

Sentencia T-087/05

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA-Derechos individuales no se transforman en derechos colectivos al ser reclamados al mismo tiempo por varias personas

Un derecho individual no se convierte en colectivo por el sólo hecho de haber sido exigido simultáneamente con el de otras personas. Un derecho es individual o colectivo dependiendo, entre otros elementos, de quién sea su titular -una persona o una colectividad-, no de quién lo ejerza y mediante cuáles acciones judiciales lo haga. El derecho individual a recibir un determinado tratamiento no se convierte en colectivo por el hecho de ser reclamado al mismo tiempo por varias personas. De igual forma, un derecho colectivo no deja de ser tal, en razón a que sólo sea reclamado por una sola persona.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Cualquier persona puede exigir su cumplimiento

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA-Niños menores de 6 años son sujetos concretos determinables

DERECHOS PRESTACIONALES-Aplicación progresiva/DERECHOS PRESTACIONALES-Protección por acción de tutela

DERECHO A LA PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Garantía constitucional para el desarrollo libre, armónico e integral

MENOR DE EDAD-Protección constitucional/DERECHOS DEL NIÑO-Fundamento de la protección reforzada

LIBERTAD DE LOCOMOCION-Alcance

LIBERTAD DE LOCOMOCION-Transporte público/SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE-Niños y niñas mínimo de protección

La Constitución Política de Colombia carece de parámetro expreso respecto a cuál es el mínimo de protección a que tiene derecho todo menor para el ejercicio de su libertad de movimiento, en el contexto del servicio público de transporte terrestre, a diferencia de lo que

ocurre en materia de salud, tema en el que se pronuncia de forma específica en el artículo 50, en los siguientes términos: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

Por lo tanto, es deber del juez de tutela establecer si el legislador ha fijado algún parámetro en la materia, que establezca un mínimo de protección para las niñas y los niños en el ámbito de la libertad de movimiento.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE-Exigibilidad en el acceso a la prestación

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE-Mínimo de protección de la libertad de movimiento a todo niño y niña de brazos/SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE-Niños de brazos usuarios de Transmilenio exentos de pago/LIBERTAD DE MOVIMIENTO DE LOS NIÑOS

Los niños y las niñas representadas por el Procurador Delegado, tienen derecho a que se les proteja mediante acción de tutela, los mínimos de protección integral requeridos para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales, en este caso, en especial, la libertad de movimiento en el contexto urbano. Concretamente, considera la Corte que el mínimo de protección en este contexto consiste en permitir a los menores ‘de brazos’ ingresar sin pagar, teniendo en cuenta que su presencia, por decisión del legislador, no cuenta como un cupo que afecte la capacidad autorizada. Es importante para la Sala indicar que los derechos de los niños y las niñas solo fueron considerados y analizados en la presente sentencia en función del mínimo de protección en lo que a la libertad de movimiento en el contexto del servicio público urbano respecta, lo cual supone dos aclaraciones. Por una parte, cabe resaltar que se trata de un mínimo, no de un máximo. En ese sentido nada obsta para que el Estado avance en una política de protección a los menores, incluso cuando éstos ya son adolescentes, otorgándoles más y mayores beneficios, sin que ello implique el transporte gratuito a cualquier hora. La segunda aclaración, es que la Sala no entrará en esta oportunidad a estudiar los mínimos de protección a que podría tener derecho un niño o una niña en caso de estar en riesgo otros derechos fundamentales, como su seguridad, su vida o su integridad, inclusive si es mayor de dos años o adolescente.

Referencia: expediente T-964874

Magistrado Ponente

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil cinco (2005)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública contra la empresa Transmilenio S.A.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto de octubre 1° de 2004, por la Sala de Selección Número Diez y repartido a la Sala Tercera de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos, argumentos de la acción y solicitud

1.1. El Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública,¹ interpuso acción de tutela el 20 de mayo de 2004, en representación de los niños y niñas menores de seis años residentes en Bogotá, en contra de Transmilenio S.A. Considera que cobrar "(...) pasajes a los niños menores de seis años o de aquellos que por su edad y condición no ocupen puestos diferentes a los que correspondan a sus padres en el sistema de transporte masivo de la Capital (...) [viola] los derechos fundamentales de la población infantil de Bogotá y la especial protección de los derechos fundamentales de los niños, contenidos en el artículo 44 superior y entre otros la protección especial contra la 'explotación, ya sea laboral o económica' prevista en la Carta Política y todas aquellas normas internacionales que armonizan lo preceptuado por el Constituyente de 1991 y que amparan tales derechos como prevalentes." En consecuencia, solicita que se ordene a la empresa de transporte masivo, Transmilenio S.A., "(...) la cesación o suspensión del cobro de pasajes a la población infantil de Bogotá que utiliza el servicio de Transporte Masivo del Tercer Milenio y la forma inapropiada de imponer en su reglamento que todo niño paga."

1.2. Sostiene la acción de tutela,

“(…) existe una evidente explotación económica respecto del cobro de pasajes a los niños menores de 6 años y a los niños que no ocupan puesto adicional al de su padre, impuesto por la empresa Transmilenio S.A., puesto que la etimología de la palabra ‘explotación’ según el profesor del Instituto de Altos Estudios y de la Universidad Sorbona de París, Ramón García Pelayo y Gross, en su diccionario enciclopédico de la lengua castellana manifiesta que el significado de la ‘explotación es la acción de aprovechar o sacar provecho o beneficio de bienes, bosques, fábricas, comercio o negocio, también significa la acción de abusar; explotación del hombre por el hombre; o sacar provecho abusivo de alguien o de algo, explotar a una persona’.

(…)

La explotación infantil consiste en el hecho de que se cobra la tarifa de transporte a pesar de que los niños con edad inferior a 6 años, no ocupan un espacio diferente al de sus padres y que no generan costo alguno para la empresa Transmilenio ni para la Alcaldía de Bogotá.”²

El actor reprocha al manual de Transmilenio que ordene ‘todo niño paga’, sin que exista actualmente una disposición legal vigente que afecte de forma indiscriminada y en alto grado “a los niños, al núcleo familiar y a la seguridad jurídica”, dejando a los niños y las niñas en situación de debilidad. Resalta que el objetivo buscado por la entidad demandada es el lucro, “(…) la ganancia de un comercio o un negocio o sea, la utilidad y el aprovechamiento, enriquecimiento de unos a costa de otros (en este caso los niños que pagan pasaje sin existir disposición en la Ley 769 de 2002, que los obligue).”

La acción hace alusión a varias normas constitucionales y tratados internacionales;³ destaca el derecho a la igualdad, al cual se refiere en los siguientes términos,

“Los niños gozan de este derecho en una exaltación superior y recibirán la misma protección y trato de las autoridades en especial el Estado protegerá a aquellas personas que por su condición, ya sea física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan.

(…)

Para el caso demandado la Administración en cabeza de la Alcaldía Mayor de Bogotá, de quien en última instancia depende la prestación del servicio público del Transporte Masivo del Tercer Milenio Transmilenio S.A., ha permitido la extralimitación de la discrecionalidad y la autonomía de la empresa permitiendo disposiciones ilegales como la del punto 2 de las recomendaciones del Manual del Usuario.”

1.3. El accionante presenta las siguientes pretensiones: que ordene a Transmilenio (1) la “(...) cesación o suspensión del cobro de pasajes a la población infantil de Bogotá que utiliza el servicio del Transporte Masivo del Tercer Milenio y la forma inapropiada de imponer en su reglamento que todo niño paga”; “(...) el cese al pago de tiquetes de la población infantil menor de 6 años y por ende la violación de los derechos fundamentales de los niños contenida en el artículo 44 superior”; y (2) modificar el Manual del Usuario de Transmilenio S.A. “(...) en el sentido de permitir que todos los niños en edad inferior a 6 años, o de aquellos que podrían viajar junto a su padre ocupando el mismo puesto están exentos de cobro por la utilización del servicio.”

1.4. Anexo a la acción de tutela, el Procurador Delegado presentó como pruebas, un escrito del director de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte y un escrito de la Subgerente General de Transmilenio,

1.4.1. La respuesta que dio a un derecho de petición presentado por él, el Director de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte, Oscar David Gómez Pineda (2 de octubre de 2003). Dice el escrito,⁴

“Manifiesta usted la existencia de una disposición legal según la cual ‘todo niño mayor de 3 años paga y ocupa puesto’, expresando que en el Sistema de Transporte Masivo, Transmilenio se está violando esta disposición.

Al respecto considero importante expresarle que en materia de tránsito nacional, nos rige la Ley 769 de 2002, norma que en ninguno de sus artículos establece la edad en la cual los niños deban ocupar puesto y/o pagar pasaje. En esos términos, este Ministerio no conoce ninguna disposición como la que usted menciona y no podría dar instrucciones diferentes.

Ahora bien, la Ley en comento en el Parágrafo del artículo 82 establece que:

‘Parágrafo. Ningún vehículo podrá llevar un número de pasajeros superior a la capacidad señalada en la licencia de tránsito con excepción de los niños de brazos.’

Para el caso de los vehículos destinados al Servicio Público de Transporte Masivo, el Estado les ha otorgado una homologación autorizándoles una capacidad total de pasajeros calculada teniendo en cuenta que algunos viajarán sentados y otros de pie. Entonces, tanto los pasajeros que van sentados como los que van de pie, hacen parte de la capacidad autorizada y estarían ocupando un puesto dentro del vehículo. No afecta la capacidad autorizada los niños de brazos, que transportados en el regazo, ocupan el mismo puesto del adulto que los porta.”

Posteriormente, el escrito continúa aclarando que en el caso del transporte escolar, donde prácticamente todos los pasajeros son menores de edad, las normas sí exigen que cada uno de los niños, sin importar su edad, tenga un puesto.

1.4.2. En respuesta a un derecho de petición formulado por el accionante,⁵ la Subgerente General de Transmilenio, Angélica Castro Rodríguez, respondió,

“ 1) Efectivamente no existe una norma que establezca excepción con relación a la edad en la cual los niños deban pagar pasaje, en materia de transporte terrestre nacional. En este sentido, Transmilenio S.A. diseñó un Manual del Usuario en donde se establecen las características y normas que deben ser cumplidas por las personas que utilizan el Sistema, las cuales garantizan una mayor calidad del servicio. Es así como en su punto N° 2 Recomendaciones Generales, se dispone ‘Todo niño paga’, sin hacer diferencias o excepciones en la edad. Remito copia del Manual del Usuario.

2) Existe en los buses diseñados para transporte masivo de pasajeros, los cuales forman parte del Sistema Transmilenio, unas sillas azules que tienen una utilización específica. En el punto 4.6. del Manual del Usuario se establece: ‘Todas las sillas son prioritarias para personas con discapacidad, de tercera edad, embarazadas o personas que lleven niños de brazos. Las sillas azules son exclusivas para estos usuarios. Por favor respételas.’

Igualmente todos los vehículos Transmilenio tienen en su interior, una placa ubicada al lado de las sillas azules donde se informa sobre la exclusividad de uso de estas sillas. Con lo cual se cumple con el trato especial para niños de brazos.

Cualquier información adicional que sea necesaria con gusto le será suministrada.”

