogotá. Esta evaluación se realiza con base a los conceptos señalados en el desarrollo de los capítulos anteriores como son: las competencias de la Corte Constitucional y el desarrollo del concepto de política

pública, en especial de sus elementos y las evaluaciones propuestas. Con el resultado de la tesis, se desarrollarán en la última etapa algunas conclusiones sobre la temática expuesta.

Capítulo I

Concepto y generalidades de las Políticas Públicas

Con el propósito de dar mayor claridad al objetivo de la investigación, la intención de este capítulo consiste en exponer la naturaleza de las políticas públicas, cómo se definen, cuáles son las corrientes de pensamiento en torno a su fundamento, creación e implementación más importantes así como los actores o participantes involucrados. Toma especial relevancia señalar igualmente a continuación los límites generales del proceso de formulación de la política y la relación de estas dificultades prácticas con el surgimiento del concepto de gobernanza, que denota las acciones que acreditan que un gobierno, en este caso, el colombiano, es un agente capaz y efectivo de conducir su sociedad en determinada materia. Todo ello sirve de base para comprender posteriormente los alcances que tiene el precedente jurisprudencial en torno a los derechos fundamentales y la capacidad del Estado, en especial, de la rama ejecutiva del poder público para desarrollar políticas públicas por orden del juez constitucional.

1.1. Definición de Políticas Públicas

Numerosos autores han señalado la complejidad de ofrecer una única definición del término *políticas públicas* por las diversas interpretaciones que tiene la palabra “política”. Al respecto, la doctrina colombiana reconoce que esta puede ser concebida como la actividad cierta y dirigida en ciertas materias que realiza el gobierno en las

sociedades humanas, así como también la práctica de determinadas organizaciones por la lucha de control del poder o como la designación de propósitos o programas de las autoridades públicas (Muñoz, 2002, pp. 25-26).

De igual manera, Muñoz (2002) al realizar un examen de la cultura desde la política pública señala que “la política pública es el encuentro entre objetivos, actores, instituciones, representaciones y procesos” (Muñoz, 2012, p. 57).

Por su parte, los elementos o actores que intervienen en la formulación, implementación y evaluación de la política pública pueden ser distinguidos en dos clases: los agentes y las instituciones. Los agentes (i) quienes pueden ser una persona física o un grupo de personas que representa a determinada comunidad política, es decir, que personifica determinados valores e ideales en una sociedad. Los agentes pueden o no ser parte de una red política o estar en colisión con otro agente. De otro lado, (ii) las instituciones, que son las etiquetas de los agentes, en el caso de estudio, la institución son los derechos de la población en condición de discapacidad (Roth, 2002).

De otro lado, existen otros elementos, como son el objetivo de la política y la acción pública en concreto. Este primero, se constituye en la meta del agente en relación a la institución que representa. Y finalmente la acción pública, que es aquel contexto o escenario en el que desarrollan los agentes su participación. Por ejemplo, algunos agentes se pueden desarrollar en el contexto legislativo como lo son los partidos políticos, el Ejecutivo, en el caso de las entidades públicas y la función judicial, para aquellos agentes que no pertenecen a una determinada red y no tienen fácil acceso al juego de las políticas públicas.

Ahora bien, el concepto de política pública o el desarrollo del estudio de esta temática data desde mediados del siglo XX, principalmente en Estados Unidos y algunos países europeos, cuando surge la necesidad de analizar las decisiones del Estado o un grupo de personas en relación a la solución de determinada situación percibida como problemática para la sociedad. En Colombia dicho análisis o estudio, se empieza a destacar en los inicios de la década de los años 90 con trabajos como los de Moncayo (1990), Salazar Vargas (1992) y Alejo Vargas Velázquez (1999).

De igual forma, el desarrollo de la materia ha sido abordado desde distintos ejes como lo son las ciencias jurídicas, la sociología, la economía y la ciencia política, para las cuales, el concepto de política pública puede ser concebida desde distintos puntos de vista. Por ejemplo, la política pública puede ser entendida como el resultado de la actividad política tradicional, en este sentido la política pública será política, entendida como el ejercicio de aquellos grupos que ostentan el poder o los que representan el poder del pueblo (Roth, 2002, p. 11).

La política pública también puede comprenderse como un elemento que incide en la vida en sociedad desde el punto de vista económico y social. En este enfoque se destaca la escuela del *policy analysis* o el “análisis de la políticas públicas” propuesto por Sharpe y Newton en 1984, según la cual la política pública debe revelar la importancia de la actividad política, su rol en la solución de los asuntos que han sido atribuidos al Estado para que decida y resuelva sobre ellos (Sharpe & Newton, 1984).

Al respecto, cabe señalar las diferencias entre tres términos que han comprendido el análisis de las políticas públicas: *polity*, que hace referencia a la estructura política, el tipo y formas que tiene el régimen político, las instituciones y el gobierno. *Politics*, que se entiende como un proceso, es decir, el ejercicio mismo de la política y los factores que estimulan las actuaciones de gobernantes y gobernados. Y el término *policy*, que se relaciona con el resultado, el producto sobre la sociedad de las decisiones (*politics*) que han elegido los tomadores de decisiones (Aguilar, 1993).

Ahora bien, como acertadamente anota Roth, la ciencia política tradicional consideraba en los años cincuenta y sesenta que las políticas públicas (*policies*, en inglés) eran variables dependientes de la actividad política (*politics*). Se partía de la idea que las políticas públicas eran el resultado de los intereses de los gobernantes (Roth, 2004). Sin embargo, el horizonte fue ampliando esta concepción.

Hoy se entienden como configuraciones mucho más extensas por las cuales se estructuran acciones e intereses de distintos sectores de la sociedad para influir o dirigir los procesos económicos, sociales o culturales. La política pública es un programa de acciones que realiza el Estado, reuniendo intereses sociales, que representan la realización concreta de decisiones que esperan modificar, regular o mejorar la realidad.

Para facilitar la comprensión del concepto de política pública se debe recurrir a algunas definiciones concretas ofrecidas por distintos doctrinantes de la Administración Pública. El doctrinante estadounidense Mead (1995) afirmó que

(...) una política pública es una aproximación al estudio de la política que analiza al gobierno a la luz de los asuntos públicos más importantes. Por su parte, Anderson (1990) la definió como una secuencia intencionada de acción seguida por un actor o conjunto de actores a la hora de tratar con un asunto que los afecta (González, 2005, p.108)

En ese mismo sentido, González (2005) explica que Thomas R. Dye al hablar de política pública hizo alusión a “todo aquello que los gobiernos deciden hacer o no hacer, debido a que el no actuar también se considera paradójicamente en determinadas ocasiones como actuar del poder público” (González, 2005, p. 109).

Existen otras corrientes de pensamiento en la administración pública que consideran que es imposible reunir los intereses del colectivo en torno a los asuntos públicos para que sean acogidos por el Estado, ya que quienes detentan el poder dentro del Estado, ejecutan políticas a favor de sus intereses, conveniencia o beneficio. Y es posible entender el enfoque crítico de algunos politólogos como Lowi y Dye, en la lectura de González, y compartirlo igualmente, cuando afirman que

(...) las políticas son el resultado de la acción de las élites y de la estructura del sistema político. Son las políticas las que determinan la política y son las características de cada política las que crean sus procesos decisionales específicos (González, 2005, p. 111).

Sin embargo, no es la postura que pretende defenderse en esta investigación así como tampoco adoptar el concepto más reduccionista. Por el contrario, la percepción de lo *público* quiere entenderse de la manera más amplia posible, incluyendo por supuesto

su fundamento histórico y su comprensión filosófica, que no es pertinente abordar a plenitud pero de lo que se hará una reseña importante para entender por qué es diferente de lo estatal o gubernamental así como a quién le corresponde el desarrollo de una política pública.

Dicho lo anterior, es posible señalar que una política pública existe cuando algún agente - individual o colectivo -, que representa una institución, busca participar en la acción política para cumplir un objetivo que estima como socialmente deseable, el cual podrá solventar mediante la implementación de una serie de actividades, acciones, medidas y programas desarrolladas por el aparato estatal haciendo uso de otras instituciones y organismos para articularlas.

1.2. Conceptualización desde los fundamentos ideológicos del diseño de la política pública

Desde el análisis de la política pública, es posible entender cuáles son los actores que intervienen en un proceso de creación de política pública y cómo lo hacen (Lagroye, 1991, p. 439). Esto es, desligando la actividad de producción de políticas públicas del mero poder político y permitiendo conocer cómo es posible que las mismas sean resultado de distintas agendas como la judicial; además, la metodología permite conocer los resultados de la implementación de la política pública mediante un análisis posterior *–post facto–* de la decisión política (Brum, 2013, p. 126).

A su vez, dicho análisis puede ser realizado desde distintos enfoques, siempre teniendo en cuenta que se parte desde la observación de la acción de los actores que intervienen en el reconocimiento e implementación de políticas públicas en el Estado. En este sentido, existen tres enfoques que observan dicha intervención, bien puede ser desde la sociedad como actor, el Estado como actor o en las que ambos comparten un mismo escenario, es decir, el enfoque intermedio.

Respecto al enfoque de la sociedad, el Estado pierde relevancia y es un dependiente de la actividad que realiza el colectivo así como de sus intereses y preocupaciones. Por lo tanto, la sociedad será la responsable de la creación e implementación de la política pública y el Estado sólo será el instrumento para la consecución de los fines. Es necesario anotar que esta postura se “inscribe dentro de la escuela marxista, donde las decisiones públicas son resultados del capital o de elecciones colectivas, de elecciones racionales realizadas por la sociedad respecto a determinada situación concebida como problemática” (Duran en Roth, 2002, pp. 29-31).

De otro lado, el enfoque que prioriza la participación del Estado, al contrario de la concepción anterior, eleva al Estado como un ente independiente de la sociedad. En el mayor extremo de esta corriente académica, se concibe al Estado como autoritario, en donde no se entiende la interacción con grupos sociales sino que se determina cuáles son las necesidades de sus administrados y la forma de satisfacerlas. Como bien explica el multicitado maestro André-Nöel Roth, “el Estado funciona como un selector de las demandas y un proveedor de servicios. La acción pública es principalmente un resultado de las elecciones realizadas por los decisores políticos y por los altos funcionarios públicos” (Roth, 2002, p. 30).

Por último, existe un enfoque intermedio que ubica a la sociedad y al Estado como actores de la acción pública y las políticas públicas en conjunto, armónica e interdependientemente. En este enfoque es posible que llegue a tener mayor relevancia la figura del Estado en la creación de la política pública, como es el caso de la teoría neocorporativa, o por el contrario, bajo un esquema pluralista, es la sociedad quien motiva la acción pública y el establecimiento de las mencionadas políticas. En últimas, este enfoque permite conocer con mayor suficiencia el reconocimiento, construcción e implementación de la política pública.

Meny Jean y Claude Thonig (1990-1991), estudiosos del tema en el derecho francés ofrecen una visión de la relación entre el Estado y las políticas públicas. Para ellos, las escuelas que permiten desentrañar la mencionada relación son el neocorporatismo y el neoinstitucionalismo, éstas a su vez, son fruto de las escuelas pluralistas y marxistas, según las cuales, la primera niega el papel del Estado como poder regulador, neutro y limitado en la creación de políticas públicas; y la segunda – el marxismo- centra el poder en la figura del Estado como reflejo del capital. En consecuencia, el neocorporatismo y el neo institucionalismo, dejan de lado las discusiones sobre la existencia o no de un poder en el Estado y centran el análisis en el juego de los actores, Estado, ciudadano o sociedad como actores en la construcción de políticas públicas.

A su turno, es necesario exponer tres de las corrientes más influyentes dentro del análisis de las políticas públicas incorporado en la postura del enfoque teórico de estudio conocido como *mixto*, en tanto que concibe los elementos y efectos de la política desde el examen combinado de la acción de la sociedad y la acción del Estado, planteadas por

el estudio del maestro Roth (2002) quien ha recogido los pensamientos de distintos doctrinantes norteamericanos sobre el tema. La mencionada exposición pretende, en efecto, destacar las características con las que podría entenderse la formulación de las políticas públicas y el rol del juez constitucional en su creación para el caso bajo estudio especialmente, en lo atinente a la capacidad de la política para responder a la protección de los derechos constitucionales. Estas corrientes son el neo-corporativismo, el neo-institucionalismo y la teoría del entramado o redes.

1.2.1. Teoría Neo corporativa

En virtud de lo anterior, esta corriente consiste en entender la relación existente entre las políticas públicas y el Estado. Este primer enfoque parte de la idea de conocer la política pública no como resultado de la estructura del Estado, sino como reflejo de la distribución del poder público y su incidencia en la estructuración del modelo estatal (Meny y Thoening, 1992).

El neo-corporativismo, postura adoptada a mediados de los años 60 en América Latina (Many y Thoening, 1990-1991, p. 90), propone una estructura en la que los individuos son representados por órganos o unidades limitadas, únicas, obligatorias, no competitivas, organizadas jerárquicamente, diferenciadas funcionalmente, reconocidas y autorizadas por el Estado.

Así, la representación del interés y la introducción de las problemáticas en las agendas políticas para el reconocimiento de políticas públicas, está dado

exclusivamente a estas unidades u órganos reconocidos. En particular, el citado modelo se define como un sistema de representación de grupos ante el Estado. Acorde con esto, las políticas públicas son resultado de la negociación entre estos órganos o unidades de representación y el Estado.

De la escuela neocorporativa se tienen distintas teorías, que reflejan la concepción de reconocimiento e implementación de políticas públicas como resultado de un juego entre los grupos de representación y el Estado, el cual dista de la competencia entre los grupos y se percibe como un modelo organizado verticalmente en cuanto a la posibilidad de elevar las problemáticas ante el poder estatal y de organización horizontal, en lo pertinente a la existencia de grupos (Roth, 2002, p. 32).

De igual manera, como se señaló en el citado modelo el número de grupos que puede representar intereses sociales es limitado y es necesario que se desarrollen en un medio jerarquizado para que puedan ser reconocidos por el Estado. Es decir, el Estado como autoridad será quien defina cuáles organizaciones son funcionales para representar los intereses públicos de la sociedad y los autorizará, les dará voz y permitirá que jueguen.

Por último, en el juego entre organizaciones y Estado se da una reciprocidad que garantiza para el Estado el mantenimiento del orden preestablecido al interior de los grupos de representación, es decir, el reconocimiento a última instancia del poder de Estado; y por otro lado, la garantía para las unidades de representación en relación a la implementación y desarrollo de las políticas públicas por ellas construidas en el seno de las conversaciones con el Estado.

