LA DESCONFIANZA EN EL DERECHO: ¿SER OBEDIENTE FRENTE A UN MAR DE INCOHERENCIAS?

DANIELA PÁEZ

BETSY PERAFÁN

RENATA AMAYA

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 28

Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7778

La desconfianza en el derecho: ¿Ser obediente frente a un mar de incoherencias?

Daniela Páez¹
Betsy Perafán²
Renata Amaya³

RESUMEN

El presente artículo pretende sustentar cómo la falta de continuidad en las políticas públicas ha afectado la aplicación del principio de confianza legítima, el cual suele considerarse suficiente para resolver, mediante la reubicación, la tensión entre la protección del espacio público y el derecho al trabajo de los vendedores estacionarios informales. En este sentido, se hace un llamado de atención tanto al Estado (legisladores, gobiernos locales y jueces) como a los ciudadanos en general para que se dé un esfuerzo conjunto en la comprensión del principio (y de su alcance), y en darle un uso que realmente solucione el conflicto entre derechos, en vez de buscar beneficios particulares (en ocasiones de

ABSTRACT

The thesis of the present paper is to support that the lack of continuity on public policies has affected the legal application of the legitimate expectations principle, which often is considered such as the best tool in order to solve, through relocation, the tension between public space protection and the right to work entitled to the peddlers and itinerant vendors. Because of that, on the following text there is a call for reflection directed to the state (legislators, local governors and judges) and to the citizens, in order to rethink the meaning of the above mentioned principle and its scope as well as in establishing the right way of applying it; a right way to the tension among rights, instead of looking

-
- 1 Daniela Páez es abogada Suma Cum Laude de la Universidad de los Andes. Especialista en Estudios Económicos, Sociales y Políticos de la Universidad de Notre Dame. Está terminando la especialización en Tributación en la misma universidad. Actualmente trabaja en la firma de abogados Brigard & Urrutia. Correo-e: dpaez@bu.com.co.
 - 2 Betsy Perafán es abogada de la Universidad de los Andes y licenciada en matemáticas de la Universidad Distrital. Tiene una maestría en Educación de la Universidad de los Andes y labora como docente de planta y coordinadora del Programa Sócrates de la Facultad de Derecho de esta universidad. Correo-e: bperafan@uniandes.edu.co.
 - 3 Renata Amaya es abogada y antropóloga de la Universidad de los Andes. MA in Political and Social Sciences (mayor in Liberal Studies) en New School for Social Research. Labora como docente de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y es coordinadora de Investigaciones Dirigidas y del Programa Sócrates de la misma institución. Está iniciando el doctorado en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales en la Universidad Nacional de Colombia. Correo-e: ramaya@uniandes.edu.co.

mala fe) a partir de la incertidumbre que genera la disparidad en las medidas.

PALABRAS CLAVE: Buena fe, principio de confianza legítima, espacio público, derecho al trabajo, políticas públicas, vendedores estacionarios informales.

forward particular benefits (even abusing of the good faith principle), from the uncertainty that generates disparity of public policies.

KEYWORDS: Good faith, legitimate expectations principle, public space, right to work, public policies, street peddlers vendors.

SUMARIO

Introducción - I. LA CONFUSIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA ENTENDER Y APLICAR EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA - A. *El debate conceptual que genera el principio* - B. *Razón de ser del principio en el ámbito de la recuperación del espacio público* - C. *Incoherencias en la interpretación y aplicación del principio de confianza legítima por parte de la Rama Judicial* - D. *Incoherencias en la interpretación y aplicación del principio de confianza legítima por parte de la Rama Ejecutiva* - 1. Administraciones Mockus-Peñalosa-Mockus - 2. Administración Garzón - 3. Administración Moreno - II. CONSECUENCIAS DE LAS DIFICULTADES EN LA COMPRENSIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA - III. CONCLUSIONES - Bibliografía.

Introducción

En la edición anterior de la *Revista de Derecho Público*, dos de las autoras del presente texto escribimos un artículo con Laura Llinás en defensa de la aplicación del principio de confianza legítima en Colombia, y más concretamente en el caso de los Ropavejeros de la Plaza España (Amaya y otros, 2011): un numeroso grupo de vendedores estacionarios informales que, con la ayuda del Estado y de la sociedad civil, fueron reubicados en un centro comercial (frente a su antiguo lugar de trabajo)⁴. Ahora, junto con Daniela Páez, presentamos este ensayo que muestra “la otra cara”, menos optimista, de la aplicación del mencionado principio.

En este trabajo vamos a sustentar cómo la falta de continuidad de las políticas públicas en materia de protección del espacio público ha llevado a la confusión por parte de los vendedores estacionarios informales acerca de lo que deben o no hacer en términos jurídicos. Esta situación podría justificar su *desobediencia* (es decir, la violación de las normas creadas para proteger el espacio público y las que les exigen reubicarse), al no encontrarse las bases para que opere el principio de confianza legítima: no hay claridad sobre la “falsa expectativa” generada en el administrado ni sobre cómo la reubicación logra conciliar –de manera definitiva– los dos derechos en conflicto (al trabajo y al espacio público)⁵.