2. Alcaldía Mayor de Bogotá, DC

El Subdirector de Gestión Judicial de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, DC, participó dentro del proceso para defender la regla adoptada por Transmilenio S.A. Considera “(...) desproporcionadas e imprecisas las afirmaciones contenidas en la demanda, en las que se indica que el sistema está explotando a los niños de la ciudad de Bogotá. (...)”.

A su parecer,

“La circunstancia de que el sistema cobre los pasajes, no puede ser entendido como una conducta explotadora ya que no existe perjuicio ni aprovechamiento de los menores, pues de todas maneras se está recibiendo una contraprestación a través de la prestación del servicio, en donde nunca se está colocando a los menores en situación desfavorable frente al sistema de transporte; por el contrario estos al acceder al sistema cuentan con unas zonas de preferencia, razón por la cual la aseveración plasmada en la demanda no se ciñe con la realidad.

Ahora bien, si de las comunicaciones suscritas por la Subgerente de Transmilenio y del Director de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte se desprende con claridad que no existe norma en la legislación nacional en la cual se establezca la edad en la cual los niños deban ocupar puesto y pagar pasaje, no es del resorte de la acción de tutela suplir tal vacío por una desafortunada interpretación del actor, por cuanto convertiría en la práctica al poder judicial en legislador.”

Adicionalmente, el funcionario de la Alcaldía alega que la tutela no es procedente por tratarse de un acto de carácter general y en razón a la existencia de otros medios de defensa judicial -se hace referencia a la jurisdicción contencioso administrativa-.

3. Transmilenio S.A.

La Subgerente General de Transmilenio participó mediante escrito de mayo 26 de 2004 para sostener que la tutela presentada en contra de ellos es improcedente, pues se dirige contra un acto de carácter general, impersonal y abstracto, una de las excepciones que explícitamente señala el Decreto 2591 de 1991.⁶ Adicionalmente, rechaza la acusación de

estar explotando los niños, pues considera que en modo alguno es ilegal cobrar a una persona la prestación del servicio de transporte que libre y autónomamente se ha decidido suscribir; por el contrario, alega que se trata de un acto amparado por la ley. Dice el escrito,

“El Sistema TransMilenio tiene como propósito brindar a los habitantes de la capital y su área de influencia un sistema de transporte masivo, ágil, seguro, eficiente y organizado.

Este sistema es gestionado directamente por la Sociedad Transmilenio S.A. y como tal otorga en concesión el derecho a explotar económicamente el servicio de Operación Troncal dentro del Sistema TransMilenio a través de contratos, previo proceso licitatorio, a particulares que en gestión indirecta prestan el servicio público de transporte terrestre automotor masivo de pasajeros en la ciudad de Bogotá y su área de influencia, entendido éste, como el servicio público que moviliza a personas en forma masiva utilizando el modo de terrestre automotor, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica.

El sistema se creó para que fuese auto sostenible y una de las condiciones de su autosostenibilidad consiste en el cobro de la tarifa a todo usuario del mismo. Es decir, el Sistema no permite su uso sin que se reciba la contraprestación correspondiente. Así las cosas, no es posible sustraer del cobro de la tarifa fijada, a ningún usuario, dado que para tener derecho o acceso a este servicio, como a cualquier otro no importa su modalidad, se tiene que adquirir un medio de pago.

Por lo anterior, para Transmilenio S.A. es claro que no está infringiendo norma alguna o transgrediendo la ley por el hecho de cobrar.

(...) lo que [se] busca es mantener un equilibrio económico de la tarifa al usuario, por lo tanto se va ajustando mensualmente de acuerdo con el costo de los insumos para la operación tales como combustibles, neumáticos, lubricantes, gastos de mantenimiento, repuestos y gastos de personal.

Según todo lo expuesto, bien se aprecia que el inconveniente no se encuentra en el manual del usuario, sino en la naturaleza del contrato de transporte, afirmar en un manual que todo niño paga (entendido todo niño como ser de la especie humana entre 0 y 18 años) no genera

ningún tipo de explotación económica en contra de ningún niño en particular o en general, ya que es el pago como justa contraprestación o precio por un servicio de transporte que se le presta.”

Finalmente, la Gerente General de Transmilenio advierte: “[n]o obstante lo anterior, el manual del usuario emitido por Transmilenio S.A. se está modificando para exceptuar a los niños de brazos del pago de la tarifa, de acuerdo con el espíritu del párrafo del artículo 82 de la Ley 769 de 2002”.

4. Primera instancia

El 3 de junio de 2004, el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá resolvió declarar improcedente la tutela, por considerar que no es el mecanismo idóneo para tramitar la petición del Procurador Delegado. Dice la sentencia,

“Sin ahondar en exhaustivos análisis podemos afirmar que la acción de tutela, no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento de un posible derecho fundamental representado en el no pago del servicio de Transmilenio por parte de los menores de 6 años residentes en la capital de la República, pues no es esa la finalidad de la tutela, ni la expresa función del Juez que conoce de la misma, ya que esta clase de derechos deben estar previamente definidos o establecidos por la Constitución y/o la ley y solamente se busca por este medio su protección. Además, si el no cobro de una tarifa en el referido servicio, proporcionara bienestar a un selecto grupo de la infancia Bogotana, se estaría desconociendo abiertamente el mismo derecho a los demás habitantes menores de 6 años del resto del país y perdería el sentido o la razón de ser de un derecho constitucional fundamental que según el procurador tiene cabida en el artículo 44 de la Carta Política.”

Para la Juez, al no estar demostrada afectación alguna de los derechos fundamentales, tampoco pueden éstos ser objeto de protección por la tutela, no le es dado “(...) hacer intromisión alguna en los reglamentos internos de las entidades prestadoras del servicio de transporte masivo para que proceda en tal o cual forma, cuando ello solo les compete a éstas en razón de la prestación efectiva del mismo, sin dejar de lado (...) el interés que le debe asistir a la Alcaldía Mayor de Bogotá, cuando tiene en sus manos la aprobación de tan

importante anual, como es el del usuario de Transmilenio.” Finalmente advierte que el actor cuenta con “(...) mecanismos y procedimientos específicos para lograr un beneficio que seguramente será reconocido por la sociedad y exaltará su gestión a favor de la niñez Bogotana y por qué no, de los padres o tutores de los menores a quienes directa y económicamente les sería benéfico.”

5. Impugnación

El Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública solicitó revocar el fallo de primera instancia por considerar que esta sí es procedente.⁷

5.1. Considera que no asiste la razón a Transmilenio S.A. y a la Alcaldía Mayor de Bogotá, DC, cuando sostienen que la acción de tutela no hace referencia a un derecho fundamental cierto y determinado, sino que se adelanta a nombre de todos los niños. Para el Procurador Delegado es procedente “(...) puesto que el art. 44 Superior ha dispuesto que los derechos de los niños son de carácter fundamental en la Carta Política, y (...) otorga al niño una protección especial por parte del constituyente de 1991 (...)”. Añade al respecto,

“Si bien es cierto (...) que la acción de tutela se adelantó a nombre de todos los niños, es por la disposición contenida en el art. 44, en el cual se fija una protección especial a los derechos fundamentales de los mismos, como se ha manifestado en el acápite anterior, incluyendo los derechos colectivos de que habla el art. 88 de la Constitución Política, sin ser el derecho a la igualdad y el derecho a la no explotación económica y/o cualquier aprovechamiento de esta naturaleza, un derecho de los colectivos del artículo citado, que por tanto no puede ser confundido con los derechos colectivos a la paz, al medio ambiente, o al patrimonio histórico y cultural tal como está estipulado en el artículo 88 de la Carta, regulados por la Ley 472 de 1998.”

5.2. Por otra parte, tampoco consideró aceptable el argumento de los accionados según el cual la tutela es improcedente por estar encaminada a modificar un acto de carácter general. Para el Procurador Delegado, la acción presentada “(...) de ninguna manera pretende constituir al Juez de tutela en legislador y darle competencias que solo a él atribuye la Constitución y la ley, pero tampoco puede dejar desapercibido que los particulares que administran empresas del Estado ligados a un servicio público y servidores del Estado y autoridades administrativas tampoco pueden suplir los vacíos del legislador e imponer cargas

y menos aún a la población infantil y la familia, con actos administrativos que el legislador no ha previsto y que debe estar especialmente protegida (...).”.

6. Transmilenio S.A.

La Subgerente General de Transmilenio S.A. participó en el trámite del proceso en segunda instancia para solicitar que se confirmara la decisión adoptada.⁸ Además de las razones que ya se habían expuesto ante el Juez Municipal para que éste sustentara su decisión, la Subgerente indicó que el manual del usuario de Transmilenio había sido modificado en el sentido de permitir el ingreso gratuito a los ‘menores de brazos’. Mediante la Resolución 081 de junio 11 de 2004 de la Gerente General de TransMilenio resolvió modificar el segundo punto de las recomendaciones generales del manual del usuario de la siguiente forma (se resalta en cursiva la parte modificada),

“2. Recomendaciones Generales

* Por seguridad, los niños deben ir siempre de la mano de un adulto.

* El acceso al sistema requiere la adquisición de un medio de pago. Esta medida exceptúa los niños de brazos”⁹

Adicionalmente, Transmilenio informó a la Juez de segunda instancia que el cambio en el Manual del Usuario ya había sido comunicado al recaudador del Sistema (en junio 18 de 2004)

7. Segunda instancia

El 16 de julio de 2004 el Juzgado 28 Penal del Circuito resolvió confirmar la sentencia impugnada, por considerar que la tutela no es medio de defensa judicial adecuado, sino la acción de nulidad, el cual también, a su juicio, es célere y permite solicitar la suspensión provisional del acto, de ser el caso. Dice la sentencia,

“(…) descendiendo al caso sub lite, lo que el actor pretende es la declaratoria de nulidad

parcial de la Resolución N° 078 de 2000 del Gerente de Transmilenio S.A., por considerar contraria la artículo 44 de la Constitución Política y al párrafo único del artículo 82 de Código Nacional de Transito (...) si el juez de tutela se pronuncia sobre la legalidad o la ilegalidad de este acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, se extralimitaría en sus funciones, usurpando actividades propias de otras autoridades jurisdiccionales.

(...)

Para controvertir la constitucionalidad de los actos administrativos generales, el ordenamiento jurídico prevé un medio de control eficaz, el cual es la acción de Nulidad, que por mandato legal procede contra la decisión cuestionada (artículo 84 del CCA), siendo una acción pública como la tutela, y cuyo objetivo es preservar el ordenamiento jurídico, expulsando de éste un acto administrativo contrario a la ley o a la Constitución Política, que es lo pretendido por el accionante. Acción que puede ser ejercida en todo tiempo y por cualquier persona, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

II. Consideraciones y fundamentos

Para los jueces de instancia la acción no era procedente por tres razones: (1) Porque a su juicio, el Procurador Delegado pretende la nulidad de un acto general y abstracto de la administración, por lo que debe plantear la controversia ante la jurisdicción contencioso administrativa, no en sede de tutela; (2) porque la acción de tutela se interpuso en este caso para defender el derecho de todos los niños de Bogotá, lo que a su parecer no es aceptable, pues supondría permitir que se defiendan un “derecho colectivo” mediante un medio de defensa judicial diseñado para proteger derechos fundamentales individuales -la acción de tutela-; (3) y tercero, porque el derecho cuya protección se demanda es prestacional, es decir, de carácter progresivo.