Es pertinente tener claro, que el modelo aquí descrito, es un modelo perfecto que no es dable leer en ningún modelo actual de Estado. Ya que como lo hemos señalado anteriormente, el neo coporativismo tiene sus raíces en los Estados autoritarios y conservadores. Sin embargo, al tener claro el patrón neo corporativista se puede tener una guía para analizar la estructura del Estado y el desenvolvimiento de éste con grupos de representación.

En conclusión, en el neocorporativismo la creación de políticas públicas es el resultado de un juego entre los grupos de representación y el Estado. En este modelo los grupos no compiten por su reconocimiento, sino, que por el contrario, son reconocidos como agentes de representación que tienen el poder exclusivo de hacer evidentes las necesidades o problemáticas que requieren solución y, por tal razón, deben ser reconocidos por el Estado a través de la creación de una política pública.

1.2.2. Teoría del Neo institucionalismo.

Como su nombre lo indica, se centra en el estudio de las instituciones como actores en la acción pública. Mars y Olson (1984, 1989) son los primeros en entregar esta teoría, para ellos, el neoinstitucionalismo no es *old wine in news bottles*, por el contrario representa la fusión de distintas teorías contemporáneas sobre el comportamiento de las instituciones en el Estado. En esta teoría, se analiza a profundidad el comportamiento de todas las instituciones involucradas y no solo las gubernamentales dentro de la acción pública.

Siguiendo las afirmaciones de Roth en tanto las instituciones representan las necesidades sociales cuando emergen como respuesta a una situación determinada,

(...) las instituciones son tanto el factor de orden como de construcción de sentido para las acciones realizadas por los actores. En este sentido, las instituciones no son grupos u organizaciones, sino los emblemas, las problemáticas que se pretenden solventar con la política pública (Roth, 2002, 37).

Por ejemplo, en el caso de estudio que se abordará posteriormente, las instituciones están dadas por el sujeto objeto de la política pública y del entorno que ha generado una condición problemática que pretende resolverse, esto es, la Administración del Distrito Capital y el sistema de transporte público, así como el elemento determinante o que condiciona la acción pública: las mayores y mejores condiciones de acceso a la movilidad para las personas en condición de discapacidad en el transporte público de la ciudad de Bogotá.

Volviendo al tema, en el neo institucionalismo existen cuatro corrientes, es decir cuatro metodologías de investigación y análisis de políticas públicas a saber: (i) histórica, (ii) de elección racional, (iii) económica y (iv) sociológica.

La corriente histórica señala que el Estado es el actor de análisis de la política pública y que la investigación debe desenvolverse en las acciones públicas que este desarrolla como resultado de la presión que las instituciones ejercen sobre el Estado y existe a su vez la concepción de instituciones. En este sentido existe una dependencia con actores de la acción pública y factores imprevistos o externalidades (Roth, 2002).

En la corriente de la elección racional, las políticas públicas juegan un papel fundamental en las elecciones que los individuos plasman en las instituciones, en este sentido, las instituciones como reflejo de las necesidades o situaciones problemáticas para los individuos nacen de la incertidumbre, es decir no es posible, determinar cuál será la próxima razón que motive la creación de una institución y así inicia la actividad de reconocimiento y creación de políticas públicas.

En este contexto, las políticas públicas resultan sumamente importantes en la elección que realizan los individuos sobre las instituciones que han de desplegar, pues modulan las preferencias y gustos para lograr que la institución se comporte de manera calculada, es decir, racional y maximice las posibilidades de convertirse en una política pública (Roth, 2002).

Por su parte la corriente económica, cercana a la de la elección racional se centra en las elecciones públicas y la necesidad de adaptabilidad de las instituciones. Sin embargo se diferencia de la corriente de elección racional, debido a que en la corriente económica las instituciones no son guía sino instrumentos de los actores de las acciones públicas, esto con el fin de crear los caminos más eficientes, en términos de costos para la consecución de políticas públicas (Roth, 2002, p. 39). En esta corriente, el papel de variables macro y microeconómicas resultan fundamentales en el reconocimiento e implementación de políticas públicas.

Por último, la corriente sociológica permite introducir algunos conceptos como el de cultura, sociedad, entre otros, al análisis de las políticas públicas a fin de conocer a las políticas como resultado de la actividad de distintas organizaciones. En este sentido,

el análisis de política pública ya no se centra en el actor Estado o institución, por el contrario, encuentra su eje en las organizaciones como fuente de la acción pública. (Murel, Surel, 1998, 45 en Roth 2002).

En conclusión en el neo institucionalismo, las políticas públicas son resultado de la acción de diferentes agentes, es decir, se inscriben en un teoría pluralista, según la cual la sociedad por medio de agentes u organizaciones que compiten entre ellos, determina el sendero del Estado en cuanto a la producción de políticas públicas, sin negar, que este último tiene la posibilidad como actor de jugar en el mismo nivel con las instituciones u organizaciones. Es decir es un modelo de conjuntos, en el que cada uno habita un mismo nivel dentro del universo de creación de políticas públicas y por esto, el análisis en esta escuela neoinstitucional se centra en la acción de los diferentes actores.

1.2.3. Teoría del entramado o redes

Por otra parte, mientras en Colombia se iba dando adopción y desarrollo a las primeras nociones sobre el *policy analysis*, en el resto de los países se estaba gestando una nueva corriente o postura que retoma elementos de la teoría intermedia. Se trata de la teoría de redes, que reúne los actores en torno a una articulación u asociación entre ellos y según la cual las “políticas públicas son el resultado de las interrelaciones e interdependencia entre varias instituciones, grupos o individuos que conforman una red de influencia mutua y en donde las jerarquías reales no siempre son las que formalmente están establecidas” (Roth, 2002, 33).

Para los defensores de esta teoría, las instituciones, grupos o individuos se mueven en un conjunto de relaciones y actores en una situación específica que tiene influencia directa sobre los fenómenos políticos. Para Morata (1990) y otros autores como Rhodes, Marín y Mayntz las situaciones específicas son tres: (i) la red política, (ii) la comunidad política y (iii) las coaliciones.

Por su parte, la red política está conformada por actores públicos y privados estables, es decir comunes en un periodo de tiempo específico, los cuales ostentan el poder de formular, implementar o decidir por un programa político determinado como apoyo a la actividad gubernamental (Marín, Mayntz en Roth 2000, p. 36). En otras palabras, son los diferentes actores públicos y privados quienes toman decisiones de manera conjunta y conforman una red política en la cual generan un juicio sobre la existencia de una problemática o necesidad – institución-, y sobre ella formulan e implementan una determinada política pública, en apoyo gubernamental.

La comunidad política, de otro lado, está conformada por un grupo estrecho y en este punto se asemeja a la teoría corporativista. Sin embargo, la diferencia fundamental reside en que este grupo no depende del reconocimiento del Estado ni se encuentran limitados, por el contrario, se agrupan en distintos tipos. Según Roth (2002), en lectura de Kriese (1994, p. 392) dichas redes pueden conformarse en unas estructuras específicas según el número de intervinientes, acceso y estabilidad, como son: (i) concertación, (ii) cooperación sectorial, (iii) intervención y (iv) de presión.

En las redes de concertación existe un número limitado de actores, su acceso es cerrado y son estables en su funcionamiento. Las de cooperación sectorial contienen

un número medio de actores públicos y pocos privados, acceso cerrado, funcionamiento descentralizado y estable. Por su parte, en la red de intervención, existe un número bajo de actores públicos, muchos privados, esquema cerrado y de funcionamiento centralizado e inestable. Por último, en las redes de presión se encuentra un número alto de actores públicos y privados, abierto y funcionamiento descentralizado e inestable.

Por último, la coaliciones desarrolladas por Sabatier (1988), están compuestas por comunidades políticas entendidas como las agrupaciones de actores públicos y privados que comparten un interés común que es la consecución de una política pública para solucionar una problemática o necesidad que les aqueja; y que compiten entre sí para dominar el poder de jugar en la acción pública para el reconocimiento e implementación de políticas públicas.

En síntesis, en el modelo del entramado podemos observar una combinación de las dos teorías antes descritas – neocorporativismo y neoinstitucionalismo-, pues en ésta se reconoce la existencia de grupos y de instituciones –consignas- en el mundo de la creación de políticas públicas. En este, los grupos pueden o no ser reconocidos por el Estado, no son limitados y representan los intereses de sectores específicos, incluso, en este modelo un actor no necesariamente debe estar constituido por un grupo – número plural de personas u organizaciones- sino que puede ser un individuo que juega con otros actores y el Estado, en un debate para la construcción de una problemática, su reconocimiento en una agenda política o de cualquier índole, como la judicial, para lograr la implementación de una determinada política pública.

1.3. Modelos clásicos de implementación y el surgimiento de la corriente de gobernanza en políticas públicas

La implementación es la fase más importante de la política. Es el proceso en el que se concretan las acciones para volverse realidad que fueron diseñadas anteriormente en la fase de diseño, entendida como la declaración de los intereses del gobierno, mediada por varios actores que generan un proceso de negociaciones recíprocas. El principal reto, se suele afirmar, es el de armonizar los imperativos que hacen parte de ella, esto es, las disposiciones normativas que ordenan la creación de la política y las atribuciones o competencias de las instituciones; el imperativo burocrático de defender lo que se considera un tema público, y el de facilitar el acuerdo entre las partes (Rein & Rabinovitz, en Aguilar, 1993).

La doctrina ha reseñado que “la fase de una política pública durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos o de discursos” (Roth, 2004, 109). Estas intenciones dejan de serlo para convertirse en hechos concretos de transformación social. Sin embargo, esta transformación ha sido ejercida entre dos grandes dimensiones o modelos de implementación: el primero, conocido como *top-down*, corresponde a la concepción de la función administrativa desarrollada de arriba “top” hacia abajo “down” o del centro hacia la periferia. Igualmente, tiene como elementos principales la superioridad de la autoridad, la separación entre el ejercicio político y la función pública y la concreción del principio de eficiencia.

Y la segunda forma de implementación tradicional se denomina “*bottom up*” que, por el contrario, entiende la ejecución de abajo hacia arriba. Este modelo ha sido una propuesta alternativa o crítica del *top-down* ante el surgimiento cada vez mayor de iniciativas ciudadanas, movimientos sociales y la crisis del Estado nacional. No obstante, estos modelos clásicos de la ejecución de las políticas sufrieron un giro de paradigma, y emergió la idea de gobernanza o *governance*.

Supone, principalmente, espacios de interlocución, acción y diálogo entre los actores de la escena pública (gobierno, sociedad civil y mercado). Es la posibilidad de participación de los agentes no gubernamentales propiamente dichos, así como su capacidad de establecer relaciones de interdependencia y cooperación.

Esta postura del buen gobierno consiste en un marco de propuestas teóricas y prácticas para crear las condiciones necesarias para que un gobierno logre sus objetivos. Se trata, entonces, de una ruptura paradigmática sustancial que “pone en entredicho muchos de los supuestos de la administración pública tradicional” (Roth, 2004, 112).

Es de recibo indicar que luego de la década de 1990, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo admitió una idea diversa de la gobernanza por la cual se señala la relevancia de los procesos de participación política y de las organizaciones de la sociedad civil. En ese mismo sentido, surgieron conceptos como la gobernanza

sistémica, es decir, la relación entre las instituciones sociales y la garantía de libertades, valores y derechos de los ciudadanos de manera integrada.

Esta es una noción ofrecida por Christian von Haldenwang (2005), en que los sistemas políticos en América Latina están caracterizados por una dualidad en las instituciones al encontrarse en ellas elementos tradicionales de la concepción del poder y otros modernos, que ofrecen un espacio especialmente importante a las preocupaciones sociales. El enfoque que propone Haldenwang de gobernanza sistémica es “la capacidad de generar y aplicar decisiones en función del interés común a todos los niveles del sistema político” (Haldenwang, 2005, p.41).

Esta corriente estima como meta de la gobernanza sistémica que respecto del cambio político no se extrapole la acción política lineal o jerárquica clásica, que quienes son los llamados a tener y conducir los asuntos del poder no sean no los “de arriba hacia abajo” ni los “de abajo hacia arriba”, ya que no son soluciones plenamente satisfactorias. Y a esa idea, propondremos la del ejercicio de poder de manera horizontal, rizomática y orgánica.

1.4. Límites generales y específicos para el diseño de políticas públicas

Se distinguen dos grandes límites generales en la construcción de toda política: la definición por parte de la autoridad de un tema como asunto público y su determinación o no en hacer parte de la agenda de la administración, así como la decisión de qué métodos, mecanismos, medios o instrumentos será utilizados para abordar dicho tema.

Los límites específicos estarán fijados por el sector al que pertenezca la política y las deficiencias de cada entidad formuladora. Sin embargo, en esta investigación esos límites están circunscritos a la calidad de los derechos afectados en el estudio de caso.

Una de las complejidades -por no llamarlas dificultades- que surgen al momento de diseñar e implementar políticas públicas para garantizar el disfrute de los derechos objeto de estudio son los parámetros, principios, direccionamientos o valores que requieren ser acatados. Además de la aplicación del *principio de progresividad* en los componentes de una política que aborde la protección de derechos constitucionales, es necesario que estas políticas respeten el núcleo esencial de los derechos involucrados, sea que dentro de la regulación se inmiscuyan derechos de contenido fundamental. Vale la pena resaltar que estos parámetros deben ser respetados tanto por el Legislador como por cualquier otro ente estatal posicionado en la labor pública.

El Tribunal Constitucional ha señalado tres conceptos que pueden tenerse en cuenta para el análisis de la implementación de la política pública correspondiente al ejercicio de ponderación de los derechos constitucionales: el primero es la adecuación de los medios para el fin perseguido, el siguiente es la determinación de la necesidad de la utilización de esos medios para lograr el fin propuesto, y el tercero es la proporcionalidad propiamente dicha de que el principio satisfecho no sacrifica principios constitucionales más importantes (Corte Constitucional, 2012). Preceptos que se pueden emplear en la fase de diseño e implementación de la política al momento de decidir el método utilizado y su idoneidad en el fin propuesto.

1.5. Evaluación, análisis y seguimiento de la política pública

Teniendo clara la definición de política pública, se emplearán los conceptos de Feisten (2007) y Brum (2013) que presentan un esquema de evaluación y análisis pragmático de políticas públicas.

Según Brum (2013) el proceso de evaluación políticas públicas puede desagregarse en tres etapas. La primera de formulación o *ex ante*, en la que se diagnostica, define y construye la problemática. La de implementación, que pone en práctica las decisiones tomadas en la etapa *ex -ante*. Por último, de evaluación análisis *ex -poste* en la cual, se busca conocer el desarrollo de la política pública determinando su grado de efectividad y aportar datos para mejorar en la reformulación de la mencionada política (Brum, 2013, p.126).

Se agrega, como resultado de la definición de política pública, antes de la etapa de implementación, la de reconocimiento en la cual el agente logró intervenir en el diálogo de creación de políticas públicas a través del uso de distintos instrumentos o agendas bien sea, legislativa, ejecutiva o judicial.