4 Aunque el presente artículo es la continuación del anterior, no es necesaria su lectura previa por cuanto los temas abordados fueron discutidos de manera simultánea por el equipo investigador.

5 Dado el poco espacio, en este artículo no se pretende discutir el tema de la desobediencia civil; este punto será presentado en un ensayo posterior.

En un primer apartado, evidenciaremos las incoherencias de las ramas Judicial y Ejecutiva alrededor del debate (¿qué debe primar entre la protección del espacio público y el derecho al trabajo de los vendedores informales estacionarios?). En la segunda parte analizaremos las posibles consecuencias de esas discordancias, especialmente las que dificultan la aplicación del principio de confianza legítima. Finalmente, planteamos unas reflexiones para continuar la discusión, dejando algunas ideas con la intención de que a partir de ellas se avance en la búsqueda de un acuerdo sobre la mejor manera de comprender y usar dicho principio.

I. LA CONFUSIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA ENTENDER Y APLICAR EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima no parece estar claro en el derecho colombiano y, por lo tanto, en lugar de ser una garantía para los gobernados puede resultar un obstáculo. Para sustentar esta idea, en primer lugar se expondrá de manera general la presencia de este principio en nuestro ámbito jurídico; en segundo lugar, se planteará la *razón de ser* del uso del principio en la recuperación del espacio público; luego se analizará el desarrollo que la Corte Constitucional ha hecho de este principio al considerar su aplicación para resolver el conflicto entre espacio público y derecho al trabajo; y, finalmente, se mostrarán las incoherencias en las políticas públicas.

A. El debate conceptual que genera el principio

El artículo 83 de la Constitución Política colombiana consagra el principio de la buena fe. De allí se infiere el principio de confianza legítima, el cual se aplica cuando se quiere proteger “situaciones que se encuentran a mitad de camino entre los derechos adquiridos y las meras expectativas” (De Vivero, 2004: 123). En este orden de ideas, la confianza legítima tiene como principal objetivo “amparar situaciones a partir de las cuales jamás se podría consolidar un derecho porque pueden llegar incluso a calificarse como ilegales pero que merecen protección del Estado en razón a la actuación de buena fe de quien se encuentra en esta situación así como a los signos externos de parte del Estado que le han permitido pensar que su situación se encuentra cubierta por la ley” (De Vivero, 2004: 124).

La Corte Constitucional ha señalado que este principio busca proteger al administrado que cuenta de manera cierta con condiciones favorables⁶ en una situación determinada, de los cambios efectuados por las autoridades y que eliminan esas condiciones. Esto debido a que las expectativas que tienen los gobernados en lo que concierne a la estabilidad de las actuaciones de las autoridades deben ser protegidas y respetadas (Corte Constitucional, Sentencia SU-360 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Ahora

bien, esta protección se predica del individuo como tal, no obstante, en Colombia, las múltiples tutelas que se han resuelto a favor de los vendedores ambulantes permiten inferir que la confianza legítima se despliega, hoy en día, a favor de un grupo de vendedores ambulantes, reforzando así el sentimiento de pertenencia de estos a un grupo determinado con identidad propia.

Como lo ha señalado la doctrina, dentro de la cual encontramos a De Vivero, la aplicación del principio de confianza legítima a favor de los administrados iría contra el principio de legalidad al proteger situaciones no amparadas por la ley; pero no aplicarlo iría contra el principio de seguridad jurídica, al desproteger al particular que de buena fe tenía la creencia de estar amparado por una norma o respaldado por un derecho.

Como consecuencia del conflicto entre estos preceptos, la aplicación del principio de confianza legítima en Colombia ha generado controversias. Sus defensores ponen de relieve la imperante tarea de garantizar la seguridad jurídica y la justicia material, derivadas del Estado social de derecho. Sus opositores, por su parte, hacen alusión al deber de garantizar la legalidad por ser esta un principio igualmente importante en el Estado social de derecho, ya que le impone la necesidad de sujetarse a la ley legítimamente establecida con arreglo al texto y a la praxis constitucional⁷. ¿Cómo resolver la tensión?

6 Por condiciones favorables podemos entender: derechos adquiridos en el caso de aquellos vendedores que tengan permisos y licencias expedidos por la administración o al menos expectativas legítimas cuando los vendedores ambulantes han ejercido su actividad por un tiempo prolongado y la administración no ha reaccionado en contra de esta situación.

7 No está de más señalar que para autores como García-Pelayo (1975), el Estado social de derecho debe renunciar a una defensa a ultranza del principio de legalidad. Así, este principio debe ser ponderado junto a otros igual de importantes a él, como lo es la justicia material, por ejemplo.