Las dos primeras cuestiones tienen que ver con la procedibilidad de la acción de tutela, la tercera versa sobre cuestiones de fondo. La sentencia abordará las dos primeras, e indicará por qué en el presente caso la acción sí es procedente. Posteriormente, plateará el problema jurídico que supone el caso y lo resolverá.

1. La acción de tutela procede cuando una persona la interpone en defensa de un interés

específico de sujetos concretos determinables, en especial si se trata de los derechos fundamentales de los niños

1.1. El Procurador Delegado no busca mediante la acción de tutela en cuestión la nulidad de un acto general y abstracto de la administración. Él nunca ha solicitado que se declare 'nulo' el Manual del Usuario; su propósito no es defender la legalidad del sistema jurídico en sí. El objeto central de la acción presentada por el Procurador Delegado es demandar la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños y las niñas menores de 6 años, usuarios del sistema de transporte Transmilenio en Bogotá. Como él mismo lo señala, considera que el hecho de cobrar el pasaje a todos los menores de 6 años "(...) [viola] los derechos fundamentales de la población infantil de Bogotá y la especial protección de los derechos fundamentales de los niños, contenidos en el artículo 44 superior y entre otros la protección especial contra la 'explotación, ya sea laboral o económica' prevista en la Carta Política y todas aquellas normas internacionales que armonizan lo preceptuado por el Constituyente de 1991 y que amparan tales derechos como prevalentes."

De igual forma, si se tiene en cuenta lo que se pretende con la acción de tutela, se concluye que no se trata de un proceso de carácter contencioso administrativo acerca de la nulidad de un acto de la administración. La primera solicitud al juez de tutela es que ordene a Transmilenio 'cesar o suspender' el cobro de pasajes a la población infantil de Bogotá que utiliza el servicio de Transmilenio. Se pretende así, una medida que a juicio del actor impida a Transmilenio desconocer los derechos de los menores, so pretexto de estar aplicando el Manual del Usuario. La segunda pretensión consiste en pedir a Transmilenio que modifique el Manual del Usuario de Transmilenio S.A. "(...) en el sentido de permitir que todos los niños en edad inferior a 6 años, o de aquellos que podrían viajar junto a su padre ocupando el mismo puesto están exentos de cobro por la utilización del servicio." El accionante no considera que el Manual de Transmilenio sea nulo, ni pide que se le declare así; por el contrario, la solicitud presentada por el actor (que se ordene reformarlo), presupone la vigencia y la validez del Manual actual.

Así, la acción de tutela y la acción de nulidad son opciones judiciales distintas; se trata de medios de defensa diferentes tanto en lo que a los bienes jurídicos tutelados se refiere, como en lo que a los remedios y órdenes que puede impartir el juez.

1.2. La acción de tutela se interpuso en este caso para defender un derecho de todos los niños de Bogotá, lo que a juicio de los Juzgados de instancia no es aceptable, pues supondría permitir que se defienda un “derecho colectivo” mediante un medio de defensa judicial diseñado destinado a proteger derechos fundamentales individuales –la acción de tutela–. A esto, se suma el argumento de que no existe ninguna persona concreta a la cual el accionante haga referencia. Varios comentarios merece este argumento.

1.2.1. Un derecho individual no se convierte en colectivo por el sólo hecho de haber sido exigido simultáneamente con el de otras personas. Un derecho es individual o colectivo dependiendo, entre otros elementos, de quién sea su titular —una persona o una colectividad—, no de quién lo ejerza y mediante cuáles acciones judiciales lo haga. El derecho individual a recibir un determinado tratamiento no se convierte en colectivo por el hecho de ser reclamado al mismo tiempo por varias personas. De igual forma, un derecho colectivo no deja de ser tal, en razón a que sólo sea reclamado por una sola persona. El hecho de que el Procurador Delegado reclame la protección de los derechos de todos los niños usuarios del sistema a la vez, no priva a los derechos de cada uno de los menores, el carácter de individual. En todo caso, establecer que una acción de tutela tiene por objeto la defensa de un derecho colectivo, no es razón suficiente para inadmitirla; la jurisprudencia constitucional ha reconocido explícitamente que “(...) en forma excepcional, se pueda invocar la acción de tutela cuando a pesar de existir un interés colectivo, la situación que lo afecta repercute también en forma directa, en violación o amenaza a derechos fundamentales individuales y concretos (...)”¹⁰

1.2.2. La acción presentada, pretende la defensa de los derechos de los niños menores de 6 años usuarios del sistema Transmilenio, reconocidos en el artículo 44 de la Carta Política, norma que expresamente los clasifica como derechos fundamentales. Así, esta protección constitucional reforzada a los menores se traduce en que los derechos allí consignados pueden ser reclamados mediante la acción de tutela, en virtud de su carácter de fundamentales, tal como ocurre en el presente caso.

1.2.3. Una de las razones por las cuales en los fallos de instancia se consideró que la acción de tutela bajo análisis no va encaminada a proteger derechos individuales, es que no se alega una afectación específica de un sujeto determinado. Se acusa entonces al Procurador Delegado de actuar en nombre de todos los menores de 6 años de Bogotá, sin contar

siquiera con el respaldo expreso de alguno de ellos o de sus padres; según esto, la acción no hace alusión al derecho fundamental de nadie en concreto. Esta Corporación no comparte tal posición.

1.2.3.1. En primer lugar, cabe resaltar que el Procurador Delegado actuó como agente oficioso de los menores (sujetos de especial protección constitucional) en virtud de expresas facultades legales, pues una de sus funciones consiste precisamente en “velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales”.¹¹ De hecho, no sólo los funcionarios encargados de promover la defensa de los derechos de los niños están legitimados para actuar en su nombre. Por expreso mandato constitucional (art.44, CP), toda persona está legitimada para actuar en defensa de los derechos de los niños; así se ha desarrollado legalmente¹² y así lo ha reconocido la Corte Constitucional.¹³

1.2.3.2. En segundo lugar, no es aceptable sostener que en el presente caso no hay intereses específicos de personas concretas representadas en el proceso. Están en juego los intereses de los menores de 6 años que usan el sistema Transmilenio en Bogotá, los cuales, como se dijo, pueden ser agenciados por el Procurador Delegado.

Ahora bien, una acción de tutela suele interponerse con el propósito de garantizar la protección efectiva de los derechos de un sujeto concreto determinado. Esto supone que el accionante dé cuenta de la persona defendida, la identifique y muestre cómo y en qué grado se encuentra afectado su derecho. En ocasiones como la presente, los sujetos concretos que se defienden no están determinados, pero son determinables.¹⁴ Es decir, no han sido ubicados e identificados con precisión, pero pueden serlo. Tal es el caso de los menores de 6 años que en Bogotá usan el servicio de Transmilenio. Adicionalmente, el hecho acusado como violatorio de los derechos (cobrar el pasaje a los niños menores de 6 años) es un hecho notorio que no requiere que se pruebe en un caso específico para ser considerado. Es de público conocimiento cuál es el servicio de transporte que presta Transmilenio, así como también lo es que muchas personas usan el sistema en compañía de menores de 6 años, los cuales deben pagar el pasaje sin distinción alguna.

1.3. En resumen, (1) una acción de tutela puede ser promovida por una persona que actúe en calidad de agente oficioso para la protección de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional expuestos a riesgos o en situaciones de clara

vulnerabilidad o indefensión fáctica; máxime si la persona que pretende hacerlo es un funcionario público en cumplimiento de sus funciones y si los sujetos que pretende defender son niñas y niños; (2) un derecho fundamental individual no pierde tal condición por el hecho de ser alegado por muchas personas que se encuentran en la misma situación fáctica, por lo que tal demanda de tutela no podría negarse bajo el supuesto erróneo de que se trata de un derecho colectivo; (3) una acción de tutela procede así no se eleve en nombre de una persona determinada cuyos derechos estén siendo violados, siempre y cuando se presente en interés específico de sujetos concretos determinables.

En el presente caso, se concluye, el Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública presentó una acción de tutela en representación de las niñas y los niños menores de 6 años, usuarios del Sistema de Transporte Masivo Transmilenio (es decir, actuando en interés específico de sujetos concretos determinables), para que les sean protegidos sus derechos constitucionales fundamentales mediante una orden judicial a la entidad acusada en virtud de la cual no cobre los pasajes de esta población infantil. Concluye entonces la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, que la acción de tutela en cuestión sí es procedente, por lo tanto, se pasa a establecer si asiste la razón al Procurador Delegado en su acusación.

2. Problema jurídico

La acción de tutela en el presente caso plantea el siguiente problema jurídico: ¿Desconoce Transmilenio S.A. la especial protección que otorga la Constitución Política de 1991 a los derechos de las niñas y de los niños menores de 6 años usuarios del sistema de transporte, así como la prohibición de no someterlos a explotación, al exigir a sus padres que cancelen el pasaje por cada uno de ellos?

Para analizar la cuestión planteada y darle solución, la Sala debe estudiar varias cuestiones. En primer lugar, se hará referencia a la jurisprudencia constitucional acerca de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales y de la exigibilidad de los mismos (el último de los argumentos en que los juzgados de instancia fundaron su decisión de negar la tutela) [apartado 3]. En segundo lugar, se analizará si la actuación de Transmilenio con respecto a las niñas y los niños menores de 6 años, desconoce el derecho de éstos a no ser explotados [apartado 4]. En tercer lugar se recordará la jurisprudencia acerca del derecho a la especial

protección de las niñas y los niños [apartado 5]. Finalmente, en cuarto lugar, la Sala resolverá si en el presente caso se está desconociendo el derecho a la especial protección de los menores [apartado 6].

Tanto la Juez Municipal en primera instancia como la Juez del Circuito en segunda instancia, contaron entre sus razones para negar la acción de tutela, la tesis de que no es posible reclamar el goce efectivo de los derechos prestacionales mediante este recurso judicial. A su juicio, los derechos prestacionales no pueden ser objeto de reclamo mediante acción de tutela, pues ésta se orienta a la defensa de derechos constitucionales de aplicación inmediata y aquéllos son de carácter progresivo. La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional no comparte la posición adoptada por los despachos judiciales de instancia por varias razones.

[i] Como ya se dijo, los derechos invocados por el accionante son constitucionales y fundamentales, y sus titulares, los niños, son sujetos de especial protección constitucional; por tanto, la acción de tutela es el medio idóneo para defender su goce efectivo, ante la falta de vías judiciales ordinarias para el efecto.

[ii] Además, los derechos constitucionales, considerados en sí mismos, no son prestacionales en todas sus facetas; de hecho, en términos constitucionales, no es técnico hacer referencia a 'derechos prestacionales', pues como lo ha señalado la jurisprudencia, todo derecho constitucional tiene una dimensión prestacional.

[iii] Finalmente, en todo caso, no es cierto que la dimensión prestacional de los derechos fundamentales no sea justiciable, es decir, que no pueda ser exigida judicialmente en razón a su desarrollo progresivo. El goce efectivo de la dimensión prestacional de un derecho fundamental depende en gran medida de la capacidad material de acción del Estado, pero esto no exime al juez constitucional de cumplir su misión de defensor de los derechos fundamentales, adoptando medidas necesarias para hacerlos cumplir, mediante órdenes que impulsen precisamente su desarrollo progresivo dentro de la garantía del núcleo que es inmediatamente exigible. La Corte Constitucional ya se ha pronunciado en el pasado acerca del desarrollo progresivo (también llamado programático) de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, para dejar en claro que la progresividad y la necesidad de reglamentación de un derecho no es argumento válido a oponer en contra de su exigibilidad

en determinadas circunstancias.