A su vez, Festien (2007) propone realizar una evaluación pragmática de las políticas públicas para lo cual hará uso de diferentes criterios de evaluación que resultaran en distintos enfoques de políticas públicas (Festien, 2007, p. 21).

En relación a los criterios de evaluación, se considera en primer lugar la relevancia o pertinencia de la política pública en términos de eficacia, logro de los objetivos, eficiencia y los medios utilizados para alcanzar los objetivos. De otro lado, como

segundo criterio, se analiza la sostenibilidad de los resultados que podrá ser calificada como eficaz a corto plazo si los logros no se pueden sostener en el tiempo y viceversa. Y por último, la eficiencia que se entiende en la adecuada utilización de los recursos en donde los costos se deducen al alcanzar un objetivo.

Según estos resultados, las políticas públicas podrán ser tratamientos o intervenciones. Los primeros serán programas y proyectos en relación a determinada materia, en este sentido, la política se traduce en un programa o proyecto como solución a una problemática específica. La segunda -la intervención - plantea la construcción de un marco normativo, una política en sentido tradicional lo que quiere decir, un conjunto de planes, programas y proyectos que tiene en cuenta distintos enfoques como el social y el económico para el desarrollo de la política pública.

Capítulo II

2.1. Definición de competencias de la jurisdicción constitucional y las ramas Legislativa y Ejecutiva.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se generó una transformación de suma importancia en el sistema constitucional colombiano, principiando con la creación de un tribunal que da origen a la jurisdicción constitucional que permitiera trascender el rol hasta aquel momento asumido por otros órganos de la administración de justicia, como acontecía con la competencia de decidir de manera definitiva sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hubieren sido objetados por el Gobierno nacional como inconstitucionales, tarea que había sido encomendada a la Corte Suprema de Justicia anterior a Carta que le dio vida la Asamblea Nacional Constituyente (art 151, Constitución Política de 1886).

En efecto, a la Corte Constitucional como máximo órgano de esta jurisdicción se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política (art. 241, Constitución Política.) En ejercicio de esta principalísima función, está facultada para que sus decisiones propendan por la materialidad y fuerza jurídica efectiva de la norma Superior y en idéntico sentido, depurar del ordenamiento aquellas normas contrarias a la Carta Política (Vargas, 2011). Su papel fundamental consiste en hacer efectivos los valores, principios, derechos, garantías y disposiciones constitucionales.

En el mismo sentido, entre otras funciones especiales de la Corte Constitucional se encuentran, decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución (Art 241, núm. 1); decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno nacional (núm. 7), decidir de manera concluyente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias; así como revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (núm. 9), entre otras.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en cumplimiento de este mandato, a través de sus sentencias tiene la potestad de “determinar el sentido y alcance tanto de valores como de principios constitucionales que precisen el contenido (...) de la normatividad infraconstitucional, desarrollando una labor integradora del derecho” (Vargas, 2011, p. 18). En relación a ello, proporciona claridad sobre el sentido e interpretación de una norma que ha sido dada por el Legislador o el Ejecutivo, según corresponda a sus atribuciones, siempre en coherencia jurídica con la Constitución.

Al respecto, Lancheros (2012) señala que la Carta retomó dos figuras jurídicas básicas o estructurales características del sistema legal colombiano para ejercer en principio esa guarda de la Constitución:

(...) la *excepción de inconstitucionalidad* que puede aplicar cualquier juez de la República cuando quiera que una norma no se ajusta a la Constitución, y la *acción*

de inconstitucionalidad que cualquier ciudadano puede ejercer si considera que una norma de rango legal contraviene la Constitución. (Lancheros, 2012, p.164)

No obstante, más allá de estas instituciones, la Corte Constitucional efectúa la guarda de la superioridad de la Carta como lo dispone el Artículo 241 mediante el ejercicio ciudadano de otras acciones como ocurre sin lugar a dudas con la acción de tutela, que en casos referidos a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la mencionada Corte le da sentido a la protección procedente y configura su alcance (Decreto 2591 de 1991) y por otro lado, el derecho de petición del Artículo 23 constitucional en garantía del derecho al acceso a la información. Figuras que han permitido impulsar una progresiva transformación del sistema jurídico del país, y como se verá, influenciar la creación o direccionamiento de las políticas públicas.

Ahora bien, la jurisdicción constitucional está integrada por la Corte Constitucional y por los jueces de la República en instancia de tutela, quienes protegen los derechos constitucionales siguiendo el precedente jurisprudencial dictado por la Corporación, quien además es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional, 2008).

En efecto, son reiterados los pronunciamientos en los que se ha dejado en claro que los jueces de tutela forman parte de la jurisdicción constitucional desde el punto de vista funcional (A. 075/07, A. 145/09, A. 204/09, A. 249/10). En esa medida, los jueces de instancia no pueden dejar de aplicar la Constitución de acuerdo con el alcance que le ha dado su intérprete autorizado, independientemente de cuál sea el objeto del

debate, en particular en lo que hace referencia a la tutela contra providencias judiciales que deben someterse a la eventual revisión de la Corte, siendo así que en materia constitucional éste es el Tribunal límite (Corte Constitucional, 2008).

De tal manera que sin distinción del origen del debate llevado ante un juez mediante la acción de tutela, esta se somete a la consideración de la Corte. Por otra parte, y como obedece a sus competencias anteriormente mencionadas, ésta realiza el análisis sobre la constitucionalidad de las leyes proferidas por la Rama Legislativa y de los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno, perteneciente a la Rama Ejecutiva.

Esto lleva a considerar las facultades de estas dos ramas a fin de delimitar las competencias entre uno y otro poder público en relación con las atribuciones de la jurisdicción constitucional. Por un lado, corresponde al poder legislativo hacer las leyes, así como interpretarlas, reformarlas y derogarlas (art 150, Constitución Política); aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas presentado por el Gobierno nacional que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos (art. 150, núm. 3), aspecto especialmente relevante para la ejecución de las políticas públicas nacionales que generalmente responden a los objetivos planteados en los planes de desarrollo.

Del mismo modo, el Congreso de la República tiene la facultad de revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia

pública lo aconseje (art. 150, núm. 10), así como expedir las leyes orgánicas y las estatutarias, éstas últimas dentro de las que se encuentra la regulación de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, entre otras materias (art. 152).

Por su parte, el poder Ejecutivo está en cabeza del Presidente de la República, quien además ejerce las atribuciones como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y como suprema autoridad administrativa (Art 189, Constitución Política). Igualmente, al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos (art. 188), disposición que no controvierte las obligaciones de las otras ramas y mucho menos de la jurisdicción constitucional, cuando por el contrario, armoniza con ella en el deber de garantizar los valores y principios de la norma Superior. Además, es de su competencia sancionar y promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento (art. 189, núm. 9 y 10).

Así las cosas, conforme a la Constitución, le corresponden igualmente al Ejecutivo la implementación y realización de los planes y programas de la Administración. Y el Gobierno en especial, con relación al Legislativo, tiene la facultad de concurrir a la formación de las leyes y respecto de la Rama Judicial, prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias (art. 200 y 201).

2.2. Nociones sobre la extralimitación en las facultades del Juez Constitucional

Queda claro entonces con el acápite precedente que las competencias y atribuciones de las ramas del poder público tienen diferenciados límites en virtud de la Carta Política, que, sin embargo, no significa una separación absoluta de direccionamiento respecto del cumplimiento de las normas constitucionales por la que siempre están sujetas sus capacidades. Deben actuar armónica y articuladamente tanto las ramas como las entidades del Estado para la realización de los principios establecidos en la Constitución Política.

No obstante, el alcance de la jurisprudencia constitucional de los últimos años ha suscitado un debate en torno a la injerencia de la Corte en las competencias atribuidas a los otros poderes ello debido en gran medida a dos factores, por un lado la aplicación del precedente constitucional y por el otro al impacto que ha tomado, donde el primero de ellos resulta discutido especialmente cuando a través del precedente constitucional se suele pensar en la extralimitación de funciones del Tribunal al ordenar en uno u otro sentido el cumplimiento e interpretación de una norma en un caso concreto (Bernal, 2008).

Al respecto, el precedente judicial indica que bajo el criterio de analogía, si en determinado asunto “(...) que se asemeja al caso que se juzga en ciertos aspectos, un tribunal resolvió de una determinada manera, en el segundo caso debe procederse de igual modo en la decisión del caso que se juzga” (Domenech, 2013, p. 179). Y en el trasegar del derecho constitucional colombiano y la práctica judicial desde 1991 el

precedente tiene un carácter enérgico fundamentado en la renovada interpretación del artículo 230 constitucional, y resulta vinculante su acatamiento para el juez.

Es necesario señalar igualmente que la naturaleza del precedente judicial genera discusiones sobre el carácter de su obligatoriedad o no. Como recoge Ernesto Domenech en las ideas sobre las posturas de su deber de acatamiento, existe una relación de superioridad jerárquica en la que “la analogía se emplea por los jueces para apoyar una decisión en otras decisiones anteriores que se invocan como precedentes” (Domenech, 2013, p. 178). Se consideran entonces obligatorios los fallos en determinado sentido dado por otros jueces de mayor autoridad funcional en que por razonamiento de las decisiones judiciales en casos similares, se acepta la constitucionalidad de su naturaleza obligatoria.

Como características, resulta preciso destacar que la filosofía del derecho constitucional ha desarrollado el fundamento del precedente bajo un argumento pragmático (Parra, 2004), que justifica el uso del precedente en consideración a la aplicación uniforme de la legislación, la economía procesal tanto para la administración de justicia como para el ciudadano, y la seguridad jurídica que permite tener certeza sobre los criterios que emplea el operador judicial en respeto de los precedentes constitucionales. El precedente constitucional es la concreción de la coherencia y la estabilidad en el ordenamiento jurídico, y no debe menospreciarse su importancia en los asuntos que son sometidos a la actuación de otros órganos del Estado.

En otras palabras, este fundamento se acompasa con el principio de igualdad, entendido como “la prerrogativa de recibir trato igual por parte de las instancias

judiciales, en tanto se entiende que casos iguales o similares deben recibir idéntico tratamiento” (Parra, 2004, p. 249). Y de la misma manera, acompaña este precepto la postura de la Corte Constitucional alrededor de la disposición del artículo 230 conforme el cual la jurisprudencia es un criterio auxiliar que, como parte del imperio de la ley, auxilia la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las fuentes del derecho (Bernal, 2008).

Sin más, la propia Corte Constitucional ha señalado el valor de los precedentes judiciales en tanto fuente de derecho como un asunto dependiente de cada sistema jurídico, en que obedecer al principio del *stare decisis* o estarse a lo resuelto es propio del derecho anglosajón, así como el privilegio de la ley como única fuente es característico de la herencia romana. De cualquier forma, el Tribunal Constitucional colombiano indica de forma consistente que la jurisprudencia es fuente de derecho, y ha explicado ampliamente las cargas que representa para los jueces y demás operadores judiciales la fuerza vinculante de los precedentes (Corte Constitucional, 2014).

En pronunciamientos, la Corte Constitucional viene señalando que, la jurisprudencia, al comprender el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial, a pesar de encontrarse tradicionalmente calificada como un criterio auxiliar, dado que el sistema jurídico colombiano viene avanzando significativamente en este campo, se han superado las apreciaciones que consideraban de modo categórico a todo fallo como un criterio subsidiario de interpretación, para reconocer que ahora en cambio, ciertas decisiones judiciales tienen fuerza vinculante. De ese modo, con fundamento en la interpretación

conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial dentro del sistema de fuentes del derecho, por su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. En esa medida, existe una obligación *prima facie* de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente (Corte Constitucional, 2015).

Igualmente, respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, el máximo Tribunal ha insistido en manifestar que esta se fundamenta en: (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica que se respeten las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que, al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos contenidos en la Carta; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo; y (iii) las características de la *ratio decidendi*, y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto *la ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional (Sentencia de Constitucionalidad, 2015).

Sumado a lo anterior, el fenómeno que se ha denominado la politización de la justicia, ha impactado el alcance de la jurisprudencia Constitucional a partir del

“[...] cambio en tres tipos de funciones que cumple el poder judicial: a) la de guardián de la constitución frente a las decisiones políticas, b) la de árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político y c) la de fiscalización de la tarea de los políticos.” (Ansolabehere, 2005, pág. 41)

Siguiendo la exposición de Ansolabehere (2005) resulta importante entender como la denominada función *de guardián*, remite al aumento de las atribuciones de los poderes judiciales en materia de control de constitucionalidad al punto que el aumento de capacidad en los poderes judiciales puede dejar sin efecto decisiones del parlamento y/o el poder ejecutivo. (p. 41).

Frente a lo expuesto en antelación, se tiene que las funciones de la Corte Constitucional en Colombia se encuentran estrictamente limitadas a las que le han sido otorgadas por mandato constitucional, no obstante al ejercer funciones de Juez constitucional, tales límites parece ser un poco más difusos puesto que a decir de la misma corporación refiriéndose al amparo de derechos constitucionales deben darse incluso extra o ultra petita cuando se encuentren en juego derechos fundamentales, por cuanto argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental [...], no podría ordenar su protección, [...] Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales

fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho. (Sentencia T464/2012, 2012)

Lo anterior lleva a entender que, a partir de su labor como juez de tutela, y su deber de salvaguardar la constitución, así como la armonía de las demás normas con ella pueden derivar en la emisión de órdenes que en principio no se entienden como parte de sus facultades, pero que podrían parecer a la luz de la exegesis como una transgresión de las mismas.

Sin embargo, ello verdaderamente obedece a una suerte de interpretación constitucional comúnmente denominada como “interpretación creativa”, donde

[...] el intérprete constitucional no busca en realidad una solución al caso, sino la delimitación de un capto de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos [...] o jurídicos; por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la *razonabilidad*, que implican necesariamente un juicio valorativo y prudencial del que sólo puede ser responsable el propio intérprete. Dicho de otro modo, el tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión “como sí” derivase del legislador, mientras que el modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de la licitud, reclama del intérprete la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión” (Sanchis, s.f.).

Asimismo, al hablar de la *función de árbitro*, “la politización remite al aumento de las cuestiones políticas y sociales sobre las que el poder judicial puede decidir” (Ansolabehere, 2005, pág. 41), lo cual conlleva una situación que implica que las cuestiones que a nivel de derecho son difícilmente medibles cobran mayor relevancia – para el caso concreto se podrían ejemplificar a partir de la justicia, la igualdad o la dignidad humana – ampliando la cantidad de cuestiones sobre las cuales pueden intervenir, y la variedad de soluciones que pueden manifestar puesto que el campo de lo político es en todo caso más amplio que el del derecho propiamente dicho. Por último, para explicar *la función de fiscalización*, se debe entender que el poder judicial cada vez tiene mayor incidencia en el juzgamiento del desempeño de los funcionarios públicos (Ansolabehere, 2005, pág. 41).