B. Razón de ser del principio en el ámbito de la recuperación del espacio público

Los artículos 1° y 63 de la Constitución Política colombiana dejan entrever la importancia que tiene el interés general: la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual. Así las cosas, todo pareciera indicar que las contradicciones que surjan entre los intereses particulares de los individuos y los intereses generales de la sociedad, deben resolverse a favor de los segundos.

Por lo anterior, la protección del espacio público –deber del Estado y de los ciudadanos– prima sobre los intereses particulares de sus “invasores”: los vendedores informales. Ahora bien, cuando éstos han ocupado el espacio público de buena fe, durante largos períodos de tiempo y bajo la tolerancia de la administración (como es el caso de los Ropavejeros de la Plaza España), la adopción repentina de decisiones policivas encaminadas al desalojo pone en riesgo sus derechos fundamentales. Por consiguiente, bajo las circunstancias mencionadas, el principio de confianza legítima debe aplicarse, convirtiéndose entonces en un mecanismo de protección para estos vendedores.

La Corte Constitucional, en aplicación del principio, ha dicho que dentro de las políticas de recuperación del espacio público se deben adelantar medidas complementarias de reubicación de los vendedores informales. Pero ¿la reubicación es una aplicación adecuada del principio de confianza legítima?

C. Incoherencias en la interpretación y aplicación del principio de confianza legítima por parte de la Rama Judicial

Colombia, en tanto que Estado social de derecho, no puede concebir una política de recuperación del espacio público sin que se tengan en cuenta las circunstancias particulares de los vendedores informales. Así lo declara la sentencia SU-360/99 en la que la Corte Constitucional obliga a la administración a estudiar la situación⁸ de estos trabajadores, que protegidos bajo la esfera de la confianza legítima, no pueden ser desalojados arbitrariamente.

Ahora bien, ¿cómo entender el principio de confianza legítima en este caso específico? Con anterioridad se dijo que la confianza legítima opera cuando el vendedor ha ocupado de manera prolongada y de buena fe el espacio público y la administración ha sido tolerante al respecto. No obstante, lo anterior no es suficiente. ¿Qué entender por “tolerante”? Dar una respuesta a esta pregunta a partir de la jurisprudencia constitucional resulta problemático. Esto debido a que no es del todo claro si la tolerancia debe ser expresa o tácita, lo que dificulta así la aplicabilidad del principio. Para ilustrar la anterior afirmación elaboramos la siguiente línea jurisprudencial:

8 En esta sentencia, para la Corte, “estudiar la situación” significa analizar el caso en concreto de cada vendedor ambulante. La Corte insiste sobre todo en un criterio en específico: la longevidad. Es decir, antes de desalojar se debe mirar cuánto tiempo lleva el vendedor ambulante en determinado lugar ejerciendo el comercio informal. En esta y otras sentencias también podemos ver que la Corte, siguiendo el mandato constitucional, pide a la administración que tenga en cuenta la edad del vendedor y sus necesidades, sobre todo cuando se está frente a mayores de edad y madres cabeza de familia.

¿Basta con el permiso tácito ¹ que las autoridades locales conceden a los vendedores ambulantes para que éstos puedan alegar la protección de sus derechos fundamentales en aplicación del principio de la confianza legítima?			
NO (Hacen falta permisos, autorizaciones, actas, acuerdos expedidos por la autoridad local)	Δ T-225/92 Δ T-091/94 Δ T-578/94 Δ T-160/96 Δ T-438/96 Δ T-550/98 Δ T-778/98 Δ T-883/02	Δ T-396/97 Δ SU-360/99 Δ T-772/03 Δ T-729/06	SÍ

Como puede deducirse de la línea jurisprudencial anterior, el concepto de “permiso” ha variado de connotación, haciéndose, en los últimos años, mucho más amplio. En efecto, en principio, la confianza legítima sólo era aplicable cuando la administración confería licencias, permisos o aprobaciones expresas al administrado. Sin embargo, sentencias como la T-772/03 enuncian que la autorización por parte de las autoridades puede ser “expresa **o tácita**”, creando así confusión en los ciudadanos. Esta incoherencia ha sido puesta de manifiesto por parte de Amaya Lamir quién ha expresado su preocupación de la siguiente manera:

En la jurisprudencia anterior se le había exigido a los vendedores probar su amparo por medio de carné, permiso o acuerdo y la inexistencia de alguno de estos fundamentos fue suficiente para negar el derecho, ¿Qué deberían pensar

hoy esos vendedores a quienes no se les tuteló su derecho al trabajo? ¿Su derecho era menos que el del actor de la sentencia T-772 de 2003? (Amaya, 2004:67).