3.1. [i] Con relación al primer aspecto, esto es, al carácter fundamental de los derechos de los niños invocados por el Procurador Delegado en su acción, y, por consiguiente, a la procedibilidad de la presente acción de tutela, la Sala se pronunció previamente en la presente sentencia.¹⁵ Por tal motivo no abordará nuevamente la cuestión y pasa a tratar las otras dos.

3.2. [ii] En cuanto al segundo aspecto, reitera la Corte que la ‘dimensión prestacional’ no es una condición que se predique de algunos derechos constitucionales específicos, como por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales. Como lo ha sostenido la jurisprudencia, la dimensión prestacional se predica de todos los derechos fundamentales, incluso de aquellos tradicionalmente denominados ‘derechos de libertad’. En la sentencia T-680 de 2003 se recogió esta posición jurisprudencial en los siguientes términos,

“(…) todo derecho fundamental presenta dos dimensiones: una negativa o de abstención que impide a otras actuaciones que vulneren el contenido del derecho; y una positiva o de acción que exige de otras actuaciones necesarias para el goce efectivo del contenido del derecho. Lo anterior no sólo vale para los derechos sociales —por lo general presentados impropriamente como los únicos derechos prestacionales—, sino para todos los derechos, sean ellos civiles, políticos, económicos o culturales. Ello porque todos los derechos tienen —si han de ser realmente efectivos— una dimensión prestacional, puesto que ellos no consisten en el mero título, sino en su goce efectivo (artículo 2 C.P.), el cual supone actuaciones normativas y fácticas de la sociedad y del estado para garantizar los derechos, lo cual tiene siempre un costo. Cabe a este respecto recordar lo afirmado por la Corte en anterior ocasión respecto de un típico derecho de libertad, el derecho civil a la libertad de locomoción:

‘Tradicionalmente la doctrina identificaba las libertades básicas con derechos negativos o de abstención. El Estado sólo estaba obligado a no impedir el goce y ejercicio de las libertades de la persona, sin que fuera concebible hablar de una dimensión prestacional de las libertades. No obstante, actualmente se reconoce que incluso las libertades más clásicas como el derecho a la libre locomoción o a la libre expresión presuponen prestaciones materiales que hacen posible su ejercicio. En las sociedades modernas, donde el uso de la

libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas —servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc— y donde la seguridad personal cuesta, no es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas. Por el contrario, la infraestructura necesaria para hacer posible el ejercicio de las libertades fundamentales, los derechos de defensa y debido proceso o los derechos políticos, requiere de grandes erogaciones económicas y de la actuación permanente y coordinada por parte del Estado. La fuerza pública, la administración de justicia y la organización electoral, aunque parezcan obvias en un Estado de derecho, constituyen la dimensión prestacional de las libertades básicas.¹⁶ ”

3.3. [iii] Finalmente, en cuanto al tercer aspecto, es decir, a la exigibilidad de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional reiteró su posición jurisprudencial en la sentencia citada (T-680 de 2003) en los siguientes términos,

“El desarrollo progresivo de un derecho no puede ser argumento general válido para oponerse a su exigibilidad. Esto porque el principio de inmunidad de los derechos fundamentales impide que su realización acabe dependiendo de la simple mayoría legislativa. En efecto, ha sostenido la Corte en relación con el mencionado principio:

‘La ausencia de desarrollo legislativo de los derechos constitucionales no puede significar el aplazamiento o recorte de los derechos que, por su naturaleza, requieren de la actuación de las autoridades públicas para asegurar su cumplimiento. (...) Lo contrario significaría que la realización de los derechos constitucionales estaría librada a la contingencia de las fuerzas políticas del momento, lo que desdice de su carácter de derechos. Así, el principio de inmunidad de los derechos sustrae a éstos de la libre disposición por parte de las mayorías.”¹⁷

[...] La anterior doctrina fue reiterada en el caso del acceso de discapacitados físicos al sistema de transporte masivo de Bogotá (Caso Transmilenio). En dicha ocasión la Corte hizo compatible la progresividad y la exigibilidad de los derechos fundamentales en lo que respecta a su dimensión prestacional en el siguiente sentido:

‘La gradualidad de la prestación positiva de un derecho no impide que se reclame su

protección por vía judicial cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado. (...). La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable. El criterio de la urgencia torna objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación que, de otra forma, permanece dentro de la esfera decisoria del obligado en los términos anteriormente señalados en esta providencia.¹⁸

(...)

El que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse. La libertad de locomoción, en su faceta prestacional, es un derecho constitucional que al igual que los demás debe ser respetado desarrollado y garantizado, máxime si es para remover los obstáculos que impiden el acceso a una persona discapacitada al sistema de transporte de su ciudad con el fin de alcanzar la igualdad real y efectiva (artículo 13, CP).

Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes.¹⁹ En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. (...) En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos

han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes.’²⁰ ”²¹

Hecha la aclaración conceptual acerca de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, pasa la Corte a analizar el primero de los derechos cuya tutela se invoca —a saber, el derecho de las niñas y los niños a no ser explotados—.

4. Transmilenio S.A. no explota económicamente a las niñas y a los niños menores de 6 años usuarios del sistema de transporte, al exigir a sus padres que cancelen el monto del pasaje por cada uno de ellos.

4.1. Según el Procurador Delegado, Transmilenio S.A. explota a la población infantil de Bogotá usuaria del sistema al cobrarles pasaje a todos; presenta así su posición,

“La explotación infantil consiste en el hecho de que se cobra la tarifa de transporte a pesar de que los niños con edad inferior a 6 años, no ocupan un espacio diferente al de sus padres y que no generan costo alguno para la empresa Transmilenio ni para la Alcaldía de Bogotá.”

4.2. Para Transmilenio, por el contrario, cobrar el pasaje a todas las persona “(...) no genera ningún tipo de explotación económica en contra de ningún niño en particular o en general, ya que es el pago como justa contraprestación o precio por un servicio de transporte que se le presta.”

4.3. La expresión “explotación” hace referencia en general a ‘sacar provecho de algo’ y puede tener, por lo menos, tres usos posibles.²² El primero de ellos es el ‘uso minero’, según el cual, explotar es ‘extraer de las minas la riqueza que contienen’. Varias normas de la Constitución Política de 1991 la usan así.²³ El segundo uso posible es el ‘económico’ –hacer referencia a la acción, sin calificación moral alguna–, que consiste en entender explotar como ‘sacar utilidad de un negocio e industria en provecho propio’. Éste uso también ha sido recogido por la Constitución en varias de sus disposiciones.²⁴

Finalmente el ‘uso negativo’ de la expresión –hacer referencia a la acción y calificarla negativamente–, consiste en entender explotar como ‘utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o

de una circunstancia cualquiera.' Es de esta última forma como la expresión "explotación" es empleada por la Constitución en el artículo 44 acerca de los derechos de los niños²⁵ y en los tratados internacionales acerca de la materia.²⁶

4.4. La jurisprudencia constitucional ha decidido acciones de tutela en que se presentaban alegatos similares, reconociendo estos diferentes usos que puede tener la expresión "explotación".

En la sentencia T-471 de 1999 (MP José Gregorio Hernández) la Corte distinguió la "explotación" entendida como 'aprovechar económicamente para sí' -la cual es legítima si se cumplen las reglas civiles y comerciales- de la "explotación" entendida como 'aprovechamiento abusivo' - la cual es ilegítima y está proscrita del ordenamiento -. Por una parte considera que si los menores están "debidamente representados y salvaguardados sus derechos y prerrogativas, (...) pueden pactar con entidades comerciales los términos patrimoniales en los cuales pueda ser utilizada su imagen", advirtiéndole que las "(...) eventuales controversias o discrepancias que surjan por causa o con ocasión del contrato no caen dentro del campo de decisión del juez constitucional, por lo cual deben dilucidarse, como en este caso se ordenará, mediante los procesos y ante los jueces ordinarios."

No obstante, la Corte reconoce que el aprovechamiento puede ser abusivo, en cuyo caso se estaría ante una "explotación" en sentido negativo. Por ello aclara que "(...) indudablemente, la tutela sí es mecanismo idóneo para que el menor reclame la inmediata protección de sus derechos fundamentales en lo que toca con el ámbito constitucional representado por el derecho al manejo de la propia imagen." Así, teniendo en cuenta que "(...) la imagen de la menor apareció impresa en las etiquetas y la propaganda de los productos de la empresa demandada, sin autorización manifiesta de aquella ni de sus representantes legales, en el entendido de que las fotografías a las que accedió eran apenas pruebas, y de ninguna manera tomas susceptibles de comercialización efectiva, se [concedió] la tutela solicitada y se [ordenó] que, salvo el consentimiento expreso de la menor, a través de sus padres, las etiquetas y avisos en las que su imagen aparece [salieran] de circulación."²⁷

4.5. La prohibición de "explotación", en su uso negativo, busca evitar que las personas se aprovechen abusivamente de las niñas y los niños en su propio interés o en el de terceros, como por ejemplo cuando se les somete a trabajos forzados, se les esclaviza, se les somete a

servidumbre, son convertidos en objeto de trata o se hace pornografía con ellos.²⁸ En el presente caso, concluye la Sala, no es posible afirmar que Transmilenio S.A. “explota” económicamente –en el uso negativo de la expresión– a las niñas y a los niños menores de 6 años usuarios del sistema de transporte, por exigir a sus padres que cancelen el pasaje por cada uno de ellos. El cobro se hace en virtud de un contrato de transporte celebrado entre la empresa y los padres o responsables del menor.

El argumento de la explotación económica ni siquiera es admisible en el caso de “los niños de brazos”, los cuales, supuestamente estarían siendo explotados porque se les cobra un pasaje completo a pesar de no ocupar un asiento. El que un menor no ocupe un puesto en un determinado medio de transporte, no implica que el transporte de éste no represente costo alguno para la empresa encargada. Para la empresa que presta el servicio pueden existir costos, como por ejemplo, tener el deber de acondicionar sus vehículos a los estándares de seguridad que se consideren necesarios para asegurar la vida e integridad de los menores.

Resuelto este aspecto del problema jurídico, pasa la Corte a analizar el derecho fundamental a la especial protección constitucional del que son titulares los niños y las niñas.

5. Derechos fundamentales de protección de las niñas y los niños; protección integral que comprende la libertad de movimiento

La Corte Constitucional se ha pronunciado en el pasado acerca de los derechos fundamentales de los menores. Recientemente, los ha caracterizado en los siguientes términos,

“En varias oportunidades la jurisprudencia constitucional se ha referido a la protección a que tienen derecho los niños y las niñas, en aras de garantizarles un desarrollo libre, armónico e integral. Los derechos fundamentales son indivisibles, en especial los de los niños. En esta medida, la protección de todo menor es inescindible del goce efectivo del resto de sus derechos.²⁹ De acuerdo a los argumentos presentados en contra de la norma acusada, los derechos a la salud, la educación y la recreación adquieren importancia en el contexto del presente caso, pues podrían verse afectados en el caso de aquellas mujeres entre los 12 y los 14 años que contraigan matrimonio. Se trata de tres derechos fundamentales que aseguran, en gran medida, el desarrollo libre, armónico e integral del menor, por lo que se

hará referencia a algunas de las consideraciones que sobre la materia ha hecho la jurisprudencia constitucional.”³⁰

Así pues, la Constitución Política de 1991 garantiza a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos. Dentro de éstos derechos objeto de protección especial e integral, se encuentra la libertad de movimiento (también denominado libertad de locomoción), el cual —considera el accionante— lo viola Transmilenio S.A. cuando cobra a ‘todo niño’ el pasaje requerido para usar el sistema.³¹ A juicio del accionante, el derecho a la protección de la libertad de movimiento de los menores conlleva adoptar medidas adecuadas para asegurar a los niños y las niñas representados en este proceso, el acceso efectivo al sistema de transporte público masivo en la ciudad, lo que en el caso concreto demanda ordenar a Transmilenio suspender el cobro de tales pasajes.