Por consiguiente, se tiene que con la creciente politización del campo jurídico se presenta también una ampliación de las facultades de los jueces, lo cual, sumado a la capacidad de la Corte Constitucional de ser juez de tutela y la creciente labor de revisión del mecanismo que ella tiene, puede llevarse el debate al campo de “lo que no está prohibido en la ley está permitido”, lo que deja un amplio campo de acción a la Corte Constitucional para emitir por medio de tutela ordenes que permitan el amparo de los derechos fundamentales en los casos que lleguen a su conocimiento, por los mecanismos que no le estén prohibidos; así es posible no solo que pronuncie mandatos alineados con la constitución usando para ello las normas de orden jerárquico inferior sino que además llame a cumplir las funciones a entidades y funcionarios públicos, además de demandar que se ejecuten políticas públicas que se hayan proferido pero no ejecutado.

Ahora, cabe aclarar que en este punto se encuentran enfrentadas dos posiciones, por un lado, la del poder judicial mínimo, que apela a que se límite la incidencia del poder jurisdiccional del país, precisamente por la capacidad política que este puede reflejar en sus decisiones y la del poder judicial máximo que *contrario sensu* entiende que los jueces son garantía de moderación y prudencia frente a los excesos de la política. Así, todo depende entonces de la visión que se tenga de la política, y del grado de democracia y participación que se entienda como válida en cada Estado (Ansolabehere, 2005, págs. 42-44).

Igualmente, aparece lo que se podría llamar un auge del neoconstitucionalismo, que precisamente propende por la garantía de los derechos constitucionales, sobre todo aquellos derechos que son entendidos como fundamentales, situación que claramente “plantea y promueve una nueva relación del poder judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales” (Santiago, 2008, págs. 140-141).

Dicho de otra manera, en lo que a formulación de políticas públicas respecta, no es que la Corte Constitucional diseñe, elabore o implemente aquellas políticas como tal, sino que, al hablar de estas, por lo general, emplea expresiones adicionales, a través de las cuales refuerza su intención de dirigirse ante las entidades competentes –ahora sí- de crear la acción pública (Cano Blandón, 2014, pág. 449) para influenciarlas, ya que, con base en la declaración de la máxima autoridad judicial en lo constitucional, surgen

una serie de deberes, como los relativos a la adopción e implementación de políticas, programas y medidas positivas encaminadas al logro de una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados, en la medida que logren satisfacer progresivamente las necesidades básicas que contribuyan a una subsistencia en condiciones dignas (Acción de Tutela, 2009).

En síntesis, de acuerdo con Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010) en Cano Blandón (2014, pág. 454) la narrativa jurisprudencial de las políticas públicas ha tenido la intención de presionar la acción gubernamental frente a los problemas públicos. Tal presión ha ocurrido, entre otras vías, por medio del “efecto simbólico” de las decisiones judiciales que consiste en propiciar el cambio en las “ideas, percepciones e imaginarios sociales sobre el tema objeto de litigio” a través de un lenguaje cargado de términos que invitan a la acción como el que utiliza la Corte en su narrativa.

Con lo anterior, no se busca afirmar en ningún momento que las facultades de la Corte Constitucional hayan sido alteradas, simplemente se pretende evidenciar que la función de los jueces, incluido el juez constitucional, se ha ampliado y con ello se puede tener la percepción errada frente a las atribuciones que se hacen latentes a partir de las sentencias emitidas, sobre todo aquellas que implican la expedición de políticas públicas o que aparentemente le otorgan el efecto erga omnes a los fallos.

Más exactamente, como lo expresa Uprimny (1997) a través de Pérez Alarcón (2013, pág. 22), el tribunal constitucional aparece en general como el órgano de cierre del ordenamiento jurídico, puesto que es el intérprete último de la norma fundamental, y

sus decisiones carecen de recursos jurídicos, por lo cual suele tener la última palabra sobre las más disímiles controversias.

Y en efecto, si bien puede esto significar que, las decisiones de los jueces no tienen control en otra rama del poder público –sino únicamente a interior de la misma estructura de justicia-, el activismo judicial de los Altos Tribunales como la Corte Constitucional en Colombia , es como lo dirían Mejía Turizo y Pérez Caballero (2015, pág. 39) un fiel reflejo de que “la clásica división de poderes ha venido desapareciendo o lentamente se ha difuminado”.

Consecuentemente, las soluciones planteadas externamente, frente a una posible extralimitación de las facultades, atribuciones y límites con que cuenta el Juez Constitucional, implican que por ejemplo, debería propenderse por la mejora, desde el Ejecutivo, de los procedimientos que definen tanto la necesidad y pertinencia social como el desarrollo en sí de las políticas públicas; e igualmente, de acuerdo con lo propuesto por Escobar, Hernández y Salcedo (2013, pág. 152), tendrían que aumentarse los controles administrativos y disciplinarios sobre aquellos funcionarios que tienen a su cargo la garantía de los derechos sociales, exigiendo que se actualicen académica y técnicamente de manera constante, para que haya legisladores y ejecutores idóneos.

Así mismo, complementando el argumento esbozado, resulta claro que las políticas públicas en materia de derechos sociales, deben ser resultado de discusiones y debates en órganos colegiados de elección popular, escenarios ante los cuales

debiera también concurrir a participar activamente la representación popular, en defensa de estas prerrogativas y para dictar la prioridad de su ejecución (2013, pág. 152).

De otra parte, como mecanismos de control interno aplicables frente a una eventual extralimitación de atribuciones por parte de la Corte Constitucional, se proponen, desde la perspectiva de Rúa Castaño (2017, págs. 303-311), los siguientes: a) la autolimitación judicial: desempate pragmático con una lista de control que abogue por la limitación en algunos casos específicos, evitando conjeturas o especulaciones, ante posibles contradicciones con la misma Constitución; b) recurso extraordinario de revisión: Posibilidad de que algunas decisiones dictadas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en sede de tutela, sean recurridas ante la Sala Plena de la Corte, con la posibilidad de presentación perentoria de dicho Recurso en un término no mayor a 6 meses; c) extensión del control previo: se propone que este mecanismo empleado en Colombia cuando los proyectos de ley han sido objetados por el Presidente, argumentando su posible inexecutable, o automáticamente para el caso de las leyes estatutarias, también aplique respecto del proceso de aprobación de leyes con alto impacto económico para evitar los efectos negativos de una eventual declaratoria de inexecutable de una ley; d) modificación de algunos artículos constitucionales: entre ellos el abordado 230 de la Constitución, que en el marco del actual Estado Social de Derecho, exige reevaluar la teoría de los principios como normas subsidiarias, debiéndoseles reconocer su carácter de normas fundantes y fundamentales, máxime, cuando la Corte Constitucional ha puesto al precedente en el mismo nivel de la ley, evitando conflictos generados entre la jurisprudencia de la Corte y los textos constitucionales.

Una vez distinguido lo anterior, se puede decir que siempre que todos los ciudadanos y en especial, las ramas del poder público y entidades que conforman el Estado colombiano están sujetos a la supremacía constitucional y al cumplimiento normativo, es posible pensar que el alcance del precedente jurisprudencial de la Corte, como máximo velador de la integridad y efectividad material de la norma Superior, no se yuxtapone a las competencias del Legislador y del Ejecutivo atribuidas por ésta en ese ejercicio jurisdiccional.

En otras palabras, la sujeción del administrador de justicia al derecho, como refiere López (citado por Parra, 2004) se entiende como acatamiento a las normas emanadas por la autoridad competente para tal fin, como son, el Legislativo, y el Ejecutivo en las materias que les corresponde a cada poder. Y los fallos judiciales, en ese deber interpretativo y guardador de la Constitución, sirven para ilustrar normas cuando estas son oscuras o ambiguas (Parra, 2004, p. 253) de forma que el precedente es el instrumento orgánico que permite tener claridad y brindar mayor garantía sobre el direccionamiento, criterios e interpretación que debe dársele a una norma emitida por los poderes legislativo y ejecutivo.

El precedente no sólo tiene fuerza vinculante para los jueces - sin descuidar los motivos válidos que ha determinado el Tribunal para apartarse de éste-, sino que la interpretación de la jurisdicción constitucional pone de presente la necesidad de hacer llegar dicho alcance a las demás ramas del poder público en lo que concierna a cada cual. En efecto, como señala la maestra Clara Inés Vargas (2011) al momento en que la Corporación Constitucional controla la “labor discrecional del legislador en la expedición de las leyes, coopera activamente con éste, actividad que se plasma en las

consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias” (Vargas, 2011, p.16). No está invadiendo el ámbito propio de la rama legislativa, sino que auxilia o concurre mediante la hermenéutica jurídica de las normas expedidas por éste, para darle sentido en procura de las garantías constitucionales. Es decir, que existe una actividad armónica entre el juez constitucional y el Legislativo para el cumplimiento de la Constitución, contentiva de los fines del Estado social de derecho, como es el caso. Así, circunstancias bajo las cuales el precedente permite brindarle al ordenamiento jurídico mayor alcance o determinado sentido a una norma, se ha concretado por ejemplo en la interpretación de las Leyes 270 de 1996 y 797 de 2003 sobre las causales de retiro del servicio de funcionarios de la rama judicial (A. 331/10); sobre el carácter facultativo de la acción de tutela en los procesos de responsabilidad fiscal (T-549/10); sobre la revocatoria directa de los actos administrativos en materia pensional (T-1129/05); así como también sobre la fijación de los criterios de interpretación del alcance de los derechos de las víctimas en los conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria (T-002/12); el ejercicio de la defensa en la demanda dentro del proceso contencioso administrativo laboral (C-943/12) y el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada (T-412/10), por mencionar algunos casos.

Ahora bien, en defensa de las disposiciones constitucionales, las providencias de la Corte tienen la facultad de declarar como contrarias a la Constitución Políticas de manera total, parcial o en un sentido cierto, normas expedidas por el Legislador o el Ejecutivo sin que trascienda su esfera de acción funcional. Al respecto de los contenidos normativos que la Corte Constitucional puede declarar como inconstitucionales, la Corporación ha sostenido que

(...) en atención al principio de la conservación del derecho, el juez constitucional debe propender por preservar las normas adoptadas por el legislador. El esfuerzo que implica para una sociedad la creación de una ley invita al juez constitucional, en principio, a conservar el derecho, no a dismantelarlo” (Corte Constitucional, 1995).

En efecto, los pronunciamientos de los tribunales constitucionales han desarrollado un rol normativo excelente y como ha referido la doctrina italiana, éstos asumen un papel de legislador positivo (Vargas, 2011). Cuando se produce una disposición sobre la cual el Legislador ejerció sus atribuciones, pero que en determinado sentido resulta contraria a los valores, principios, derechos o garantías constitucionales o existe una condición jurídica que resulta, por ejemplo, inequitativa, desproporcionada o discriminatoria, el Tribunal Constitucional sienta los fundamentos jurídicos bajo los cuales éste deberá guiarse y desarrollar el contenido jurídico.

Además, en virtud de la facultad jurisdiccional, pueden ordenar a determinadas instituciones, entidades, particulares y ciudadanos que realicen un conjunto de acciones que permitan concluir con esa situación considerada inconstitucional. De sumo, el precedente puede llegar a determinar de la misma manera la necesidad o urgencia de la actuación pública del Estado - especialmente de la rama Ejecutiva del poder público- cuando tiene conocimiento de una situación apremiante que es puesta bajo la decisión de la jurisdicción constitucional.

De esta manera, puede observarse su influencia en las políticas públicas, por ejemplo, cuyo sujeto de amparo son los grupos de especial protección constitucional

como sucede con la población víctima de desplazamiento forzado mediante el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2005 y las decisiones posteriores. En efecto, profusas decisiones de la Corte Constitucional (T-602 de 2003, T-706 de 2011, C-781 de 2012, Auto 099 de 2013, T-602 de 2013) han ordenado la ejecución de una política pública de la cual la competencia es propia de la Rama Ejecutiva en cabeza de la Presidencia de la República que atienda de forma concreta y medible la protección de los derechos de esta población.

Incluso, la Corporación decidió que el juez constitucional es competente para realizar dicha verificación y seguimiento hasta que los derechos constitucionales de estas víctimas no se restablezcan (Corte Constitucional, 2009). Lo que dio origen a la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025, en sesiones permanentes.

En este caso, atendiendo la premisa según la cual, el desplazamiento forzado es un atentado múltiple a los derechos fundamentales de esta población declarada sujeto de especial protección constitucional, el Tribunal ordenó a los ministerios del Interior y de Justicia, a las entidades adscritas a la Rama Ejecutiva, a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales que en ejercicio de sus competencias, cumplan cabalmente sus funciones y formulen, implementen, evalúen y hagan seguimiento a los planes y programas desarrollados en favor de la población desplazada y contribuyan a superar el estado de cosas inconstitucional. Más claramente, la referida Corte ordenó al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, hoy Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a las Víctimas que,

(...) diseñe una política que permita involucrar y comprometer efectivamente a las entidades territoriales en la superación del estado de cosas inconstitucional y en el aseguramiento del goce efectivo de los derechos de la población desplazada (Corte Constitucional, 2009).

Desde otro punto de vista, el precedente no sólo ejerce influencia en las decisiones de política pública posterior, sino que es un determinante en las actuaciones concretas del Ejecutivo cuando éste no ha desarrollado una protección específica frente a una situación que requiere una actuación pública determinada (Barajas, 2015). Tal es el caso del sector educativo colombiano con la expedición del Decreto Nacional 4807 de 2011, por el cual se establecen las condiciones de aplicación de la gratuidad educativa para los estudiantes de las instituciones estatales y la posterior entrada en vigencia de la Ley 1620 de 2013 que creó el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar, que permiten evidenciar el rol del poder judicial como influenciador para la creación de políticas públicas (Barajas, 2015).

Ambas políticas obedecen a decisiones judiciales de la Corte Constitucional: la sentencia C-376 de 2010 respecto de la política pública de gratuidad educativa y la sentencia T-905 de 2011 sobre la convivencia escolar. En este caso, mediante la intervención de la jurisdicción constitucional, se transforma el proceso de gestión de las políticas que no responden a la definición del problema público fijado por el Ejecutivo sino que es la mediación de juez la que permite a la Administración identificar un

deficiencia y pasar por la formulación e implementación siguiendo los criterios establecidos por la jurisprudencia.

Para la política pública de educación, se le ordenó al Ministerio de Educación Nacional, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, la adopción de una política que permitiera la prevención, detección y atención de las prácticas de hostigamiento o acoso escolar y la ejecución de programas que constituyeran una herramienta para la actualización de los manuales de convivencia a nivel nacional (Barajas, 2015).