Otro ejemplo de esta ambigüedad lo encontramos en la sentencia SU-360/99, que reiterando pronunciamientos anteriores se refiere a la necesidad de tener permisos expresos por parte de la administración: “las providencias T-160 de 1996, T-550 de 1998 y T-778 de 1998 negaron la tutela de los solicitantes, como quiera que se probó que no existían permisos o licencias que autorizaran el uso del espacio público”. No obstante, más adelante, la misma sentencia afirma: “los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de Confianza Legítima, si demuestran que las actuaciones **u omisiones** de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta

era jurídicamente aceptada” [negritas por fuera del texto original].

Es así como la teoría del principio de confianza legítima, en vez de ser una protección o garantía para el que la alega, termina “por arrojar inseguridad jurídica”, como lo comenta De Vivero (2004). Existe una ambigüedad manifiesta en las sentencias constitucionales.

Al interior de la Rama Judicial esta no es la única incoherencia que se presenta. De hecho, las divergencias entre los diferentes jueces de instancia hacen difícil la protección de los derechos de los vendedores informales. La Corte Constitucional, en desarrollo de su jurisprudencia, ha tratado de consolidar una doctrina del precedente. Así las cosas, esta corporación ha dicho que el juez de menor jerarquía tiene el deber de seguir *prima facie* el precedente decantado por el juez superior debido al sistema jerárquico y el carácter de República unitaria característico del país. Por ello, toda vez que los jueces inferiores decidan apartarse de la jurisprudencia decantada por los jueces superiores deben: (i) exponer los argumentos que justifican el haberse apartado del precedente de manera “suficiente y razonable”⁹ y (ii) citar las sentencias anteriores relevantes para efectos de la solución del caso en cuestión (Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Ahora bien, a pesar de las exigencias por parte de la Corte Constitucional, se ha constatado que los jueces de instancia son “renuentes a su obediencia” (López, 2006: 245). Tal desobediencia se ve reflejada en las sentencias de tutela objeto de nuestro estudio. En efecto, de doce tutelas que fueron revisadas por la Corte más de la mitad (siete) fueron revocadas por esta misma corporación debido a que no tutelaban los derechos fundamentales de los accionantes y en esa medida se apartaban del precedente sentado por ella¹⁰. La renuencia de los jueces de instancia produce, por consiguiente, una incertidumbre que incrementa la inseguridad jurídica e impide la garantía de la confianza legítima. Además de ello, al no seguir el precedente constitucional, los jueces de instancia vulneran el derecho a la igualdad de los peticionarios –que desgraciadamente no podrán acceder todos ellos a la Corte Constitucional– (art. 33. Decreto 2591/91).

D. Incoherencias en la interpretación y aplicación del principio de confianza legítima por parte de la Rama Ejecutiva

Para tratar las incoherencias provenientes de la Rama Ejecutiva limitaremos el campo de estudio. Es decir, para este acápite, analizaremos el caso de Bogotá desde la primera alcaldía de Antanas Mockus (año 1995) hasta el gobierno de Luis Eduardo Garzón (que finalizó en el año 2007), y mencionaremos brevemente la administración de Samuel Moreno¹¹. Encontraremos

9 Entiéndase por “suficiente y razonable” hacer explícito: (i) el cambio de la situación social, económica y/o política; (ii) la contradicción con valores, objetivos, principios y derechos constitucionales; (iii) el cambio constitucional o legal, o (iv) la falta de unidad en la jurisprudencia haciendo alusión al principio de pluralidad del precedente.

10 Sentencias de color verde en la línea jurisprudencial.

11 Elegido para el periodo 2008-2011, su administración se caracterizó por los escándalos de corrupción, detectados con el retraso en varias obras de infraestructura vial; esto llevó a que fuera expulsado de su propio partido político, y posteriormente a la suspensión del cargo

una falta de continuidad en las políticas públicas sobre protección del espacio público. En este sentido, Michael G. Donovan afirma que:

“A pesar de que hay muchos programas de rescate del espacio público, éstos no son muy efectivos. [...]. Ya que los problemas asociados a la venta callejera y al espacio público permanecen como un componente ineludible de la topografía política de la gestión de la ciudad, es necesario formar políticas coherentes de largo plazo que sean administradas con mayor estabilidad institucional” (Donovan, 2004:114).

Más adelante, en el mismo texto, Donovan cita a Luz Ángela Mondragón, exsubdirectora de Infraestructura y Espacio Público de Planeación Distrital, quien coincide con este punto de vista: “Este país siempre hace cosas, pero nadie se preocupa por quién las va a mantener” (Donovan, 2004: 138).

1. Administraciones Mockus-Peñalosa-Mockus

Entre 1988 y 2008, la Alcaldía de Bogotá tomó conciencia y se preocupó por la recuperación del espacio público en la ciudad. Esto, quizás, debido al cambio constitucional por el cual los alcaldes son elegidos popularmente y no nombrados por el Presidente, como se hacía con anterioridad. Antes de 1988, en lugar de recuperar el espacio público, se manejaba con los

vendedores ambulantes una política de expedición de licencias que “se utilizó más como un medio de enriquecimiento personal [de los funcionarios públicos] que como una forma de garantizarle a la ciudadanía el disfrute (sic) del espacio público” (Donovan, 2004: 118). A partir de la primera elección del doctor Antanas Mockus como Alcalde Mayor de Bogotá, se empezaron a ver grandes cambios en lo que concierne al tema del espacio público.