A continuación aborda la Corte lo dicho en la jurisprudencia acerca de los derechos de protección en general, en primer lugar, y de la libertad de movimiento, a propósito del contexto urbano, en segundo lugar.

5.1. Derecho fundamental a la protección del menor para su desarrollo libre, armónico e integral

5.1.1. El segundo derecho de la población infantil de Bogotá menor de 6 años, usuaria del sistema Transmilenio, cuya tutela invoca el Procurador Delegado es “la especial protección de los derechos fundamentales de los niños, contenidos en el artículo 44 superior de protección constitucional especial (...)”. Recientemente, la Sala Plena de la Corte Constitucional (sentencia C-507 de 2004) reiteró su jurisprudencia sobre los derechos de los menores y se pronunció, en especial, acerca de las dimensiones de protección positiva que éstos suponen. Se pronunció en los siguientes términos,³²

“(…) La Constitución Política de 1991 garantiza el derecho a la protección del menor para su desarrollo libre, armónico e integral

(…) La Constitución de 1991 significó un cambio sustancial en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden

decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades. La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los menores se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera “sujetos de protección especial” constitucional. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo. Pero esta protección tiene una finalidad liberadora del menor y promotora de su dignidad. Por eso, los derechos de los niños deben interpretarse a la luz del respeto y la defensa que demanda la Constitución de su autonomía y de su libertad (pro libertatis).

(...)33

(...) No obstante, no es aceptable que se le imponga a los menores cualquier tipo de medida de “asistencia” o de “protección”. La propia Carta establece la finalidad que con ellas se debe buscar, a saber, garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos.” El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.

Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección” puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los “sujetos de protección especial” como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cobija a todas las

personas. Para abordar esta cuestión es relevante el derecho internacional (art. 93, CP).³⁴

(...)

(...) Conclusión sobre el contenido y alcance del mandato de protección del artículo 44 de la Constitución Política

El mandato de protección a los menores no es tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor.

Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha hecho referencia.

Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección.” (subraya fuera del texto original)

5.1.2. Pero las medidas que se adopten en pro de la defensa de los menores no encuentran sustento solamente en los derechos de protección. La Constitución Política de 1991 reconoce a toda persona el derecho a la igualdad ante la ley, y al mismo trato y protección de las autoridades, en especial a las niñas y a los niños. A propósito de esta última dimensión del principio de igualdad de los menores, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo

siguiente,

(...) La igual protección se logra mediante acciones fácticas y jurídicas del Estado, no mediante abstenciones. Además, la igual protección que está constitucionalmente ordenada, por su carácter material, varía a medida que evoluciona la realidad y, por lo tanto, su alcance cambia si los riesgos y las amenazas cambian así como cuando se modifican los fines de protección. Adicionalmente, la igual protección no se logra cuando la diferencia basada en un criterio sospechoso no parte del respeto a los parámetros mínimos ordenados por la Constitución.” 35

5.2. Importancia de la libertad de movimiento en el contexto urbano, atención especial a propósito de los menores

5.2.1. De acuerdo a los argumentos presentados por el accionante, considera la Sala que en el presente caso está en juego la especial protección constitucional de los niños y las niñas a su libertad de movimiento, cuando tal libertad depende del servicio público de transporte. En la sentencia T-595 de 2002,³⁶ antes citada, se puntualizaron las siguientes cuestiones a propósito de este derecho y de su ámbito de protección:

[1] “Primero, la libertad de locomoción es de capital importancia por cuanto es una condición para el goce efectivo de otros derechos fundamentales.”³⁷

[2] “Segundo, esta libertad se afecta no sólo cuando por acciones positivas directamente se obstruye la circulación de los ciudadanos, sino también se ve limitada cuando se genera ese efecto indirectamente o por omisión en la remoción de barreras o en la creación de una infraestructura adecuada para la circulación.”

[3] “Tercero, el servicio de transporte público es indispensable para el ejercicio de la libertad de locomoción, y de los demás derechos constitucionales que dependen de la posibilidad de movilizarse, en especial para aquellos sectores marginados de la población urbana que carecen de otra alternativa de transporte.”

[4] “Cuarto, el servicio básico de transporte debe ser accesible para todos los usuarios.”³⁸

5.2.2. En el caso de los menores, especiales consideraciones deben tenerse a propósito del

servicio público de transporte, en la medida que el ejercicio de su libertad de movimiento tiene las limitaciones propias de su edad. Por ejemplo, la población infantil en virtud de la cual se interpone esta demanda (menores de 6 años), debe viajar acompañada por un mayor responsable que se encargue de su cuidado. Esta restricción, en principio razonable pero significativa, implica que el ejercicio de la libertad de movimiento le cueste a un menor el doble de lo que le cuesta a un mayor.

Por ejemplo, la asistencia a una cita médica de un adulto que llegue al consultorio usando el servicio público de transporte, por lo general supone el costo de un solo pasaje; la asistencia de un menor a la cita médica supone el valor de por lo menos dos pasajes, los cuales deberán ser asumidos por los padres o el respectivo responsable. El cobro del pasaje a los menores es una barrera de acceso al sistema de transporte público urbano que puede afectar su desarrollo libre, armónico e integral al impedirle, por ejemplo, gozar plenamente de su derecho fundamental a la salud.

Ahora bien, la imposibilidad de asumir el valor del pasaje puede representar costos y riesgos aún mayores para el menor, en especial si éste es ‘de brazos’. En efecto, normalmente una persona debe desplazarse de un lugar a otro con el objeto de atender sus asuntos personales, de tal suerte que una limitación implicaría restringir esta posibilidad. No es usual, entonces, que se considere gravemente afectado el derecho a la libertad de movimiento de una persona cuando se le impide acompañar a otra a atender sus asuntos. Por el contrario, en el caso de los niños y las niñas, en especial si estos son de brazos, la imposibilidad de ‘desplazarse junto a otra persona’ puede convertirse en un grave atentado contra su desarrollo libre, armónico e integral, cuando se trata de la persona que cuida el menor y ésta se ve obligada a dejarlo solo en la vivienda, con los peligros que ello representa.

Las “barreras que deben ser removidas” y la “infraestructura que debe ser creada para la adecuada circulación” respecto de las niñas y los niños, para así garantizar su goce efectivo a la libertad de movimiento, tienen pues, sus propias particularidades que deben ser consideradas por el juez de tutela en cada caso que se someta a su análisis.

5.3. Finalmente, con miras a definir la decisión que se habrá de adoptar en el presente caso, la Sala reitera que

“El mandato de protección a los menores (...) no es tan solo una garantía objetiva sino la

expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Por tal razón, aunque el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no puede omitir las medidas que aseguren unos mínimos de protección. (...)

De otro lado, en virtud del respeto al principio democrático, el juez constitucional no puede desconocer o sustituir la apreciación del legislador a la hora de garantizar los derechos de protección de los niños y las niñas, “ni imponer niveles máximos o ideales de protección”. Es en el debate democrático en donde se debe decidir cómo se progresa en la realización de los derechos constitucionales de protección en qué grado, y con cuáles prioridades, por encima de los mínimos mencionados. Por ello, luego del texto Constitucional y los tratados internacionales que sean relevantes, la Ley -la decisión democrática de los legisladores- es el primer referente con que cuenta el juez de tutela para establecer cuál es el conjunto de garantías a que tiene derecho un menor, en razón a la especial protección constitucional de la que es titular.

6. El derecho a la protección de la libertad de movimiento de los niños y las niñas en el servicio público de transporte terrestre; mínimo de protección

6.1. La Constitución Política de Colombia carece de parámetro expreso respecto a cuál es el mínimo de protección a que tiene derecho todo menor para el ejercicio de su libertad de movimiento, en el contexto del servicio público de transporte terrestre, a diferencia de lo que ocurre en materia de salud, tema en el que se pronuncia de forma específica en el artículo 50, en los siguientes términos: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

Por lo tanto, es deber del juez de tutela establecer si el legislador ha fijado algún parámetro en la materia, que establezca un mínimo de protección para las niñas y los niños en el ámbito de la libertad de movimiento.

6.2. El legislador adoptó el Código Nacional de Tránsito Terrestre (CNTT; Ley 769 de 2002) con el fin de regular la circulación de los peatones, usuarios, pasajeros, conductores, motociclistas, ciclistas, agentes de tránsito y vehículos por las vías públicas y ciertas vías

privadas (art. 1º, CNTT). Como la Corte Constitucional lo ha señalado, “(...) El objetivo central de dicha regulación es el de garantizar la seguridad y comodidad de los habitantes, especialmente de los peatones y de los discapacitados físicos y mentales, así como la preservación de un ambiente sano con la protección del uso común del espacio público. En este sentido, es evidente que las normas que lo integran tienen relación directa con los derechos de los terceros y con el interés público, pues éstos son los conceptos que principalmente se ven involucrados en la ecuación vía - persona — vehículo.”³⁹

En este contexto normativo, el legislador ha impuesto a través del CNTT limitaciones y restricciones de diversa índole al derecho a la libertad de movimiento, algunas de las cuales han sido demandadas ante la Corte Constitucional y declaradas exequibles por ser ‘razonables’.⁴⁰

6.3. Dentro de los asuntos objeto de regulación, el CNTT se ocupa de proteger a los niños y las niñas de diversas formas. Dependiendo del tipo de riesgo que podrían sufrir, determina cuál es el grupo de menores que ha de ser protegido y cuál es el medio empleado para lograr ese propósito. Por ejemplo, el legislador decidió eliminar el riesgo al que están expuestos las niñas y los niños en los accidentes automovilísticos cuando van sentados en el asiento delantero. Para lograr este propósito, el medio adoptado por el legislador consiste en crear una multa equivalente a 8 salarios mínimos legales diarios vigentes, aplicable al conductor de un vehículo automotor que lleve “niños menores de diez (10) años en el asiento delantero”.⁴¹ Otro ejemplo de limitación lo constituye la decisión legislativa de reducir el riesgo de los accidentes que puede sufrir un niño, por lo que se impuso a los menores de 6 años el deber de ser acompañados, al cruzar las vías, por personas mayores de dieciséis años.⁴²

6.4. El Código de Tránsito (CNTT - Ley 769 de 2002), no se ocupa de forma amplia y detallada de la edad a partir de la cual las niñas y los niños deban pagar pasaje. No obstante, el Capítulo III del Código⁴³ contempla una disposición sobre el cinturón de seguridad, que se ocupa de los menores en dos sentidos, como se transcribe,

CNTT, artículo 82.- Cinturón de seguridad. En el asiento delantero de los vehículos, solo podrán viajar, además del conductor, una (1) o dos (2) personas de acuerdo con las

características de ellos.