De otro lado, un asunto ilustrativo de la capacidad de la jurisdicción para incidir en la toma de decisiones que son atribuidas de manera especial al Ejecutivo recae en la acción pública de inconstitucionalidad resuelta mediante la sentencia C- 035 de 2016 que debatió sobre la continuidad del desarrollo de actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables al interior de las áreas delimitadas como páramos pese a la prohibición del Código de Minas de realizar minería desde el año 2010 en dichos territorios y la prohibición de explotar hidrocarburos desde 2011 en virtud del Plan Nacional de Desarrollo (Corte Constitucional, 2016)

Esta decisión del Tribunal Constitucional analizó que las licencias ambientales y los contratos de concesión otorgados a las empresas antes de la delimitación de los páramos y la entrada en vigencia de la norma, pese a no ser ilegítimos, han perdido su fundamento jurídico en relación con la interpretación de la disposición dada por el Legislador y el plan de desarrollo del Gobierno Nacional en el sentido de restringir la

libertad económica de los particulares para proteger el interés general que se ven representados en la preservación del agua y el patrimonio público.

Así mismo, dentro de este grupo de pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, en lo más reciente, puede destacarse la Sentencia T-029 de 2018, en la cual el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la vida digna y el debido proceso, que considera conculcados con la actuación de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al no efectuarle el reconocimiento de una pensión especial de vejez por tener un hijo en condición de discapacidad. En este caso se analizaron varias situaciones con el fin de reconocer el amparo constitucional: a) la acreditada situación de vulnerabilidad del accionante (ser de la tercera edad, padecer una enfermedad neuromuscular, tener a su cargo una hija en condición de discapacidad, y presentar una situación de pobreza relativa que lo pone en un riesgo, el cual es incapaz de soportar por sí mismo); b) la procedencia del reconocimiento de una pensión especial de vejez por hijo discapacitado.

Sobre este particular, el Alto Tribunal Constitucional decidió amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, ordenando a Colpensiones dejar sin efectos las Resoluciones mediante las cuales había sido negada la solicitud de reconocimiento de pensión especial de vejez por hija en condición de discapacidad del tutelante, y, en consecuencia, le impuso a la entidad accionada, adelantar todas las gestiones conducentes para el reconocimiento de dicha pensión (Acción de Tutela, 2018).

De esta manera, intervenciones judiciales facilitadas mediante la participación ciudadana, permiten que la jurisdicción constitucional conozca de las circunstancias públicas que merecen la formulación de estrategias estatales, en este caso, la protección del medio ambiente y con ello, la detención de la explotación minera en el Páramo de Santurbán, delimitado mediante la Resolución 2090 de 2014 por el Ministerio de Ambiente, durante la vigencia de la prohibición mencionada (Corte Constitucional, 2016).

Finalmente, el último aspecto analizado en el presente acápite tiene relación con la omisión legislativa o inactividad del Legislador que genera un vacío sobre determinado tema y sobre el cual el precedente contribuye a incidir en las decisiones de actuación pública del Estado.

Al respecto, la omisión legislativa se distingue entre absoluta y relativa. En cuanto a la primera, la Corte Constitucional afirmó que no tiene la competencia para pronunciarse (Corte Constitucional, 2003). Y sobre la segunda, existe omisión relativa cuando

(...) el legislador ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad (Corte Constitucional, 2003).

Nuevamente vale la pena indicar que el Tribunal en este caso, ejerce una función de colaboración con el Legislador. Esto no significa que reemplace las

competencias del legislativo, sino que, como considera la doctrina italiana, su desempeño es colateral y armonizado con las funciones propias de la acción parlamentaria, como sucede, por ejemplo, en la formación de los principios o directrices que debe tomar el Legislador en las iniciativas posteriores para cubrir las lagunas emergentes a la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de una ley (Vargas, 2011).

En efecto, ya se han presentado casos en que la Corte Constitucional ha encontrado omisiones legislativas relativas y en consecuencia se ha manifestado para complementar la norma o normas determinadas para que se incorporen a los sujetos, los derechos o principios que fueron excluidos inicialmente por el Legislador y brindarles mayor alcance en uno u otro sentido. Ello sirve como referente al momento de analizar en el Capítulo siguiente la acción pública adelantada por el Gobierno Distrital de la capital con relación a la protección de los derechos constitucionales de la población en condición de discapacidad en lo atinente al transporte público, y si la jurisprudencia brinda o no luces a la Administración local de Bogotá sobre los criterios orientadores de la política pública en esta materia.

Esta influencia respecto de las omisiones legislativas relativas en que el juez constitucional llena ese vacío jurídico, puede analizarse en eventos como el de la extensión de la protección a los bienes de la seguridad social y su tratamiento contable señalado en el párrafo del artículo 299 constitucional (Sentencia C-155 de 2004), la aplicación de las consecuencias y beneficios jurídicos de la Ley 986 de 2005 para las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada en idénticas condiciones a la de los secuestrados (Sentencia C-394 de 2007), la protección

constitucional de la población LGBTI (Sentencias T-314 de 2011, T-388 de 2013 y T-077 de 2016) y la exclusión de la previsión de la participación de los trabajadores y organizaciones sindicales en la formulación de la política pública de fomento al teletrabajo (Sentencia C-351 de 2013).

Capítulo III

Transporte público en Bogotá: ¿La solución a partir de una sentencia?

A continuación, se hará una contextualización sobre las dificultades a las que se ven expuestas las personas que sufren una situación de discapacidad en la ciudad Bogotá, ello a partir de la accesibilidad como base del derecho fundamental al transporte público; ello con la idea de identificar la necesidad social de formular una política pública al respecto.

Posteriormente, se dará una mirada a tres casos resueltos por la Corte Constitucional junto con algunos pronunciamientos de relevancia, donde se identificará su interés por la elaboración de una política pública integral sobre el tema en cuestión, y al mismo tiempo se identificará la forma en la que ha venido dando respuesta a los diferentes casos a partir de la obligación que impone a las empresas prestadoras de servicio accionadas, para que ponga en marcha un plan que atienda las necesidades de la población.

3.1. Las dificultades del transporte público en Bogotá para las personas en condición de discapacidad

En la ciudad de Bogotá, así como en las demás capitales a nivel mundial, la afluencia de personas es constante debido al desarrollo de la cotidianidad a la que se enfrentan sus habitantes, quienes requieren transporte constante para dirigirse desde su lugar de

habitación al lugar de trabajo, aspecto último que les permite satisfacer otros derechos para sí y su familia relacionados con la garantía de vida digna y con el mínimo vital.

Para satisfacer lo anterior, y debido a los largos trayectos a los que se ven sometidos, surge la necesidad de hacer uso del transporte público, el cual fue definido por la ley 769 de 2002, Código Nacional de Transito, como el conjunto de infraestructura, equipos, sistemas, señales, paraderos, vehículos, estaciones e infraestructura vial destinadas y utilizadas para la eficiente y continua prestación del servicio público de transporte de pasajeros en un área específica” (Poder Público - Rama Legislativa, 2002, art. 2).

En ese entendido, la importancia del transporte público también radica en que “[...] es una necesidad para las ciudades medias y grandes, por su bajo costo en infraestructura y menor consumo de espacio físico, [y] porque además es el único sistema que asegura una posibilidad real de accesibilidad para todos” (Martínez Ortega , 2012, pág. 7); pero a pesar de ello, el último aspecto ha sido un tema generador de debate sobre todo por quienes habitan la ciudad y por tanto se ven enfrentados a su uso diario, pues argumentan que su inconformidad radica en la mala calidad del servicio, en su insuficiencia al momento de atender la demanda, en el deterioro de las vías, la inseguridad de las estaciones, etc., además, debido a la constante comisión de delitos en su interior, tales como hurtos, actos sexuales abusivos, lesiones personales, lo que lleva a afirmar que menos del 15% de los usuarios se sienten seguros al utilizar el servicio, etc. (Acero Velásquez, 2016).

Entonces, si el panorama resulta desalentador para quienes no sufren algún tipo de discapacidad física, para estos últimos resulta ser aún peor, dado que al mismo tiempo, podría decirse que son quienes viven en la periferia de la ciudad, es decir, en aquellos que enfrentan situaciones de pobreza, por lo que “garantizar la calidad de acceso en el servicio de transporte para todos los ciudadanos” recae esencialmente en ellos, debido a que este es su único medio de movilidad (Martínez Ortega , 2012, pág. 27).

Con lo anterior, puede decirse que los hechos generadores de dificultad para estos ciudadanos ocurren sobre todo en los buses colectivos, aunque en general se presentan al interior de todo el sistema articulado de transporte, puesto que su estructura no permite que todas las personas hagan uso de ellos. Que esta problemática ocurra a no es de extrañar, en la medida que la estructura misma de la ciudad no se encuentra diseñada para atender las necesidades de quien se encuentra en alguna condición de discapacidad, por lo que estas personas enfrentan barreras físicas y comunicativas dentro de su diario vivir (Carreño Ordoñez, 2015, págs. 22-23), pues al no ver garantizado su derecho a circular libremente dentro del territorio nacional, establecido en el artículo 24 de la Constitución Política de Colombia, artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se estaría vulnerando, además, el principio de Dignidad Humana que rige el Estado Social de Derecho, al no poder materializar otros derechos debido a la limitación y exclusión que trae consigo la movilidad dentro de la ciudad, dentro de tales vulneraciones se encuentran la del derecho a la seguridad social, educación, etc., aspecto que se puede constatar en la realidad social, aun cuando mediante la ley

estatutaria 1618 de 2013 en su artículo 15, se consagró como derecho fundamental el acceso al transporte público para las personas con discapacidad (Congreso de la República, 2013).

Debido a lo anterior, puede afirmarse que existen una serie de obstáculos generadores de la limitación a la satisfacción de dicho derecho fundamental, dentro de los cuales se destacan los relativos a las competencias de los sujetos, las cuales interactúan a su vez con dimensiones como la económica, social y política.

En ese sentido, los obstáculos o barreras pueden provenir en dos vías: desde los sujetos que la padecen de forma física y respecto de las instituciones estatales las cuales mediante sus hechos, acciones y omisiones vulneran directamente los derechos de los sujetos, generando en ellos una doble victimización, por lo que las dificultades para quienes sufren algún tipo de discapacidad física deben ser estudiadas, comprendidas y garantizadas de manera sistemática.

Hasta aquí, se puede identificar que el mayor problema relacionado con la población en específico continua siendo la falta de accesibilidad, ello debido a que los lineamientos tanto estatales como gubernamentales no han sido acatados por las entidades locales encargadas de la ejecución de los diferentes sistemas de transporte público urbano, por lo que se parte del incumplimiento, sumado a que la ciudad aún impone obstáculos los cuales niegan la autonomía y vulneran el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas por medio de un trato diferenciado y la falta de políticas de inclusión (Carreño Ordoñez, 2015, págs. 24-25).

Así las cosas, la accesibilidad es considerada un derecho humano reconocido internacionalmente el cual busca la garantía del derecho a la igualdad entre los diferentes miembros de una población, y para el caso de quienes sufren algún tipo de discapacidad, este concepto, es entendido como el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales (Organización de las Naciones Unidas, 2006, art. 9).

Por su parte, en el numeral 4° del artículo 2, de la Ley 1618 de 2013, se define la accesibilidad como

Acceso y accesibilidad. Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona (Congreso de la República de Colombia, 2013, art.2, num. 4°).

De la misma manera, en consonancia con esta definición, la Corte Constitucional (Sentencia T-269 de 2016), ha conceptualizado a la accesibilidad como un derecho que es objeto de protección constitucional reforzada para las personas en condición de discapacidad, en consonancia con las disposiciones internacionales y legales vigentes que lo regulan, estableciendo obligaciones para todas las instalaciones y edificaciones, independientemente del tipo de servicio que presten, orientadas a asegurar que este sector de la población no sea marginado de la vida social, pública, política, comercial, cultural, educativa o deportiva, al eliminar las barreras y obstáculos que impiden su natural desenvolvimiento en la sociedad; visto así, las personas con discapacidad deben contar con un entorno físico propicio para su desarrollo, en condiciones dignas y respetuosas, con un fin específico de inclusión en la sociedad y trato igualitario.

Igualmente, el máximo Tribunal Constitucional, en la Sentencia objeto de referencia, sostiene que el reconocimiento constitucional de un tratamiento diferenciado para las personas en condiciones de discapacidad, encuentra sustento en la misma Carta Política y en la necesidad de garantizar el principio de igualdad respecto de quienes se encuentran en condiciones de hecho diferentes y requieren un apoyo especializado para el desarrollo integral y pleno de sus capacidades y potencialidades. De forma más concreta, esto se traduce en la garantía de acceso al espacio físico, cualquiera sea su naturaleza, como forma de garantizar la integración efectiva de este sector de la población en la sociedad.

Entonces, se ratifica que garantizar el acceso al transporte público, permite a su vez la garantía de otros derechos propios para que las personas puedan participar de forma activa dentro de la sociedad en general y así mismo puedan ejercer sus derechos

y libertades desde la perspectiva del derecho a la igualdad, por lo que se considera que el primer paso tiene que ver con la información y comunicación a las personas con discapacidad y sus familiares sobre los derechos fundamentales que ostentan así como sobre los diferentes planes y políticas con los que cuenta el Estado para cumplir su deber (Carreño Ordoñez, 2015, pág. 34).

Sobre el particular, en el Decreto 1660 de 2003 –“Por el cual se reglamenta la accesibilidad a los modos de transporte de la población en general y en especial de las personas con discapacidad”, establece que, de conformidad con el mandato contenido en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, es deber del Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física, mental y/o sensorial se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, así como adelantar una política de prevención, rehabilitación e integración social para las personas con discapacidad física, sensorial y síquica, a quienes se les prestará la atención especial que lleguen a requerir.

Igualmente, el citado Decreto refiere que, en su carácter de servicio público, el transporte está encaminado a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad para los usuarios, toda vez que, la seguridad ha sido definida por la ley como asunto prioritario en el Sistema y en el Sector Transporte, por lo que se hace necesario expedir una reglamentación –como desarrollo de la respectiva política pública- que permita a las personas con discapacidad contar con los medios apropiados para su acceso y desplazamiento, tanto a la infraestructura, como a los equipos destinados para la prestación del servicio de transporte.