Durante su primera administración (1995-1997), Mockus resaltó la importancia de las políticas encaminadas a la recuperación y mantenimiento del espacio público. Preocupado por buscar los recursos antes de empezar las obras, logró una mejora en la calidad de vida en cuanto a la infraestructura pública –parques, plazas, andenes– (Redesma, 2008). Conscientes de ese aspecto, entre otros, los ciudadanos eligieron al siguiente alcalde, quien prometió dar prioridad al tema del espacio público en Bogotá.

Durante su mandato, el alcalde Enrique Peñalosa (1998-2000) implementó ávidas políticas para la recuperación y creación del espacio público. Su programa de gobierno: “Por la Bogotá que queremos”, según consta en el Acuerdo 6 de 1998 por el cual se adopta dicho Plan, contempló como una de sus estrategias una Ciudad a escala humana, posible a través del programa Recuperación, mejoramiento y ampliación del espacio público, a través del cual:

“Se trata de ampliar y recuperar para el peatón el espacio público invadido por múltiples actividades particulares, y privatizado de facto, principalmente para su uso como establecimiento

en mayo de 2011 por parte del procurador general. Las particulares circunstancias de esta administración ameritan un análisis profundo pero innecesario para los objetivos del presente artículo. De hecho, lo ya mencionado sirve como sustento de la falta de continuidad de las políticas públicas (teniendo en cuenta que Luis Eduardo Garzón también era miembro del Polo Democrático cuando gobernó Bogotá). El actual alcalde (2012-2015), Gustavo Petro, apenas está iniciando su mandato, por lo que se cuenta con muy poca información.

para vehículos; (...) También se enfrentará la ocupación de los andenes por casetas y vendedores informales, atendiendo a la vez, un problema social mediante el apoyo para su formalización de manera que puedan acceder a condiciones de trabajo más dignas. Este proceso se adelantará a través de la identificación de espacios en la ciudad que sirvan para la ubicación de estos vendedores, en zonas estratégicas que les permita adelantar sus negocios, mediante la adquisición, promoción y desarrollo de proyectos comerciales formales”.

La administración Peñalosa se caracterizó por una sacralización del espacio público, lo que generó fuertes enfrentamientos entre los vendedores ambulantes y la administración local. Obligada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Alcaldía creó un plan en el que supuestamente debían ser reubicados 20 mil vendedores informales involucrados. Sin embargo, muchos desalojos se produjeron sin que aquellas alternativas se hicieran realidad (Amaya, 2004). Se hizo, por tanto, evidente la ruptura entre las ramas Ejecutiva y Judicial, agravando la situación de los vendedores informales, quienes debieron acogerse a las decisiones del alcalde a pesar de ir en contra de las órdenes impartidas por la Corte. El alcalde expresó su inconformidad con relación a las decisiones de la alta corporación argumentando que “ésta no entiende que sin una política de recuperación del espacio público no hay orden, no hay seguridad, los vendedores informales obstaculizan la posibilidad de garantizar una ciudad más armónica y segura”¹².

La segunda administración de Antanas Mockus (2001-2003), consecutiva a la de Enrique Peñalosa, continuó con las políticas de recuperación del espacio público con programas como “Una Bogotá bella, construida y natural”. No obstante, se corrigieron ciertos defectos, por ejemplo, expidiendo un nuevo Código de Policía (Acuerdo 79 del 2003) y el Decreto 462 de 2003 en el que se determinó cuál era el debido proceso aplicable en los procedimientos de desalojo y se impartió la obligación para la administración de contemplar medidas de reubicación y/u ofrecimiento de nuevas alternativas de trabajo a los vendedores informales (artículos 65-70; artículos 156, 176; artículos 225-229 del Código de Policía de Bogotá). Aunque se subsanaron algunas imperfecciones durante este mandato y se cumplieron en mayor medida las órdenes de la Corte Constitucional, esto siguió siendo insuficiente. A propósito, la normatividad expedida para satisfacer las demandas de la Corte sugiere la tesis de la mera eficacia simbólica. Más precisamente, en este contexto nos podríamos referir a la “eficacia convencional” que García Villegas (1993) define como “normas expedidas sin que de ellas se desprenda ninguna aplicación [...] expedidas con la intención de responder a las demandas de un auditorio que solicita la actuación del Estado”.