(...)

Los menores de diez (10) años no podrán viajar en el asiento delantero del vehículo. Por razones de seguridad, los menores de dos (2) años sólo podrán viajar en el asiento posterior haciendo uso de una silla que garantice su seguridad y que permita su fijación a él, siempre y cuando el menor viaje únicamente en compañía del conductor.

(...)

Parágrafo. Ningún vehículo podrá llevar un número de pasajeros superior a la capacidad señalada en la licencia de tránsito, con excepción de los niños de brazos. (acento fuera del texto original)

La primera de las alusiones -inciso tercero-, establece las reglas de uso del cinturón de seguridad para las niñas y los niños, con especial atención a los menores de 2 años. La segunda de las menciones se hace en el parágrafo, en el sentido de indicar (1) que ningún vehículo podrá transitar con más personas de las autorizadas según su capacidad, (2) a excepción de los niños y las niñas de brazos, que para el efecto de cupo no cuentan. Los vehículos de servicio público, por tanto, no ven afectada la capacidad autorizada para prestar el servicio (número de puestos).

Prestar el servicio de transporte a menores implica costos; contrario a lo sostenido por el accionante, el hecho de que no ocupen un asiento o un puesto no exime a la compañía de transporte de tener que asumir el costo de todas aquellas medidas que se requieran para ofrecer un servicio de calidad, accesible y seguro para niñas y niños. Sin embargo, decidir legislativamente que los menores de brazos no afectan la capacidad autorizada, representa

una ventaja para el transportador, que mantiene en estos casos su capacidad de oferta del servicio. Se justifica esta medida –aumentar el cupo de pasajeros, para permitir el ingreso del menor de brazos junto a su responsable– por cuanto ello permite adoptar una medida en virtud del derecho de protección a los menores. En efecto, se trata de una medida que promueve “la remoción de barreras y la creación de una infraestructura adecuada para [su] circulación”.

6.5. Dentro de las pruebas allegadas al proceso por el Procurador Delegado se encuentra la copia de una respuesta del Ministerio de Transporte, a un derecho de petición acerca de esta cuestión. La respuesta, resumida en el aparte de esta providencia dedicado a los antecedentes del caso, señala que si bien no existe norma expresa que determine un derecho de los niños menores de 6 años a no pagar el pasaje en el servicio público de transporte, como por ejemplo en Transmilenio, cita el parágrafo del artículo 82 del CNTT para sugerir que la norma puede ser entendida como la decisión legislativa de no cobrar el servicio a los “menores de brazos”. Para el Ministerio, en

“(…) el caso de los vehículos destinados al Servicio Público de Transporte Masivo, el Estado les ha otorgado una homologación autorizándoles una capacidad total de pasajeros calculada teniendo en cuenta que algunos viajarán sentados y otros de pie. Entonces, tanto los pasajeros que van sentados como los que van de pie, hacen parte de la capacidad autorizada y estarían ocupando un puesto dentro del vehículo. No afecta la capacidad autorizada los niños de brazos, que transportados en el regazo, ocupan el mismo puesto del adulto que los porta.”

6.6. En el caso de las normas reglamentarias del servicio público aéreo se fijan parámetros similares para los niños menores de dos (2) años, con base en consideraciones análogas a las ya expuestas. Sin embargo en este caso claramente se trata de un mínimo, pues la propia norma establece una protección superior a los menores; establece que todo niño o niña con menos de doce (12) años de edad pagará la tercera parte del tiquete que normalmente paga un adulto. En este caso se trata de una resolución de la Aeronáutica Civil de Colombia, cuyo texto dice,

Resolución 04498 – Aeronáutica Civil

15 de noviembre de 2001

3.10.1.9. Transporte de menores.

Un pasajero adulto puede viajar en trayectos nacionales con un niño menor de dos años sin pagar tarifa alguna por éste, siempre y cuando el menor viaje en sus brazos y no ocupe un asiento.

A los niños menores de doce años, se les cobrará en vuelos nacionales una tarifa máxima equivalente a las dos terceras partes de la tarifa correspondiente, con derecho a ocupar asiento.

Los beneficios de que tratan los párrafos anteriores no serán obligatorios para la aerolínea cuando se trate de tarifas promocionales, debidamente aprobadas.”⁴⁴

Esta Resolución reitera entonces dentro del ordenamiento la decisión de garantizar a toda niña y a todo niño “de brazos” [2 años en este caso] su derecho de protección, en especial a su libertad de movimiento, permitiéndoles el ingreso gratuito, siempre que no ocupen un puesto independiente, en el vehículo en compañía de la persona responsable.

6.7. En un principio Transmilenio S.A. se mostró reacia a reconocer sus deberes para con esta parte de la población infantil. Sin embargo, esta actitud fue corregida por la propia compañía que tomó la determinación de modificar el Manual del Usuario en el sentido de permitir a los niños y las niñas de brazos entrar sin tener que pagar el pasaje.

Tratándose de Transmilenio S.A., esto es, de servicio público de transporte masivo, el cumplimiento de los deberes para con la comunidad es aún más imperioso que con los demás operadores. Transmilenio goza de un lugar medular en el sistema de transporte distrital. Esta posición lo convierte en uno de los garantes efectivos del derecho a la libertad de movimiento de buena parte de los habitantes del Distrito Capital, incluyendo por su puesto a los niños y las niñas, y demás sujetos de especial protección constitucional.

6.8. Una vez visto el mandato Constitucional, la jurisprudencia constitucional, la decisión del Legislador (art. 82, par, CNTT), la reglamentación en materia aeronáutica acerca del tema, así como la decisión unilateral de Transmilenio S.A. en el sentido de aplicar dicho criterio, la Sala considera que existe claridad en cuanto al mínimo de protección establecido, en

abstracto. Es un mínimo de protección exigible mediante acción de tutela por parte de los niños y las niñas: el derecho a ingresar al sistema de transporte público urbano sin pagar el pasaje, mientras ostenten la condición de ser un menor “de brazos”.

6.9 Definir quiénes son menores ‘de brazos’ no puede quedar al arbitrio de cada conductor ni a la capacidad del cuidador de alzar al menor, con los riesgos que ello conlleva si éste ya ha crecido bastante y puede caminar con seguridad. Por eso, es necesario precisar un criterio objetivo para determinar quiénes se consideran menores ‘de brazos’ para estos efectos. De acuerdo a las consideraciones precedentes ésta Sala decide:

(1) Por analogía con la regla que rige en el transporte aéreo, se entenderá que es menor ‘de brazos’ todo niño y toda niña menor de 2 años, mientras no se regule la materia.

(2) Menor ‘de brazos’ no significa, únicamente, ‘bebé’.

(3) Un menor no es considerado ‘de brazos’ por el hecho de que pueda ser sostenido en brazos, pese a poder caminar seguro autónomamente.

(4) El legislador puede subir la edad para eximir de pasaje a otros menores.

7. Caso concreto, carencia de objeto

7.1. En su acción de tutela, el Procurador Delegado solicitó la protección de los niños y las niñas menores de seis años usuarios del sistema de transporte Transmilenio S.A., por considerar que su derecho a no ser explotados económicamente y su derecho a ser protegido especialmente habían sido desconocidos. En cuanto al primer argumento, se concluyó que la actuación de Transmilenio S.A. no puede ser clasificada de “explotadora” de los menores y en esa medida no viola el derecho constitucional invocado.

7.2. En cuanto al segundo argumento, la Corte concluyó que los niños y las niñas representadas por el Procurador Delegado, tienen derecho a que se les proteja mediante acción de tutela, los mínimos de protección integral requeridos para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales, en este caso, en especial, la libertad de movimiento en el contexto urbano. Concretamente, considera la Corte que el mínimo de protección en este contexto consiste en permitir a los menores ‘de brazos’ ingresar sin pagar, teniendo en cuenta que su presencia, por decisión del legislador, no cuenta como un cupo que afecte la

capacidad autorizada.

7.3. Así pues, Transmilenio S.A. desconoció el derecho fundamental de toda niña y todo niño bogotano “de brazos” a la protección integral, que comprenda el goce de su libertad de movimiento en el contexto del servicio público urbano, al no garantizar efectivamente el mínimo establecido —el acceso efectivo y sin cargo alguno al sistema público de transporte—. En consecuencia, se revocará el fallo de instancia y se concederá, parcialmente, la acción de tutela interpuesta por el Procurador Delegado.

7.4. Es importante para la Sala indicar que los derechos de los niños y las niñas solo fueron considerados y analizados en la presente sentencia en función del mínimo de protección en lo que a la libertad de movimiento en el contexto del servicio público urbano respecta, lo cual supone dos aclaraciones. Por una parte, cabe resaltar que se trata de un mínimo, no de un máximo. En ese sentido nada obsta para que el Estado avance en una política de protección a los menores, incluso cuando éstos ya son adolescentes, otorgándoles más y mayores beneficios, sin que ello implique el transporte gratuito a cualquier hora. La segunda aclaración, es que la Sala no entrará en esta oportunidad a estudiar los mínimos de protección a que podría tener derecho un niño o una niña en caso de estar en riesgo otros derechos fundamentales, como su seguridad, su vida o su integridad,⁴⁵ inclusive si es mayor de dos años o adolescente.

7.5. De acuerdo a las consideraciones precedentes, corresponde a esta Sala impartir las órdenes necesarias para que Transmilenio S.A. respete los mínimos de protección que constitucional y legalmente se han establecido a propósito de la libertad de movimiento de la población infantil de Bogotá. No obstante, como quedó consignado en los antecedentes de esta sentencia, Transmilenio S.A. ya modificó su reglamento en el sentido de permitir gratuitamente la entrada a ‘los niños de brazos’.

No extraña a esta Sala que TransMilenio S.A., a pesar de no haber sido condenado por el juez de tutela en primera instancia, haya modificado prontamente el Manual del Usuario, con el propósito de permitir el uso del sistema a los niños y niñas ‘de brazos’, sin cobro alguno. Como esta Sala lo señaló en el pasado, “(...) el Sistema Troncal de Transmilenio es un ejemplo de la preocupación que se ha tenido en atender a las necesidades de transporte de todos los habitantes de Bogotá, incluido este grupo de personas, que en razón a su

discapacidad siguen estando marginadas y excluidas de la sociedad. La empresa Transmilenio S.A. ha fijado un alto estándar, incluso para sí misma, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. De tal suerte que las decisiones que adopten en cumplimiento de la presente sentencia, tan sólo representarán pasos adicionales a los ya recorridos por esta empresa del Distrito, en el propósito de remover la cargas excesivas que les impide a [las personas] una adecuada integración a la sociedad.”⁴⁶

Por lo tanto, la Sala revocará parcialmente la sentencia de instancia objeto de revisión, concederá parcialmente el amparo de tutela invocado por el Procurador Delegado y precisará que por ‘niños de brazos’ ha de entenderse toda niña y todo niño menor de 2 años, regla que deberá ser divulgada entre los operadores y los usuarios del sistema de transporte Transmilenio.