Bajo dicha perspectiva, la accesibilidad tiene que ver con el cumplimiento de una cadena: 1. Entrada a estación, llegada o parada, 2. Tener a la mano el medio de pago y efectuarlo si se trata del uso de Transmilenio, 3. Esperar el transporte y posteriormente efectuar el pago cuando se hace uso de un autobús del Sistema Integrado de Transporte, 4. Acceso al autobús mediante la relación andén, acera, vehículo, 5. Acomodación dentro del medio de transporte 6. Llegada a la estación o parada de destino. (Martínez Ortega , 2012, págs. 28-29)

Entonces, la accesibilidad se relaciona con el ingreso a las estaciones donde se presta el servicio o al medio de transporte en general, pero así mismo con la situación que ocurre una vez las personas ingresan al medio de transporte, esto es, adicional a lo mencionado anteriormente: la señalización, aspecto de importancia en tratándose de personas con problemas visuales; la garantía de movilidad dentro de la estación y/o hacia el lugar de estacionamiento del medio de transporte; la acomodación al interior del articulado, bus o colectivo, etc., por lo que para su cumplimiento se requiere del diseño e implementación de una estrategia estructural, así como misional y visional dentro de las diferentes entidades prestadoras del servicio a propósito de la apuesta por un diseño universal, entendido como “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.” (Organización de las Naciones Unidas, 2006, art. 2).

Por lo anterior, el diseño universal permite tener como presupuesto adicional el hecho de consultar entre dicha población cuales son las necesidades y con base en

ellas, elaborar el diseño, sin descartar el valor de su ayuda desde un enfoque profesional. Entonces, dicho diseño debe basarse en los siguientes principios: uso equitativo, flexibilidad de uso, uso simple e intuitivo, información predecible, tolerancia al error, bajo esfuerzo físico y diseño adecuado de tamaño (Carreño Ordoñez, 2015, pág. 38), por lo que debe decirse que como parte de los indicadores que permitirían materializar el diseño universal y el cumplimiento total de la accesibilidad, se debe prestar atención a los siguientes: 1. Número de autobuses con rampa de acceso y sistema de arrodillamiento y su proporción sobre el total; 2. Número de estaciones practicables y su proporción respecto al total; 3. Número de usuarios que utilizan las estaciones practicables respecto al total; 4. Número de taxis adaptados y la proporción respecto al total y finalmente; 5. Distribución en el territorio de los taxis adaptados (Martínez Ortega, 2012, págs. 18-19). Sin embargo, puede afirmarse que dichos indicadores no se cumplen dentro del transporte público de la ciudad de Bogotá, aun cuando deben rescatarse algunos intentos, tales como la adaptación de rampas dentro de todo el sistema articulado de transporte y la asignación de un espacio dentro del autobús; empero, los esfuerzos no son suficientes, razón por la que se re-afirma la necesidad de creación de una política pública eficaz y eficiente que solucione esta problemática social.

En suma, se reafirma que la accesibilidad, entendida en sentido amplio como la plena garantía de prestación del servicio, se asegura cuando debido a las obligaciones internacionales que ostenta el Estado Colombiano en el caso de la garantía del transporte público, la aplicación de derechos y principios constitucionales relacionados con la libertad de circulación, igualdad y no discriminación, y se cumpla con la normatividad, se

propuesta de forma material por la eliminación de aquellas barreras estructurales, comunicativas y actitudinales, siempre con la participación de la población así como con la asistencia técnica de expertos en la materia (Carreño Ordoñez, 2015, pág. 41). Entonces el reto radica en la apuesta por una movilidad tanto eficaz como sostenible que se adapte a las demandas e intereses de todos aquellos que viven en el seno de la ciudad, teniendo presente que los servicios de transporte público contribuyen a la consolidación de un sistema sostenible, integrado y completo tanto en el campo social, como en el económico y hasta ambiental (Martínez Ortega, 2012, pág. 10).

3.2. Sentencias judiciales en torno al transporte público como servicio.

El Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil (Radicado No. 1740, 2006) mencionó las características del transporte público, las cuales resultan pertinentes para el caso en concreto, con la idea de comprender el sentido de los fallos de las Cortes, teniendo presente que dicho pronunciamiento se ha tornado como rector. En ese sentido, se destaca que el transporte público, en general, es un servicio público esencial pero en específico, y en tratándose de personas que padecen alguna discapacidad, es entendido como derecho fundamental, donde existe prelación del interés general sobre el particular, especialmente en términos de garantía y protección de los usuarios, contribuyendo de esta forma a la protección de bienes y satisfacción de intereses que por ningún motivo puede ser interrumpido. Su objeto es el de movilizar personas y/o cosas a cambio de una contraprestación, su función consiste en satisfacer las necesidades de la población. Finalmente esta actividad puede ser prestada por

empresas organizadas y creadas para tal fin, pero en todo caso reguladas por Estado, el cual ejercerá control y vigilancia para su prestación en términos de calidad, oportunidad y seguridad (Radicado No. 1740, 2006, par. 4-20), aunado a ello, es de recordarse lo mencionado en sentencia T-604 de 1992, donde se estableció que la íntima conexidad entre el derecho al servicio público del transporte con los derechos al trabajo a la enseñanza, a la libre circulación y, en general, al libre desarrollo de la personalidad, hace predicable a éstos últimos la protección constitucional del artículo 86 de la Constitución cuando su desconocimiento se traduce en una inmediata vulneración o amenaza de los mencionados derechos. (1992, pág. 1)

Bajo el argumento anterior, y entendiendo la posibilidad de impetrar acción de tutela cuando se vulnere alguno de los derechos mencionados, es de importancia mencionar algunos casos relativos al tema de estudio. En ese sentido, en el año 2001 un ciudadano decidió ejercer la acción de tutela en contra de Transmilenio S.A., por considerar que dicha entidad vulneraba sus derechos a la locomoción, a la igualdad y a la accesibilidad, desconociendo la especial atención que debe tenerse con las personas que sufren algún tipo de discapacidad por no adaptar rutas alimentadoras para personas con discapacidad en silla de ruedas (2002, pág. 5). En ese sentido, la Corte Constitucional tuvo que responder el problema jurídico de si Transmilenio S.A. vulneró los derechos fundamentales en mención debido a que los buses alimentadores del Sistema Troncal de Transmilenio, los cuales circulan en el lugar de residencia del accionante, no son accesibles para personas que deben desplazarse en silla de ruedas (2002, pág. 15).

Para dar respuesta a dicho problema, inicialmente estudia la naturaleza del derecho fundamental a libertad de locomoción, dejando claros cuatro elementos indispensables a la hora de entender su naturaleza: 1. La libertad de locomoción permite el goce efectivo de otros derechos fundamentales, 2. Puede ser de forma directa cuando alguien restringe el paso en una vía pública o indirecta cuando surge como consecuencia al accionar de una persona, 3. El servicio de transporte público es indispensable para poder ejercer el derecho de libertad de locomoción y 4. El servicio público de transporte debe ser accesible para todos los ciudadanos. Por su parte y en relación con la protección especial a los discapacitados, se basa en el cumplimiento del artículo 13 superior, relativo al derecho a la igualdad y al artículo 47 relacionado con la política de previsión, rehabilitación e integración para sujetos de especial protección, dentro de los cuales se encuentran las personas discapacitadas, junto con el marco legal que se ha venido desarrollando a nivel tanto nacional como internacional (2002, págs. 17-29).

Finalmente, y atendiendo la situación del actor, comprendiendo que la accesibilidad no contiene únicamente la existencia del servicio sino las condiciones dignas en que debe prestarse así como la facilidad y especial protección que debe brindarse a la población en situación de discapacidad, junto con la obligación que tienen las empresas prestadoras de servicio de cumplir con el ordenamiento constitucional y marco legal en general, resuelve revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Cuarto Civil Municipal de Bogotá, y en su lugar, tutelar los derechos del ciudadano ordenando a la empresa Transmilenio S.A. que en el término máximo de dos

años diseñara un plan para garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá (2002, pág. 43).

Por otro lado, un ciudadano decidió interponer acción de tutela en contra de Transmilenio S.A., debido a que consideraba vulnerados sus derechos a la igualdad y a la libre locomoción, dado que no se le permitía el acceso a dicho transporte junto con un canasto con ruedas que le permitía transportar sus objetos personales debido a una luxación lumbar en la columna vertebral que le impedía cargar maletas, maletines y similares (2010, pág. 1), así las cosas, esta sentencia resulta relevante dado que el hecho de llevar un objeto adicional deviene de una prescripción médica y por tanto de la situación de discapacidad de quien ejerce la acción. Al respecto, dicha corporación decidió no tutelar el derecho, basada en la limitación de “No ingresar paquetes grandes” que trae consigo la ley 1421 de 1993 en su artículo 98 (Congreso de la República, 1993), y debido a que esta situación no se presentaba como esencial ya que el usuario de Transmilenio podría hacer uso eventual de otra forma más cómoda para transportar sus objetos (2010, págs. 9-10).

Como último caso se tiene que en el año 2015, justificado en los derechos fundamentales a la libertad de locomoción y a la igualdad, un ciudadano decidió interponer acción de tutela en contra de la empresa Megabús S.A., en la ciudad de Pereira, debido a que dentro de los servicios que ofrecía, no atendía a la demanda de personas que para su movilización requerían de silla de ruedas, desconociendo de esta forma la obligatoriedad de accesibilidad. Así, luego de ser negada por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Garantías de Pereira, en

esa oportunidad la Corte Constitucional debía resolver el problema jurídico de si los derechos fundamentales de una persona con discapacidad que se moviliza en silla de ruedas, se podrían ver afectados cuando los buses que prestan el servicio no cuentan con plataformas mecánicas para facilitar el ingreso y salida del automotor (2015, págs. 3-5).

Para dar respuesta a dicho problema, esta corporación inició determinando que los presupuestos para entender la libertad de locomoción eran “a) que se trate de un vía pública; b) que efectivamente se prive a las personas del libre tránsito por esa vía; y c) que se lesione el principio del interés general.” (2015, pág. 11), por lo que también pudo inferir que el hecho de garantizar el acceso de la población al sistema de transporte garantiza el cumplimiento del derecho fundamental en mención, por lo que menciona que “es deber del Estado adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar de manera progresiva el acceso al servicio a todos los usuarios y, en especial, a los sujetos de especial protección constitucional como son las personas en condición de discapacidad” (2015, pág. 13)

En ese sentido, agrega que el carácter progresivo de la prestación del servicio no puede ser óbice para justificar el accionar inadecuado por parte del Estado y que por tanto la falta de una política pública para atender dicha contingencia consiste en una violación directa a la Carta Política, por lo que revoca el fallo de 14 de mayo de 2015 y en su lugar ordena al Área Metropolitana del Centro de Occidente iniciar un proceso administrativo a fin de verificar el cumplimiento de la normatividad respecto de la empresa accionada y a la empresa Megabús S.A. diseñar y poner en ejecución un plan que

garantice el carácter programático de las obligaciones al respecto, el cual se deberá elaborar en un término de dos años y con la colaboración tanto del accionante como de los líderes sociales en condición de discapacidad que se movilizan cotidianamente en el Área Metropolitana del Centro de Occidente (2015, págs. 19 - 24). Para este caso, debe aclararse que aun cuando no tiene lugar en la ciudad de Bogotá, delimitación espacial dada a este trabajo, es de relevancia en la medida que enriquece el objeto de este trabajo debido a que, como se vio, dota de presupuestos esenciales el actuar de la Corte Constitucional Colombiana a propósito de la necesidad de una política pública seria en torno al tema, prueba de ello es lo ordenado a la empresa accionada.

Finalmente, debe mencionarse que los derechos fundamentales que tienen relevancia en el tema son el de locomoción y el de igualdad, teniendo presente que sólo prosperará en el caso que se vea directamente afectada la integridad de la persona como en el caso de las sillas de ruedas, caminadores, etc., pero no cuando se trata de otros objetos que le permiten facilidad de transporte.

3.3 Análisis de la sentencia T-192 de 2014 desde el derecho de los jueces y su papel en la política pública y modelos de evaluación como el de Pareto y Kaldor-Hicks

Con la idea de sentar las bases teóricas para el desarrollo de este apartado, se debe hacer mención a lo planteado por el autor Diego Eduardo López Medina en su libro “El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial” (2000) respecto del papel de los pronunciamientos judiciales y su relevancia dentro de desarrollo

normativo, político y social en el país. En segundo lugar, se definirá la idea central de los modelos de evaluación de Pareto y Kaldor-Hicks, para posteriormente determinar si la estrategia implementada por la administración es ineficiente y contradictoria con los principios del Estado Social de Derecho. Finalmente se efectuará un análisis a la sentencia T-192 de 2014 con base en el planteamiento teórico, teniendo presente que su importancia radica en que esta es presentada como *sentencia confirmadora de principio*, tal y como la denominaría Diego López Medina (2000, pág. 68), al reconocer la importancia del pronunciamiento judicial dentro del desarrollo del país, específicamente al garantizar el acceso al transporte público para las personas con discapacidad.

En ese sentido, vale mencionar que, como bien se advirtió en apartados anteriores, el precedente judicial tiene lugar dentro de la aplicación de la analogía, es decir cuando un caso con similar situación fáctica ya ha sido resuelto por las altas cortes. En el caso colombiano, debe recordarse que dicha figura venía entendiendo desde 1887 cuando tenían lugar tres (3) sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto jurídico, pero en esta época no era considerada obligatoria sino criterio indicativo dentro de la producción de otras sentencias (López Medina, 2000, pág. 12).

Entonces, la relevancia del precedente judicial radica en su consideración como fuente del derecho, sin embargo el problema radica en su consolidación pues algunos sectores lo entienden como auxiliar, en tanto otros como principal. Es por ello que en términos generales la consolidación de las fuentes del derecho, desde una perspectiva material, ha sido una de las preocupaciones constantes al interior de las ramas del poder público, presentándose dos grandes movimientos: tradicionalista y reformista. El

primero, bajo la idea que el precedente judicial es fuente auxiliar del derecho, y el segundo en que este debe ser de obligatoria observancia al momento de resolver los diferentes casos. Así, en 1991, año en el que se crea la Corte Constitucional, el ejecutivo y algunos magistrados de la Corte insistían en otorgarle un mayor valor al precedente, prueba de ello es el Decreto 2067 del mismo año, sin embargo, la mayoría de magistrados respaldaban el tradicionalismo, lo que llevo a que hasta el año 1995 se reconociera la obligatoriedad del precedente con base en el derecho a la igualdad entendida como derecho fundamental contemplado en el artículo 13 superior (López Medina, 2000, págs. 13-61).

Es de esta forma como la teoría reformista fue consolidada en el país, tanto así que hoy por hoy se ve reflejada en los fallos judiciales, sobre todo, de la Corte Constitucional bajo la defensa de la Constitución Política Colombiana y por tanto la constante lucha por garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, en ese sentido, vale la pena mencionar en palabras de la misma corporación, que sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (1995, pág. 11).

Aspecto que ha sido el fundamento para que la Corte Constitucional haya tutelado derechos fundamentales aun cuando en primera y segunda instancia hayan sido negados, teniendo como regla que la violación del precedente es una causal de

tutelabilidad del derecho de igualdad cuando no existen argumentos para apartarse de la jurisprudencia, por tanto precedente, que se ha venido construyendo (López Medina, 2000, pág. 49).