2. Administración Garzón

Con la llegada de Luis Eduardo Garzón (2004-2007) a la Alcaldía, los ciudadanos presenciaron un rompimiento con las políticas públicas

12 Esta afirmación fue planteada por Enrique Peñalosa en una entrevista concedida al grupo de investigación el 15 de abril de 2008.

anteriores. Tal fractura puede ejemplificarse con el caso de los Ropavejeros de la Plaza España. Uno de estos vendedores ambulantes afirmó que la administración de Luis Eduardo Garzón:

“(...) se desentiende del proyecto como tal y comienzan estas personas a luchar y afortunadamente con un respaldo jurídico y unos contratos fiduciarios, y una fiduciaria que tenía que cumplir, y que comienzan a jalar y a ejecutar al contratista de la obra y al interventor de la obra; pero la Administración comienza a darle largas al tema y no actúa (...)”¹³.

Si bien en el momento en que se expide el decreto sólo habían transcurrido tres meses de su mandato, hoy se puede afirmar que la administración de Garzón marginó a un segundo plano la recuperación del espacio público. En realidad, tal objetivo no hizo parte de los puntos prioritarios en la agenda de este alcalde. Sus políticas en materia de espacio público estuvieron en un “punto medio”: no buscaban desocupar el espacio público, sino más bien garantizar el uso adecuado. Tal posición se vio reflejada en la entrevista que concedió a la revista *Semana*, en 2006, en la cual dijo: “nunca promovimos el desorden, sino el orden del peatón, estética, trabajo, ley. Es que se había ido al otro extremo: un espacio público vacío donde ni los moscos pican ni los perros ladran”¹⁴.

El 12 de abril de 2004, en su calidad de Alcalde Mayor expidió el Decreto 98 de 2004, “por el cual

se dictan disposiciones en relación con la preservación del espacio público y su armonización con los derechos de los vendedores informales que lo ocupan”, y que modificó en gran medida el procedimiento estipulado en el Decreto 462 de 2003 ya que es mucho más detallado. Destacamos (por los propósitos del presente artículo) el cambio constante de normatividad que no da tiempo para que los ciudadanos y las autoridades se adapten a unas y otras normas. La recuperación del espacio público, durante esta alcaldía, si bien es obligatoria, se torna más difícil y más lenta; inclusive, espacios que habían sido desalojados y desocupados durante las administraciones anteriores son ocupados nuevamente, generando confusión en la ciudadanía, sobre todo en los vendedores ambulantes. Los nuevos vendedores informales invadieron el espacio público de una manera que no podía ampararse en los principios de buena fe y confianza legítima; había ocurrido un cambio claro en las políticas públicas y no era posible alegar desconocimiento del deber de respetar el espacio público o de apelar a la teoría de los actos propios por parte de la administración (ahora era claro su objetivo frente a la protección del espacio público).

El investigador y periodista Óscar Sevillano escribió lo siguiente en un reportaje para revista *Semana* del 26 de septiembre de 2007:

“Hoy día el 63 por ciento de los bogotanos considera que el nivel de invasión al espacio público es provocado por los automóviles, y el 56 por ciento cree que por las ventas ambulantes,

13 Esta afirmación corresponde a Aristóbulo Cortés, en una entrevista concedida a Laura Llinás. Ver: LLINÁS Laura (2007: 22).

14 Disponible en http://www.semana.com/wf_imprimirArticulo.aspx?IdArt=74320, consultado el 12 de abril de 2012

lo que hace entender que la recuperación del espacio público es otro lunar de la Alcaldía de Luis Eduardo Garzón, pues los andenes de la ciudad volvieron a ser invadidos por los vendedores ambulantes y el vehículo particular. Actualmente se han vuelto a ocupar los andenes de las zonas comerciales de las localidades de Suba, Kennedy y Chapinero, los alrededores de los parques Simón Bolívar y Salitre Mágico.

El concejal Carlos Baena considera que la solución no fue la más eficaz, pues la gente, al no vender, vuelve a los andenes, pero sí hubo voluntad política del alcalde por tratar de dar una solución o asumir el tema con una perspectiva diferente a la de los ex alcaldes Peñalosa y Mockus”.

La alcaldía de Garzón ilustra, por tanto, de la forma más clara, las consecuencias de la falta de continuidad en las políticas públicas por parte de los alcaldes de turno. Así es difícil para el ciudadano entender lo que acontece y predecir las medidas que se tomarán posteriormente, por lo que la incertidumbre se incrementa.

3. Administración Moreno

En el 2008 Samuel Moreno Rojas asumió la Alcaldía de Bogotá. Se esperaba que por ser miembro del Polo Democrático Alternativo, continuaría con las mismas políticas, medidas y programas que su antecesor (y copartidario) había adelantado y promulgado. En efecto, así lo consignó en el plan de gobierno “Bogotá positiva: para vivir mejor” al afirmar que “[l]a administración distrital reconoce el camino recorrido y avanzará en la implementación de acciones

que le den continuidad y enriquezcan las políticas, objetivos, metas e instrumentos de planeación territorial, sectorial y del gasto hasta ahora realizados”.