8. Conclusión

En conclusión, para esta Corporación,

(1) una acción de tutela puede ser promovida en calidad de agencia oficiosa para la protección de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional; máxime si la persona que pretende hacerlo es un funcionario público en ejercicio de sus competencias y si los sujetos que se pretende defender son niñas y niños;

(2) un derecho fundamental individual no pierde tal condición por el hecho de ser alegado en conjunto con otro grupo de personas que se encuentran en la misma situación fáctica, tal demanda de tutela no puede negarse bajo el supuesto erróneo de que se trata de derechos colectivos;

(3) una acción de tutela procede así no se presente en nombre de una persona determinada, siempre y cuando se interponga en el interés específico de sujetos concretos determinables; y

(4) el derecho fundamental de toda niña y todo niño “de brazos” a la protección de su libertad de movimiento en el contexto del servicio público urbano, contempla, como mínimo, el acceso efectivo y sin cargo alguno al sistema público de transporte.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- Revocar parcialmente el fallo proferido el 16 de julio de 2004 por el Juzgado 28 Penal del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia; en su lugar tutelar el derecho fundamental de toda niña y todo niño “de brazos”, usuario del sistema Transmilenio, a la protección integral, comprendiendo su libertad de movilización, en el contexto del servicio público urbano, el cual contempla, como mínimo, el acceso efectivo y sin cargo alguno al sistema público de transporte. Mientras no se regule específicamente la materia, se presume “de brazos” el menor de dos (2) años, por las razones señaladas en el apartado [6.9] de las consideraciones y fundamentos de esta sentencia.

Segundo.- Ordenar a Transmilenio S.A. que en el término de 72 horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, divulgue la nueva regla del Manual del Usuario y disponga lo necesario para su ejecución, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral anterior.

Tercero.- Para garantizar la efectividad de los derechos de los menores ‘de brazos’ usuarios del sistema de transporte Transmilenio, el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá deberá notificar al Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública la presente sentencia, dentro del término de 2 días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591.

Cuarto.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cargo desempeñado entonces por el abogado Humberto Sierra Porto.

2 Para el accionante, “[l]a creación de un estado justo requiere que nuestros gobernantes establezcan reglamentos racionales y aplicación de los ideales plasmados en los principios y reglas constitucionales. Hacer pagar a todos los niños supone un atentado contra los menores y contra los fines y propósitos constitucionales. Cualquier interpretación contraria, como aquella que permite el exigir el cobro del transporte a los niños atenta contra la Constitución y es una infracción flagrante de los derechos fundamentales.”

3 Constitución Política, artículos 1, 2, 11, 12, 13, 16, 17 20, 42, 48, 49, 50 52, 53 , 67, 68, 70, 93, 94, 96, 386. Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños. Declaración de los derechos del niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1959 y reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24). Pacto Internacional de Derechos Económicos (artículo 10). Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948). Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

4 Se aporta copia de la respuesta al proceso.

5 El derecho de petición fue presentado ante el IDU, dependencia administrativa que los remitió a Transmilenio S.A.

6 Dice Transmilenio: “Como bien se aprecia en el presente caso el señor Procurador encamina la tutela con la pretensión de modificar un acto de carácter general, impersonal y abstracto, como lo es el manual del usuario aprobado mediante la Resolución N° 155 del 23 de septiembre de 2002, acto administrativo de carácter general, es decir una finalidad claramente establecida en la norma como improcedente para la acción de tutela.”

8 La Subgerente participó mediante escrito presentado en julio 15 de 2004 al Juzgado 28 Penal del Circuito (folio 102, expediente).

9 Originalmente el manual decía: “2. Recomendaciones Generales.

- * • Por seguridad, los niños deben ir siempre de la mano de un adulto.
- * • Todo niño paga.
- * • (...)”

10 Corte Constitucional, sentencia T-033 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa); en este caso se confirmó la decisión de instancia de negar la acción de tutela interpuesta por una persona, en representación de su comunidad, contra la administración pública para solicitar que se reiniciaran las obras de construcción de una carretera, las cuales habían sido suspendidas en atención a lo dispuesto en otra acción de tutela interpuesta por la misma comunidad. Esta posición ha sido reiterado en varias ocasiones, entre ellas ver las sentencias T-058 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-767 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-647 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño). Para que la acción de tutela proceda como un mecanismo judicial idóneo de protección de derechos colectivos, señala la jurisprudencia, “(...) es necesario (i) que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea ‘consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo’. Además, (ii) el peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva; (iii) la vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente. Y (iv) finalmente, la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y ‘no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.’” Corte Constitucional, sentencia SU-1116 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Esta posición ha sido reiterada, entre otras, por la sentencia T-437 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

11 Presidencia de la República, Decreto 262 de 2000, artículo 24.- Funciones preventivas y de control de gestión. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley, las procuradurías delegadas

tienen las siguientes funciones de vigilancia superior, con fines preventivos y de control de gestión: || 1. Velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas. || 2. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones públicas y ejercer control de gestión sobre ellas, para lo cual podrán exigir a los servidores públicos y a los particulares que cumplan funciones públicas la información que se considere necesaria. (...)

12 Decreto 2591 de 1991, artículo 10.- Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. (...)
|| También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. || También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

13 Al respecto pueden verse, entre otras, las sentencias C-041 de 1995 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-143 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz), en ambos casos se reitero esta posición.

14 Así ocurre cuando la Corte declara un estado de cosas inconstitucional, la sentencia ampara los derechos de personas determinables, cuyo nombre no se conoce al momento del fallo, que están o estarán careciendo del goce de derechos fundamentales por causa de dicho “estado”; al respecto ver T-025 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

15 Apartado número 1 de las consideraciones y fundamentos.

16 Sentencia T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (En esta ocasión la Corte tuteló los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad de una persona que, en razón a su discapacidad y la ausencia de condiciones de acceso para personas como él, se le dificultaba en extremo acceder al transporte público (Transmilenio); la Corte ordenó, entre otras medidas, que en el término máximo de dos años se diseñara y pusiera en funcionamiento un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá). La dimensión positiva o prestacional que caracteriza a todos los derechos fundamentales es una posición defendida por la Corte Constitucional desde que fue instituida; en la sentencia T-427 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) consideró que

“también los derechos de libertad —derechos civiles y políticos fundamentales— pueden contener un elemento prestacional. En términos generales, el carácter prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y, en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar derivada del mismo texto constitucional.”

17 Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (En esta ocasión la Corte declaró la exequibilidad del artículo 2° de la Ley 628 de 2000, condicionada a que, entre otras cosas, los salarios de los servidores públicos que sean inferiores al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central, sean aumentados cada año en un porcentaje que, por lo menos, mantenga anualmente su poder adquisitivo real).

18 En la sentencia T-1279/01 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) se consideró a cerca del derecho a la salud que: “(...) el legislador determinó que enfermedades que no afectan de manera grave la salud de la persona deben ser costeadas por ella misma o su familia, sin que para ello pueda pretenderse la participación en los recursos destinados a combatir otras enfermedades de mayor entidad para el individuo y de mayor relevancia social, a juicio de los órganos democráticos habilitados para fijar las prioridades de la política pública de salud. Sin embargo, en reiteradas ocasiones la Corte ha sostenido que una persona tiene derecho a recibir una prestación específica así ésta haya sido excluida del POS cuando ello es necesario para evitar perjuicios graves a otros derechos fundamentales, en especial para evitar el desconocimiento del derecho a la vida o a la integridad del accionante. En esta hipótesis el ámbito de la protección del derecho a la salud se expande más allá de los límites que se le han fijado en virtud del POS. Pero la Corte debe apreciar caso por caso si ello es así.”

19 Los alcances de las obligaciones estatales relativas a prestaciones de desarrollo progresivo han sido precisados en el campo de los derechos sociales por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas al interpretar el Pacto Internacional sobre la materia, en especial su artículo 2 (1) que dice: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Por ejemplo el concepto de progresividad como obligación de lograr el máximo nivel de protección posible y de avanzar

gradualmente hacia esa meta, fue desarrollado ampliamente en relación con la salud (artículo 12 del Pacto) en la “Observación General N° 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (11 de mayo de 2000, Período N° 22 de sesiones). En un plano más general, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes frente a la progresividad, ver “Observación General N° 3 del ECOSOC” (Quinto Período de Sesiones, 1990, E/lg 91/23), en especial el párrafo 9. Cabe destacar que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos también se recoge el principio de “desarrollo progresivo” con el fin de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas” en los instrumentos allí indicados (artículo 26). En un sentido más preciso y siguiendo el lenguaje del Pacto Internacional se puede ver el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “el fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos. Además, el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales” (CIDH, Informe Anual, 1993, OEA/Ser. L/V/II.85 Doc. 8rev, 11 de febrero de 1994). No aborda la Corte Constitucional en esta oportunidad otros efectos del concepto de progresividad que no son relevantes para el caso, como por ejemplo el de si la progresividad impide que el Estado retroceda en algunos aspectos del nivel de protección que brindaba y en caso de que sea permitido el retroceso en algunos aspectos, cuáles son las condiciones en que éste es compatible con la Constitución.

20 Cfr. Sentencia T-595 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

21 Corte Constitucional, sentencia T-680 de 2003 (MP Manuel José Cepeda). En la sentencia la Corte consideró “(...) que dictada la Ley 755 de 2002 por el Congreso de la República, precisamente para dar desarrollo al artículo 44 de la Constitución y garantizar, por vía del reconocimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad en los casos y bajo las condiciones establecidos en dicha normatividad, los compromisos constitucionales, de carácter prestacional, han adquirido la concreción suficiente para gozar de plena efectividad. Ello porque los elementos del derecho fundamental del menor (artículo 44 de la Constitución), desarrollado mediante el reconocimiento legal de un derecho paterno a ser licenciado durante varios días hábiles sin pérdida de su remuneración con el fin de prodigar

el cuidado y el amor que el recién nacido requiere, han sido suficientemente precisados para hacerse judicialmente exigibles, a saber las entidades obligadas –las empresas prestadoras de salud a la que se encuentren afiliados los titulares del derecho a la licencia– y por el monto de la obligación (cuatro u ocho días hábiles de remuneración) en caso de que se cumplan las condiciones establecidas en la ley.”

22 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid, 1992. La acción hace referencia a dos de ellos así: “(...) [la] etimología de la palabra ‘explotación’ según el profesor del Instituto de Altos Estudios y de la Universidad Sorbona de París, Ramón García Pelayo y Gross, en su diccionario enciclopédico de la lengua castellana manifiesta que el significado de la ‘explotación es la acción de aprovechar o sacar provecho o beneficio de bienes, bosques, fábricas, comercio o negocio, también significa la acción de abusar; explotación del hombre por el hombre; o sacar provecho abusivo de alguien o de algo, explotar a una persona’.”

23 Constitución Política de 1991 (por ejemplo): [i] artículo 330.- De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. [ii] artículo 334.- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. [iii] artículo 360.- La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. || La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. || Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten

dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.

24 Constitución Política de 1991 (por ejemplo): [i] artículo 336.- Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley (...) La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. [ii] artículo 362.- Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.

25 Constitución Política de 1991, artículo 44.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (...)

26 Al respecto ver, por ejemplo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional [artículo 3 - Definiciones. Para los fines del presente Protocolo:

(a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; (b) El consentimiento dado por la

víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado (a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; (c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado (a) del presente artículo; (...)]. La cuestión de la “explotación”, en sentido negativo, también se aborda también en la sentencia C-318 de 2003 (MP Jaime Araujo Rentería), en la cual se estudió la constitucionalidad del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de Mayo de dos mil (2000).