Lo anterior es fundamental al comprender que las personas acuden a la sistema de administración de justicia cuando se ven involucrados en algún problema legal, que para el tema de este trabajo tiene que ver con la satisfacción de derechos fundamentales tales como el de libertad de locomoción y todos aquellos conexos a él y que tienen lugar debido al uso de transporte público, por lo que la rama del derecho que tiene lugar es la pública, específicamente lo relacionado con derecho constitucional, a lo que se suma que los sujetos que ven vulnerados sus derechos son de especial protección debido a su condición de discapacidad.

En ese sentido, también resulta relevante efectuar un análisis a la situación de la población sujeto y objeto de este trabajo, a la luz de la eficiencia que presentan las estrategias implementadas a nivel estatal. Para ello, vale definir dos principios que a la luz de la medición de política pública son indispensables: Óptimo de Pareto y Kaldor-Hicks.

El principio de Pareto fue propuesto a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y consistía en identificar que “una situación social es óptima cuando no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguien más. Esta imposibilidad de mejorar a alguien sin producir una baja de bienestar en otros significa que no hay recursos ociosos o desaprovechados” (Papayannis, 2017, pág. 4), en ese sentido, un Estado “A” es superior a otro “B”, cuando en “A” todos los ciudadanos están mejor, en tanto en “B” hay al menos una persona que está peor que la otra. Ahora bien,

cuando en “A” hay una persona que mejora su situación sin que la de otro empeore este también es superior pero en un sentido débil (Papayannis, 2017, pág. 4). Es por ello que la igualdad de los ciudadanos ante la ley es un dogma para muchas gentes, y en ese sentido escapa a la crítica experimental. Si queremos hablar de una manera científica, veremos inmediatamente que no es del todo evidente a priori que esta igualdad sea ventajosa para la sociedad; más bien, dada la heterogeneidad de la misma sociedad, lo contrario parece más probable (Pareto , 1945, pág. 105).

En ese sentido, la igualdad podría medirse en términos de lo que prefiere cada sujeto, por lo que aunado a lo anterior, Pareto “postula que un estado de cosas “X” es superior respecto de otra “Z”, sí y solo sí alguien prefiere “X” a “Z” y nadie prefiere “Z” a “X”, de modo tal que “X” implica mayor utilidad que “Z”” (Stordeur, 2017, pág. 2)

Por su parte, el principio Kaldor-Hicks nació “a partir de los trabajos independientes de los economistas John Hicks y Nicholas Kaldor en 1939. Este es un criterio de eficiencia económica que sirve para la evaluación de políticas económicas [...] el cual estableció que una situación es eficiente si no es posible mejorar la situación de un individuo sin empeorar la de los demás” (Díaz Reyes , 2014, pág. 9). Bajo dicha teoría si un sujeto, individual o colectivo, pasa de un estado “A” a un estado “B”, y las ganancias de quien tienen una mejor posición son tan buenas como para compensar a los que están una situación inferior, y luego de dicha compensación los primeros continúan con la situación en la que estaban en el estado inicial, entonces, se está ante una organización eficiente, teniendo claro que la compensación no es obligatoria sino que obedece a criterios ético-políticos de quien toma la decisión (Díaz Reyes , 2014, pág. 9).

Teniendo presente todo lo señalado anteriormente y con la idea de aterrizar lo teórico a lo práctico, surge la necesidad de hacer un análisis a la sentencia T-192 de 2014 entendiendo que su importancia radica en que confirma la teoría reformista respecto del precedente judicial dado que en ella la Corte Constitucional Colombiana: 1. Reconoce que las personas con algún tipo de discapacidad ven vulnerados sus derechos en relación con su derecho de locomoción mediante el uso de transporte público y 2. Dado que ordena, a las entidades responsables, el diseño y ejecución de un plan que permita el acceso de personas con discapacidad al Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá el cual tendría que ponerse en marcha en el término de dos años y medio a partir del conocimiento del fallo 3. Ordenar que las entidades accionadas informen cada tres meses al juez de primera instancia el avance del plan (Acción de tutela, 2014, pág. 23).

Así, es pertinente realizar un recuento fáctico y jurídico del caso en cuestión: Una ciudadana interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y de la Empresa Transmilenio S.A. por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, dignidad humana, igualdad y libertad de locomoción, dado que al ser una paciente con secuelas de luxación congénita bilateral y discapacidad funcional alta que le obliga hacer uso de muletas, pero al mismo tiempo, al verse obligada a trabajar en un lugar alejado de su residencia y no contar con los recursos económicos para tomar otros medios de transporte como taxi, debe hacer uso del transporte público de Bogotá específicamente los buses azules del Sistema Integrado de Transporte Público – SIPT- de Transmilenio S.A., los cuales no están condicionados para personas con

discapacidad al carecer de plataformas y medidas necesarias, vulnerando así sus derechos y los del grupo su grupo poblacional (2014, págs. 4-5).

Posteriormente, las entidades accionadas dan respuesta al requerimiento efectuado por el juzgado de primera instancia, donde se evidencia aposición a las pretensiones de la ciudadana, sosteniendo que la acción impetrada es improcedente por existir otros mecanismos de defensa judicial para atender situaciones con dicha naturaleza pero que en ningún caso estaban vulnerando derechos fundamentales, que el juez de tutela no puede extralimitar sus funciones al punto de tomar decisiones que atañen a la administración que la población con discapacidad es sólo el 23% del total, que la mayoría de estaciones están habilitadas para atender a la población con discapacidad (2014, págs. 5-8).

Hasta aquí, surge la necesidad de realizar un alto en el camino, pues al respecto es de mencionarse que si una ciudadana ejerce acción de tutela por considerar que los buses de transporte público no son aptos para el uso de personas con discapacidad y debido a ello se presenta una vulneración directa a los derechos fundamentales mencionados, quiere decir que se está ante una situación colectiva que afecta derechos fundamentales a todas las personas que presenten cierto tipo de discapacidad lo que a la luz tanto del principio de Pareto como de Kaldor-Hicks desencadena en un estado ineficiente debido a que:

1. Para el primer caso, esto es el principio de Pareto, no se está ante una situación social optima dado que los ciudadanos que presentan una situación de discapacidad prefieren otro estado de cosas social distinto al actual, aspecto que desencadena en la ineficacia Estatal y el cuestionamiento de teorías como la

contractualista y neocontractualista respecto del hecho de ceder la libertad a cambio de la satisfacción de ciertos derechos, pues al no cumplirse el objetivo el contrato tendría que resolverse.

Adicional a ello, y aun cuando el Sistema Integrado de Transporte ha venido creciendo de forma paulatina, no quiere decir que sea una situación favorable para la totalidad de la sociedad, pues contrario a ello y debido al afán de aumentar estaciones, rutas, buses, etc., se ha descuidado la adaptación en términos de accesibilidad total, por lo que la situación es favorable para el grueso de la población pero desfavorable para este grupo social.

Debiéndose acentuar la evaluación y la constante comunicación que deben tener la implementación de las políticas públicas entre las organizaciones que conforman el estado, debido a que en las instituciones operan personas “actores”, donde los destinatarios de la implementación de estas políticas son a su vez personas de manera directa o indirecta; lo que demuestra que son acciones promovidas por intereses de grupos específicos que pueden perjudicar a un determinado grupo social. (Henaó Pérez, 2013, pág. 70).

Dicho de otra manera, para el criterio de Pareto un sistema tendrá más eficiencia que otro, cuando un determinado depósito de bienes, recursos y servicios admita un mayor beneficio de ellos, es decir un sistema será más eficiente cuando haya menos recursos inactivos.

Es decir, cuando todos los recursos se hayan establecido, un grupo de personas o persona no podrá mejorar sin que otros grupos empeoren, por lo que si esto sucede la eficiencia y utilidad para Pareto se habría aumentado, lo que

determinará juzgar y determinar utilizando este criterio, si se posibilita que una persona o varias de ellas mejore sin que otras empeoren.

Razón por lo que en la realidad y aplicado al caso, no se evidencia que, en el caso de un cambio de política pública, esta no vaya a hacer que un grupo de personas o una persona desmejoren. (Saruba Nestor, 2008).

2. Para el Segundo, el principio Kaldor-Hicks, la situación presentada tampoco sería eficiente dado que quienes se encuentran en una posición privilegiada, esto es quienes no se encuentran en situación de discapacidad, no pueden compensar la población menos privilegiada dado que se está ante una necesidad que debe ser resuelta a nivel Estatal. Entonces, desde la perspectiva de este principio la situación de privilegio también desmejora las condiciones de aquellos que no lo tienen, lo que desencadena en una ineficiencia estatal.

Continuando con el recuento factico y no obstante el análisis realizado, el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá D.C. conoció del caso y decidió no tutelar los derechos de la accionante argumentando que la acción de tutela no era la acción indicada en el caso concreto. Posteriormente y tras impugnación efectuada por la ciudadana, el Juzgado Cuarenta y Dos Civil de Bogotá D.C., confirmo el fallo del a quo, no obstante al ser objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional se efectuó un análisis de fondo dentro del cual se especificó 1. La naturaleza de la acción de tutela, 2. La importancia del transporte público como medio indispensable para satisfacer el derecho de libertad de locomoción, 3. Las personas discapacitadas como sujetos de

especial protección, 4. El derecho de las personas con discapacidad a acceder al transporte público y 5. La procedencia de la acción de tutela para la protección de intereses colectivos cuando se busca el amparo de un derecho fundamental (2014, págs. 11-19).

Sobre el primer aspecto, se tiene que el fundamento constitucional de la acción de tutela se encuentra en el artículo 86 superior en donde se establece que cualquier persona puede acudir a esta acción cuando se presente vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales (Asamblea Nacional Constituyente, 2016, art. 86), planteamiento que se encuentra desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 artículo 10 (Presidente de la República de Colombia, 1991, art. 10), por lo que la actuación de la accionante se encuentra justificada. Sobre el segundo, confirma lo mencionado en apartados anteriores, habida cuenta que reconoce la importancia del transporte público para satisfacer el derecho de locomoción así como los demás derechos fundamentales que requieren el traslado desde el lugar de habitación hasta el lugar de goce del derecho: hospital, escuela, oficina, etc., teniendo presente que la vulneración a este derecho puede ser directa o indirecta y que la población que se ve afectada en mayor medida es aquella que vive en sectores marginados, por tanto quienes carecen de los recursos económicos necesarios para auto-proveerse otro tipo de servicio (2014, págs. 11-15).

Sobre la condición de especial protección de las personas con alguna discapacidad y su derecho al transporte público, la Corte sostiene que es consciente de la discriminación a la que se ven sometidas estas personas en el terreno laboral, educativo, comunicativo, etc., dado que les ha sido negado el espacio público en condiciones de igualdad, por lo que el deber de dicha corporación recae en contribuir a

la eliminación de dichos obstáculos a partir de la lucha por garantizar la plena accesibilidad (2014, págs. 16-17).

Dentro de su último punto, la corporación manifiesta cuando “de la vulneración de un derecho colectivo se desprenden graves consecuencias para garantías fundamentales, la tutela será idónea como mecanismo de defensa para estos” (2014, pág. 20), por lo que resultaba procedente el impetrar la acción dentro del caso concreto.

Así las cosas, se coincide con la *obiter dicta* de la Corte Constitucional, sin embargo también es cierto que lo mencionado en el salvamento de voto es de suma importancia para lograr superar el estado de constante vulneración de derechos a la población con discapacidad y por tanto al sometimiento relacionado con la doble victimización: la social y la institucional, pues no basta con ordenar que en un periodo de tiempo determinado, dos años para el caso concreto, se diseñe y ponga en ejecución un plan que permita garantizar los derechos fundamentales mencionados a través de la adecuación del Sistema Integrado de Transporte, sino como lo mencionó el magistrado Jorge Iván Palacio Palacio,

[se] debió definir medidas temporales a favor de la accionante mientras se efectúa la elaboración y ejecución del plan de infraestructura [y se] debió establecer unas directrices mínimas para la elaboración del mencionado plan, tales como fijar etapas concretas, cronogramas y metas. Además, era necesario que determinara si dicho trámite iba a cobijar a todos los automotores (Acción de Tutela, 2014.pág. 25).

Por lo que, si se trae a colación lo mencionado respecto de la política pública como concepto, entendido este como el programa de acción y la realización concreta de

las disposiciones adoptadas por el estado, que causa consecuencias y reacciones, siendo definida por el profesor Juan Carlos Henao como “un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que 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” entendiéndose que toda política pública nuevas situaciones que se podrían considerar en un ámbito problemático. (Henao Pérez, 2013, pág. 69).

Razonando que esta tiene lugar cuando existe un vacío entre la normatividad y la realidad social, surge el cuestionamiento sobre si su origen depende únicamente del ejecutivo o si otras ramas del derecho, como la judicial, son generadoras de la misma a través de sus fallos y si por tanto deberían ser reconocidas de manera taxativa dentro de la naturaleza de sus funciones.

Esto derivado de la incapacidad del estado de ejecutar políticas públicas que satisfagan todo tipo de necesidades de la sociedad, situación que se observa en todo el mundo, acto que es llamado déficit de implementación y actuación, el cual se deriva de diversos factores como la ineficacia, corrupción o clientelismo entre otros, que desencadenan en una crisis de gobernanza no por falta de recursos económicos si no por falta de prioridades, determinando esto una falta de voluntad que se abstiene de cambiar la realidad.

Hecho que permite formular una crisis actual de gobernabilidad la cual permite dilucidar la ausencia de implementación de políticas públicas por parte del estado colombiano de gran envergadura.

Dependiendo de la gravedad de este déficit, es donde está llamado el Juez constitucional a intervenir para salvaguardar los derechos humanos, debido a que otro elemento de esta crisis de gobernanza sería el incumplimiento de los preceptos constitucionales de la carta magna en cuanto a los derechos allí establecidos los que en el entendido de la realidad actual se encuentran muchos como letra muerta y sin posibilidad de ejecución real y efectiva.

Estos preceptos constitucionales y legales están dados por mandato y voluntad de la sociedad como constituyente primario, donde se puede observar que las fuerzas políticas que edificaron la actual constitución (no en todos los casos), no están representados en el congreso; acto que implica un vacío real en el poder legislativo para la formulación de las políticas públicas necesarias, que logren solventar los derechos consagrados de la carta magna (Henaó Pérez, 2013, pág. 69-71).

Es allí donde entra a participar el Juez constitucional como actor de las políticas públicas cuyo ejercicio se origina en las demandas de tutela o de constitucionalidad que fijan un límite de intervención jurisdiccional en cuanto a las referidas políticas, pues este solo actúa por fallas de otras instancias contra las que se interponen las acciones judiciales a que haya lugar.