Uno de los puntos principales de su programa de Gobierno fue la defensa de lo público: “El Distrito Capital se fortalecerá como espacio ciudadano de defensa del interés colectivo”. De este modo, en el Acuerdo 308 de junio del 2008 “Por el cual se adopta el plan de desarrollo económico, social y de obras públicas para Bogotá, D. C., 2008 – 2012, el Concejo de Bogotá, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las que le confiere la Constitución Política de Colombia en los artículos 339 a 344, estableció “el derecho a la ciudad” en la que encuentra cabida la defensa del espacio público. No obstante, en dicho Acuerdo no se tocó de manera específica el tema de la recuperación del espacio público ocupado por vendedores informales. En todo caso, la controvertida administración de Moreno se constituyó en una muestra más de la falta de continuidad en las políticas públicas y, sobre todo, de la puesta en marcha de las mismas.

II. CONSECUENCIAS DE LAS DIFICULTADES EN LA COMPRENSIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

La ruptura en la continuidad de las políticas por los alcaldes de turno y el constante enfrentamiento que algunos de ellos mantienen con la

Corte Constitucional confunden al ciudadano y lo dejan inmerso en una incertidumbre jurídica en la que no es del todo claro cómo es que se debe actuar. Ahora bien, esta no es la única fuente de incertidumbre para el ciudadano. A continuación explicaremos la teoría *down-up*, de la que se habla a la hora de implementar políticas públicas en las que se evidencia una ruptura clara entre superiores y subalternos al interior de la administración. Una vez explicada, veremos cómo esta se aplica para el caso de los vendedores informales.

La ejecución de una política pública corresponde a una etapa en la que, a partir de un marco normativo de intenciones, textos o discursos, nacen efectos y acciones (Meny, 1992: 158). Durante mucho tiempo el estudio de la implementación se ha hecho a partir de un enfoque denominado *top-down* en el que: (i) se da importancia al sistema jerárquico de la administración, (ii) se distingue de manera clara el universo político del administrativo en el que éste último no representa ningún desafío en particular, y (iii) se sacraliza el principio de eficiencia, es decir, la maximización de los recursos y de los resultados (Meny, 1992: 159). En los últimos años, dicha teoría ha sido fuertemente criticada debido a que, según Meny, se “minimiza el significado de la implementación en el trabajo político” y no se reconoce la factible discrecionalidad y libertad de tipo político de las autoridades encargadas de ejecutar las políticas, como si la ejecución fuera una tarea puramente mecánica. Por todo lo anterior, sale a la luz una nueva teoría, denominada *down-up*, que da importancia a las relaciones entre los actores que participan en el

área de las políticas y en el área de los problemas, y tiene en cuenta “las limitaciones de la jerarquía formal en esas condiciones” (Parsons, 2007: 507). En otras palabras, esta teoría busca evidenciar que lo que acontece en la base de la pirámide es mucho más complejo que lo que acontece en la cumbre, ya que hay una inmensa autonomía de acción en los ejecutores acrecentando así las dificultades de implementación:

- La fuente de la política y el nivel de autoridad en donde se ha concebido el contenido, se encuentran alejados de los ejecutores;
- A la política que se va a ejecutar le falta claridad y precisión en la formulación de los programas concretos destinados a alcanzar los objetivos deseados, sea por su carácter demasiado sucinto o abstracto, sea por las complicaciones que pesan sobre ella;
- La política desencadena reacciones hostiles en la opinión pública o veleidades de captación en intereses particulares, frente a los cuales los ejecutores se encuentran desarmados;
- A los ejecutores no se les ofrecen estímulos positivos para el éxito. (Meny, 1992: 163).

En el capítulo VI de la obra de Meny, éste hace alusión a las políticas del transporte de mercancías por carretera en Francia y muestra cómo los auxiliares de tránsito no siguen, al pie de la letra, las prescripciones de ejecución.

Similares conductas parecieran llevarse a cabo en la situación bajo estudio, es decir, en el caso

de desalojo de los vendedores estacionarios informales por parte de las autoridades policiales (encargadas de ejecutar las políticas de desalojo). Un ejemplo claro está en la sentencia T-772 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda, en la que se evidencia que los policías encargados de desalojar a los vendedores informales se distancian de lo prescrito en el Código de Policía, vulnerando, de este modo, los derechos –sobre todo el derecho al debido proceso– del peticionario.

Muchos otros casos de tutela parecieran exponer la misma situación: véase concretamente la sentencia SU-360 de 1999 en la que la Corte insiste en que el desalojo del espacio público está permitido constitucionalmente, siempre y cuando: exista un proceso judicial o policivo que lo autorice, se cumplan las reglas del debido proceso previo al desalojo, y se dispongan políticas que garanticen que los *“ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado Social de Derecho”*. Lo mismo podría deducirse de las sentencias de tutela T-438/96 y T-729/06. Nótese el tiempo que transcurre entre una y otra sentencia; no obstante la situación sigue siendo la misma.