27 Corte Constitucional, sentencia T-471 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo). En este caso la Corte resolvió conceder la tutela pedida y, en consecuencia, ordenó “(...) a la empresa Santandereana de Aceites S.A. -SACEITES-” que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes (...), proceda a retirar de circulación las etiquetas, avisos o anuncios, y en general el material publicitario del aceite Sol y Vida, en donde aparezca la imagen de la menor (...), a menos que medie autorización expresa de ésta, a través de sus representantes legales. || La protección concedida no se extiende a lo relacionado con reclamaciones de carácter económico, las cuales deberán tramitarse ante la justicia ordinaria.” Al respecto ver también la sentencia T-409 de 1998 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

28 Al respecto ver: Código Penal, artículo 188a.- [Adicionado por la Ley 747 de 2000, artículo 2º] Trata de personas. El que promueva, induzca constriña facilite financie, colabore o participe en el traslado de una persona dentro del territorio nacional o al exterior recurriendo a cualquier forma de violencia, amenaza, o engaño, con fines de explotación, para que ejerza prostitución, pornografía, servidumbre por deudas, mendicidad, trabajo forzado. Matrimonio servil, esclavitud con el propósito de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio, para si o para otra persona incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y una multa de seiscientos (600) a mil (1000) salarios mínimos legales vigentes mensuales al momento de la sentencia condenatoria.

29 Como lo ha señalado la Corte “(...) el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, en las que sus derechos fundamentales se

dispongan como meras prestaciones de contenido simbólico y programáticas; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que el legislador al momento de regular cualquier institución o figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44).” Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) En este caso la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la edad mínima a partir de la cual toda persona puede ingresar al mercado laboral. Posteriormente se hará referencia a lo decidido y lo resuelto en este caso.

30 Continúa la Corte: “El desarrollo libre, armónico e integral del menor en una sociedad democrática, por ejemplo, depende en gran medida de recibir una educación adecuada. El Estado debe crear las condiciones para asegurar la posibilidad de que los menores puedan (i) acceder al sistema educativo y (ii) permanecer en él [T-02 de 1992]. De forma similar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia de la recreación, pues cuando a un niño se le priva de su derecho al juego, no sólo se le está negando la recreación, se le está privando la posibilidad de desarrollarse libre, armónica e integralmente. El juego le permite al menor socializarse, interactuar con otros niños; trabajar en equipo o desarrollar su imaginación. El vacío emocional y afectivo de un menor cuando se le priva de su derecho de recreación tiene un impacto negativo en su formación y en su interacción con los demás niños de su edad [Corte Constitucional, sentencia T-466 de 1992].” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SPV M. Álvaro Tafur Galvis; SV M. Jaime Araujo Rentería y M. Alfredo Beltrán Sierra).

31 Los niños y niñas, incluso si son ‘de brazos’, son titulares, al igual que toda otra persona, del derecho a la libertad de locomoción. Por supuesto, se trata de un derecho que no pueden ejercer de forma autónoma e independiente, al igual que ocurre con muchas personas que tienen discapacidades severas, pero igual de vital e indispensable que para el resto de las personas.

32 Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SPV M.

Álvaro Tafur Galvis; SV M. Jaime Araujo Rentería y M. Alfredo Beltrán Sierra) En este caso la Corte decidió que a “(...) la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños.”

33 Continúa la sentencia: “5.1.2. Según la Constitución (artículo 44) los niños tienen, entre otros, los derechos fundamentales (1) a la “vida”; (2) a “la integridad física”; (3) a “la salud y la seguridad social”; (4) a “la alimentación equilibrada” (5) a “su nombre y nacionalidad”; (6) “a tener una familia y no ser separado de ella”; (7) al “cuidado y amor”, (8) a “la educación”; (9) a “la libre expresión de su opinión.”. || 5.1.3. La Constitución reconoce a los niños el derecho a ser “asistidos” y “protegidos”, estableciendo como responsables de esta obligación a “la familia, la sociedad y el estado”. La norma (art.44, CP) establece específicamente que los niños tienen el derecho fundamental a ser protegidos contra “toda forma de (11) abandono; (12) violencia física o moral, (13) secuestro, (14) venta, (15) abuso sexual, (16) explotación laboral o económica, y (17) trabajos riesgosos.”

|| 5.1.4. El reconocimiento de los derechos de los niños que hace la Constitución no es taxativo (art. 44). Expresamente se advierte que los niños gozarán también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.” (art. 44, CP). De esta forma el constituyente de 1991 decidió hacer expresa, para el caso de los menores, la regla general según la cual “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (art. 94, CP)”

34 Continúa la sentencia: “5.2. Reglas internacionales y nacionales sobre protección de menores y jurisprudencia constitucional relevante || 5.2.1. Normas internacionales sobre protección de menores. Siguiendo el espíritu de la Declaración de los Derechos del Niño

(1959), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP, 1966) incluye una disposición dedicada expresamente a los derechos de los niños (artículo 24). La norma establece, expresamente, que “[t]odo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere” (acento fuera del texto original). Esta “protección” al igual que lo demanda la Constitución, debe darla tanto su familia como la sociedad y el Estado. En sentido similar, el Pacto de Derechos Sociales Económicos y Culturales (PDESC, 1966) contempla una serie de derechos de protección que conllevan actuaciones de carácter positivo por parte del Estado. En el caso de los niños y los adolescentes se contempla una cláusula de protección general, así como reglas específicas en trabajo, educación y salud. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969) también coincide con lo dispuesto en el PDCP, indicando que los niños tienen derechos de protección específicos. Esta posición ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), intérprete autorizado de la Convención. || La Convención sobre los derechos del niño (CDN; 1989) también reitera la posición fijada por las anteriores convenciones y señala que la protección de todo menor debe estar orientada a garantizar el ejercicio libre y autónomo de sus derechos, de acuerdo a su edad y madurez. Como lo ha señalado el Comité sobre los Derechos del Niño, el deber de asegurar el interés superior del niño que impone la Convención a todo Estado parte, implica al Gobierno, al Congreso y a los Jueces adoptar medidas positivas en la defensa de sus derechos. La Convención (CDN) establece varios derechos de protección a favor de los menores en diversos aspectos de su vida. Algunos, específicos, delimitan su ámbito de aplicación y las medidas concretas que deben tomarse para garantizarlos; otros, generales, señalan criterios amplios con base en los cuales los Estados deben coordinar sus acciones. Concretamente, deben adoptarse medidas para proteger el derechos a la salud –específicamente cuando éste puede verse afectado por prácticas tradicionales—; al mínimo vital; a un desarrollo armónico e integral; y a la educación, el cual tiene gran importancia, si se pone presente que de éste depende en gran medida que el menor conozca los demás derechos, los ejerza, los defienda y los respete. La Convención también protege los derechos de los menores en material laboral y penal, contemplando específicamente como medidas de protección “fijar legalmente la edad mínima para” poder trabajar (celebrar contratos laborales) y para poder tener responsabilidad penal (tener responsabilidad penal).

35 Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SPV M. Álvaro Tafur Galvis; SV M. Jaime Araujo Rentería y M. Alfredo Beltrán Sierra).

36 Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

37 Dice la sentencia: “Desde sus inicios, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la libertad de locomoción, derecho reconocido a todo colombiano por el artículo 24 de la Carta Política, comprende por lo menos en su sentido más elemental, la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos [Esta noción se consideró en la sentencia T-518 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero)]. Se trata de un derecho constitucional que al igual que el derecho a la vida, tiene una especial importancia en tanto que es un presupuesto para el ejercicio de otros derechos y garantías, como por ejemplo, el derecho a la educación, al trabajo o a la salud.” Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

38 Dice la sentencia T-595 de 2002 al respecto: “(...) no se trata sólo de una mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 105 de 1993 (por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector del transporte y se dictan otras disposiciones) resaltando la importancia del mismo y señalando los principios que deben regir la actividad dentro de ese sector. Dentro de estos se encuentra el carácter de servicio público, || “Artículo 3° — Principios del Transporte Público. El transporte público es una industria encaminada 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 de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica y se regirá por los siguientes principios: || (...) || 2. Del carácter de servicio público del transporte. La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. || (...) || Existirá un servicio básico de transporte accesible a todos los usuarios. || (...)” (acento fuera del texto original).

40 En la sentencia C-018 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte decidió, entre otros asuntos los siguientes: [1] “(...) la sanción de inmovilización del vehículo contemplada en las disposiciones contenidas en el artículo 131 del CNTT es razonable bajo cada uno de los supuestos. Se trata de normas que imponen una restricción a un derecho (libertad de

locomoción), en pro de un fin constitucionalmente importante (la protección de los derechos fundamentales de las personas que transitan por las vías y la conservación del orden público vial), a través de un medio que no está prohibido (imponer como sanción la retención temporal de un bien) y es efectivamente conducente para lograr el fin buscado.” [2] “(...) No resulta manifiestamente irrazonable que el legislador haya estimado que si los ciclistas van al costado izquierdo de la vía en la red vial nacional, seguramente se toparán con vehículos que vienen en sentido contrario, si la calle es de doble vía, o con vehículos que transitan por un carril de alta velocidad, si la calle va en un solo sentido. Ir por la izquierda es más riesgoso que ir por la derecha, pues independiente a si se aumenta o no la probabilidad de sufrir un accidente, por la izquierda un accidente tiene una altísima probabilidad de tener consecuencias mayores y más graves para la integridad del ciclista o el motociclista.” En este fallo la Corte resolvió declarar inexequibles, por los cargos analizados en la sentencia, los incisos 1, 2 y 7 del literal B, los incisos 1 y 14 del literal C, y los incisos 1, 2, 9, 16, y 17 del literal D del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, CNT; y declarar inexequibles, por los cargos analizados en la sentencia, los incisos 1° y 2° del artículo 94 y el literal A del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, CNTT.

41 CNTT, artículo 131.- Multas. Los infractores de las normas de tránsito pagarán multas liquidadas en salarios mínimos legales diarios vigentes así: || (...) || B. Será sancionado con multa equivalente a ocho (8) salarios mínimos legales diarios vigentes, el conductor de un vehículo automotor que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones: (...) Llevar niños menores de diez (10) años en el asiento delantero.

42 CNTT, artículo 59.- Limitaciones a peatones especiales. Los peatones que se enuncian a continuación deberán ser acompañados, al cruzar las vías, por personas mayores de dieciséis años: || Las personas que padezcan de trastornos mentales permanentes o transitorios. || (...) || Los menores de seis (6) años (...).

43 Acerca de conducción de vehículos, en general.

44 Continúa la norma: “Los pasajeros menores de que trata el presente numeral, en caso de no viajar con sus padres o un adulto responsable, deberán hacerlo recomendados a la aerolínea, conforme a las condiciones señaladas por ésta, la cual podrá cobrar cargos adicionales en caso de requerirse la asignación de personal adicional para la custodia del

menor o cualquier cuidado adicional que implique costos para ella. Dichos costos deben ser de público conocimiento y serán informados al pasajero al momento de adquirir el tiquete.”

45 Por ejemplo: ¿Está obligado el servicio de transporte urbano a prestar el servicio a un menor cuando éste carece de medios para cancelar el pasaje y se encuentra en juego su vida e integridad?

46 Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) En donde se cita [las personas], se lee en la sentencia original “los discapacitados”.