Es por esto que se debe valorar la participación que tiene los ciudadanos mediante las actuaciones judiciales, debido a que, con esto, muchos de los integrantes de la sociedad no se han visto afectados en sus derechos constitucionales aun cuando no tengan suficiente representación en el congreso de la república como ente legislativo primario. (Henaó Pérez, 2013, pág. 69-73).

Entonces, aquí puede darse respuesta con base en los casos que ha venido efectuando la Corte Constitucional y que han sido ilustrados en este documento, pero sobre todo en el que descansa en la sentencia T-192 de 2014, comprendiendo que la política pública surge tanto en la razón de la decisión como en la decisión propiamente dicha, entendiéndolas de manera armónica, pues el hecho de solicitar la elaboración de un plan estratégico que permita solventar un vacío entre la obligaciones constitucionales de prestar servicio público así como el hecho de ejercer un trato igual entre los miembros de la sociedad, junto con los derechos conexos a la libertad de locomoción, frente a la consideración de las personas con discapacidad primero como ciudadanos y segundo como sujetos de especial protección y más cuando dentro de la misma sentencia se ha ordenado el seguimiento periódico del cumplimiento del fallo.

En ese sentido, las acciones llevadas a cabo por la Corte Constitucional son manifestación de una política pública propiamente dicha, la cual puede ser clasificada dentro de la teoría del entramado de redes dado que interactúan la sociedad, por ser de quien emana la solicitud de garantía de derechos fundamentales, y el Estado a través de la Rama Judicial por ser quien estudiará el caso y resolverá la puesta en marcha de una solución de fondo.

Entonces, se puede afirmar que con base en lo mencionado anteriormente y el derecho de los jueces respecto del precedente judicial, las sentencias judiciales pueden ser generadoras excepcionales de política pública cuando el ejecutivo no ha solventado la problemática social de fondo y por tanto los ciudadanos ven vulnerados sus derechos fundamentales, teniendo presente que tiene lugar su accionar a través de la tutela así las implicaciones recaigan en derechos colectivos. Adicionalmente, debe agregarse que para que se cumpla con dicho propósito, la Corte Constitucional debería implementar lo mencionado por el magistrado Palacio Palacio, esto es unas reglas mínimas para la creación y puesta en marcha del plan estratégico compuesta por objetivo general, objetivos específicos, etapas a agotar, entre otras que contribuyan de manera significativa a la garantía de cumplimiento.

3.4 La Consolidación de una teoría fundamentada sustantiva

Pese a las discrepancias que puedan existir frente a la facultad que tiene el juez constitucional y a partir de los elementos obtenidos se evidencia que, en un Estado Social de derecho entendido como un concepto elaborado conscientemente que persigue dar una dirección racional al proceso histórico, programático y proyectivo que implica un programa de acción en la medida que intenta gobernar al Estado, previendo los acontecimientos y construyendo una estrategia en función de la realización de valores, tal como lo propone Duran (2001 p.24) puesto que no cabe menos que ceñirse a los modelos neoconstitucionalistas en el sentido de procurar, que en aras de la

participación, la democracia y la defensa y garantía de los derechos fundamentales la potestad otorgada a los jueces tienda a ampliarse lo que no puede, en todo caso significar el desconocimiento de los principios y las leyes establecidas con anterioridad.

Lo anterior conlleva, desde luego que en la evaluación de problemáticas concretas como la de la locomoción de las personas con discapacidad cuando hacen uso del transporte público en Bogotá no puedan en ningún caso desconocer sus derechos cuando menos en condiciones de igualdad, entendida ella no como el equiparamiento entre sujetos-persona, sino entre sujetos de derechos, por lo cual es y debe ser totalmente aceptable que el juez constitucional, entendido en sentido amplio; como el Juez de la Corte constitucional y el cualquier juez que pretenda tutelar derechos fundamentales a la luz de las disposiciones de la Carta política del país, puedan ampliar su espectro de análisis al campo político, no en el sentido de desvirtuar el poder que tienen las demás ramas del derecho sino como una posibilidad de acercarse al campo social y participativo.

Dado que tanto las políticas públicas como la acción de los jueces son formas idóneas y ajustadas al derecho para darle movilidad a las instituciones del Estado es probable que con la correcta articulación de estas dos acciones se pueda llegar a garantizar las obligaciones del Estado en relación con la garantía de derechos de las personas en condiciones de discapacidad, abonando el camino para la promulgación de políticas públicas con mayor idoneidad para solventar problemas concretos, ello debido a que el juez tiene contacto directo con casos de vulneración que pueden escapar al ojo

del legislador y de las autoridades llamadas a modelar políticas públicas, por lo que no se trata aquí de decir que el juez constitucional puede promulgar u obligar a que se promulguen políticas públicas según su sentir sino que debe a partir de las órdenes impartidas orientar el derecho a la resolución de conflictos sociales.

Por ultimo no se puede olvidar que Uno de los fenómenos destacados a nivel teórico en el Estado Social de Derecho contemporáneo, está constituido por la paulatina importancia adquirida por el Poder Judicial y la evolución de sus funciones marcada por tres hitos: el control judicial de los actos de la Administración Pública; el control de la constitucionalidad de las leyes, y la profundización de los dos desarrollos anteriores, la relevancia de la función de guardianes de la Constitución reservada fundamentalmente a los jueces en el Estado Social de Derecho, donde no obstante en la práctica el poder ejecutivo limita tales potestades, desconociendo con ello la relación simbiótica que se genera entre ellos a partir del campo de la política. (Durán, 2001, pág. 26), razón por la cual el campo de las políticas públicas se presenta como una posibilidad para la apertura del ejecutivo a la sociedad de una manera más franca por medio de la labor de los jueces constitucionales.

Conclusiones

Las personas con discapacidad sufren una doble victimización al no garantizarles un servicio de transporte público que se adapte a sus necesidades, dado que debido a dicha situación, se vulnera su derecho fundamental a libertad de locomoción y con él derechos conexos como a la educación, salud, trabajo, etc., entonces a partir de una mirada a la eficiencia como principio dentro de las sociedades y a partir de los principios de Pareto y Kaldor-Hicks se pudo identificar que se estaba ante una sociedad ineficiente, lo que trae consigo la necesidad de implementar de forma inmediata una política pública, que entre a solventar el concepto de equidad de la misma frente a la eficiencia que esta pregona, por estar determinados un aspecto diferencial dentro de la sociedad en la que recae.

Por su parte, el derecho de los jueces se ve manifestado en la jurisprudencia, que es a su vez una fuente del derecho, la cual hoy ha sido considerada fuente directa y no necesariamente auxiliar debido al desarrollo histórico-jurídico. En ese sentido, la jurisprudencia ha venido adquiriendo relevancia dentro de la resolución de casos que están revestidos por características similares, no es en vano que la Corte Constitucional tutele derechos fundamentales dando aplicación al derecho de la igualdad. Para el caso concreto, se puede concluir que además de tener dicha connotación a manera de fuente del derecho, los pronunciamientos judiciales son generadores excepcionales de política pública al intentar solventar vacíos jurídicos y/o administrativos que han impedido al ejecutivo efectuar una solución concreta a los problemas sociales.

La sentencia T-192 de 2014 es un claro ejemplo del papel de la Corte Constitucional como generadora de políticas públicas cuando el ejecutivo ha omitido su labor, al ordenar la elaboración y ejecución de un plan que permita garantizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad que deben hacer uso del transporte público masivo y al nombrar un verificador de la puesta en marcha de dicho plan.

Por eso se hace necesario concluir que el Juez Constitucional mediante sus atribuciones puede ser modelador de políticas públicas mediante sentencia judicial, referentes a las soluciones de las necesidades de la población discapacitada frente al acceso que tiene esta población al transporte público de la ciudad de Bogotá D.C.,

Referencias

- ACERO VELÁSQUEZ, H. (7 de 12 de 2016). *Un Sistema Desarticulado*. Obtenido de Razón Pública: <http://razonpublica.com/index.php/regiones-temas-31/8107-transmilenio-caos-p%C3%BAblico-o-privado.html>
- AGUILAR, Luis F. (1993) *La implementación de las Políticas*. Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial.
- ANSOLABEHERE, K. (2005). Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía no.22*, 39-63.
- BARAJAS LÓPEZ, J. (2015) *El Poder Judicial como creador de Políticas Públicas. El caso de la gratuidad en la Educación Básica y Media en Colombia*. Universidad Eafit.
- BERNAL PULIDO, C. (2008) *El precedente en Colombia*. Revista Derecho del Estado N° 21. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.
- BRUM, Myriam (2013). *De la evaluación a la reformulación de política públicas*. México. En Política y cultura. Número 40. 123:149.
- CANO BLANDÓN, L. (2014). *La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Papel político*, 19(2), 435-458.

- CARREÑO ORDOÑEZ, Á. (2015). *Acceso al Transporte Público para Personas con Discapacidad en Bogotá: Caso SITP*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- DÍAZ REYES , C. E. (2014). *Enfoques Teóricos y Metodológicos de las Compensaciones Ambientales en el Contexto de la Evaluación de Impacto Ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- DOMENECH, E. (2013) *La invocación de precedentes y el pensamiento analógico*. Anales N° 43. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, Argentina.
- DURÁN, V. (2001). Estado Social De Derecho, Democracia Y Participación VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los servicios públicos. "Estado Social de Derecho, Democracia y Participación" (págs. 18-63). Valle de Bravo, Mexico.
- ESCOBAR, S., HERNÁNDEZ, L., & SALCEDO, C. (2013). El Juez Constitucional como garante de los Derechos Sociales en Colombia: Una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana. (U. Javeriana, Ed.) *Universitas Estudiantes*, 125-155.
- GONZÁLEZ TACHIQUÍN, Marcelo. (2005) *El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina*. *Revista Quid Iuris*. Vol. 2, sección de contenido. 99-

HALDENWANG, Christian von. (2005) *Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina*. Revista de la Cepal 85 Abril.

LAGROYE, Jacques (1991.1992). *Sociologie politique*. Paris: Politique étrangère, n°2 - V- 57

LANCHEROS GÁMEZ J.C. (2012) *El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa*. Dikaion, Universidad de La Sabana. Año 26 num. 21, vol. 1 159-186

LÓPEZ MEDINA, D. E. (2000). *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial*. Bogotá: Legis Editores S.A.

MARTÍNEZ ORTEGA , D. C. (2012). *Estrategias para Promover la Accesibilidad, Cobertura y Calidad en el Sistema de Transporte Público Urbano para la Población con Discapacidad Física: Caso Bogotá*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

MEJÍA TURIZO, J., & PÉREZ CABALLERO, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. (U. S. Bolívar, Ed.) Justicia, 30-41.

MENY, JEAN y THONIG, C. (1990-1991). *Políticas públicas y teoría del estado*. Traducción: Colominas. Joaquin. Documentación administrativa núm. 222-225

- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- PAPAYANNIS, D. (12 de 1 de 2017). *El Enfoque Económico del Derecho de Daños. Una Crítica a las Tesis Normativas y Positivas del Análisis Económico del Derecho* . Obtenido de http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/enfoque_eko.pdf
- PARETO , V. (1945). *Manual de Economía Política*. (G. Cabanellas, Trad.) Buenos Aires: Atalaya.
- PARRA M.C. (2004) *El precedente judicial en el derecho comparado*. Criterio Jurídico. V.4. Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali. 241-264.
- PÉREZ ALARCÓN, F. A. (2013). El "poder legislativo indirecto" del juez constitucional. (F. d. UPTC, Ed.) *Derecho y realidad*, 19-32.
- REIN, Martin & RABINOVITZ, Francine (1993) La implementación: una perspectiva teórica. Entre la intención y la acción. En Aguilar, Luis F. *La implementación de las políticas*. México. 149.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., & RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2010). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En P. Arcidiácono, N. Espejo, & C. Rodríguez, *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina* (págs. 83-154). Bogotá: Siglo del Hombre.

ROTH. André-Nöel (2007) *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y Evaluación*. Ediciones Aurora. Décima Edición actualizada.

ROTH, André-Nöel (2006) *Política pública: formulación, implementación y evaluación*. 3ª impresión. Bogotá. Ediciones Aurora.

ROTH. André-Nöel (2002) *Política Pública. Formulación, implementación y evaluación*. 2ª impresión. Bogotá: Ediciones aurora

RUA CASTAÑO, J. (2017). *Discordancias de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana con la Constitución Política. Clases, consecuencias, correctivos. Límites a la interpretación constitucional*. (U. d.-D. Derecho, Ed.) Obtenido de http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/3511/T_DD_3.pdf?sequence=1

SANCHIS, L. (s.f.). *Notas sobre la interpretación constitucional*. España: Bosch.

SANTIAGO, A. (2008), Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo. *Díkaion*, 131-155.

SHARPE, L.J. & NEWTON, K. (1984): *Does Politics Matter? The Determinants of Public Policy*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

STORDEUR, E. (14 de 01 de 2017). *La Eficiencia de Pareto y las Teorías*

Deontológicas: Una Respuesta Libertaria a Kaplow & Shavell. Obtenido de

https://www.ucema.edu.ar/conferencias/download/Pareto_y_Teorias_Deontologicas.pdf

UPRIMNY, R. (1997). *Justicia y sistema político*. Bogotá: Iepri - Fescol.

VARGAS, Clara Inés (2011) *La función creadora del Tribunal Constitucional*. Derecho Penal y Criminología. Vol. 32, núm, 92. Universidad Externado de Colombia. 13-33.

Normativas

Constitución Política de Colombia de 1886

Constitución Política de Colombia de 1991

Congreso de la República. (1993). *Ley 1421*. Bogotá: Secretaría del Senado.

Congreso de la República. (2013). *Ley 1618*. Bogotá: Secretaría del Senado.

Poder Público - Rama Legislativa. (2002). *Ley 769* . Bogotá: Secretaría del Senado.

Presidente de la República de Colombia. (1991). *Decreto 2591*. Bogotá: Secretaría del Senado.

Presidencia de la República de Colombia. (2003). Decreto 1660. Bogotá: Diario Oficial No. 45.222.

Radicado No. 1740, 1740 (Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil 18 de 05 de 2006).

Ley 1620 de 2013

Decreto Nacional 4807 de 2011

Jurisprudenciales

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-508 de 2010.

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-595 de 2002.

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-604 de 1992.

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-123 de 1995.

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-192 de 2014.

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-708 de 2015.

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-269 de 2016.

Corte Constitucional, Acción de Tutela T-029 de 2018.

Corte Constitucional, Auto 382 de 2010. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia C-600 A de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C- 713 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-311 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre

Corte Constitucional, Sentencia T-775 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Sentencia T464/2012, T464-12 (Corte Constitucional 21 de 06 de 2012).