III. CONCLUSIONES

Se ha expuesto en el presente ensayo una serie de incoherencias provenientes de los poderes públicos y que obligan al ciudadano a enfrentar la incertidumbre resultante de: (i) las contradicciones que se presentan en las sentencias de la Corte Constitucional, (ii) el desacato al

precedente de la Corte por parte de los jueces de instancia; (iii) la discontinuidad de las políticas públicas; (iv) el enfrentamiento existente entre la administración y los jueces constitucionales; (v) el cambio constante de normatividad; (vi) la confrontación entre la formulación y la ejecución de una determinada política pública.

En este orden de ideas, las redes de confianza que deberían existir entre el Estado y los gobernados se reducen a una quimera. En otras palabras, estas incoherencias: a) no permiten que las personas sientan tranquilidad y puedan hacer valer sus derechos, b) abren una gran brecha entre administrados y poderes públicos lo cual hace difícil el respeto de los deberes ciudadanos, y c) hacen difícil el conocimiento del deber en sí mismo.

Ante ese panorama, el principio de confianza legítima resulta no sólo insuficiente sino, incluso, contraproducente. En primer lugar, algunos ciudadanos se amparan en dicho principio para aparentar su buena fe y exigir protección del Estado alegando el derecho al trabajo por creer que están actuando legalmente, cuando en realidad no tenían una “certeza” sino una duda. En segundo lugar, los jueces interpretan de manera distinta el alcance de dicho principio y generan el efecto contrario a lo que se buscaba con él: crean inseguridad jurídica. En tercer lugar, la Corte Constitucional tiende a ver en la reubicación de los vendedores informales que invaden el espacio público la solución a la tensión entre dos derechos enfrentados: derecho al espacio público y derecho al trabajo, en muchos casos sin estudiar a fondo el requisito de la buena fe

por parte del administrado. Así, el espacio público sigue desprotegido –y hasta se incentiva su ocupación– mientras para muchos, ante el desempleo parece una buena opción invadirlo para luego exigir a la administración ser ubicados en un centro comercial en el que se les asigne un local para la venta de los productos.

Por consiguiente, se hace necesario un esfuerzo conjunto (de la sociedad civil y de las distintas instituciones del Estado) para definir el alcance del principio de confianza legítima y buscar (o crear) herramientas adicionales para enfrentar la incertidumbre generada por el Estado y, en ocasiones, la deslealtad de los administrados.

Bibliografía

AMAYA Renata, LLINÁS Laura y PERAFÁN Betsy. (2011). La confianza en el Derecho. Herramientas jurídicas y éticas para enfrentar la disparidad de políticas públicas en el caso de los ropavejeros de la Plaza España. *Revista de Derecho Público* No. 27. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

AMAYA Juliana. (2004). *Políticas de recuperación del espacio público en Bogotá. Las administraciones Mockus y Garzón a la luz de la jurisprudencia constitucional*. Monografía. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

COLOMBIA. Corte Constitucional.

__Sentencia SU-360 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

__Sentencia T-617 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

__Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

__Sentencia T-772 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.

DE VIVERO Felipe. (2004). La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. *Revista de Derecho Público* No. 17. Bogotá: Ediciones Uniandes.

DONOVAN Michael G. (2004). La guerra por el espacio en Bogotá, la “recuperación” del espacio público y su impacto sobre los vendedores ambulantes (1988-2003). En *Territorios* No. 12. Bogotá: Cider, Universidad de los Andes.

GARCÍA-PELAYO Manuel. (1975). *El Estado social y sus implicaciones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA VILLEGAS Mauricio. (1993). *La eficacia simbólica del Derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

LLINÁS Laura. (2007). *El caso de los ropavejeros de la plaza España: los de adentro y los de afuera. Narrativa de un caso*. Monografía de grado (copia magnética). Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

MENY Yves y THOENING Jean-Claude. (1992). *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel.

LÓPEZ Diego. (2006). *El derecho de los jueces*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.

MORENO Samuel y CONCEJO de Bogotá. *Plan de Gobierno*. Consultado en <http://www.samuelalcalde.com/admin/files/proyecto.pdf>. Recuperado el 15 de mayo de 2009.

PÁEZ Daniela, PERAFÁN Betsy, AMAYA Renata. (2008). Entrevista al exalcalde de Bogotá Enrique Peñaloza. Bogotá: Grupo de investigación. Audio casete

RED DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y MEDIO AMBIENTE. (2008). ¿Quién es Antanas Mockus? En *Gestión local y cultura ciudadana*. Consultado en http://www.redesma.org/boletin/bol_2008/redesma_2/AntanasMockus.pdf. Recuperado el 20 de agosto de 2010.

PARSONS Wayne. (2007). *Políticas Públicas, una introducción a la teoría y prácticas de las políticas públicas*. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Editorial Miño y Dávila.