



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA PENAL
DE DECISION. Cartagena, tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021).**

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ.

APROBADA POR ACTA No. 094

La señora Geri Luques Añez, quien actúa a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra la Policía Metropolitana de Cartagena, la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias - Secretaria de Planeación Distrital y Gerencia de Espacio Público y Movilidad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la Igualdad, Trabajo, Mínimo Vital, libertad de Locomoción.

I. ANTECEDENTES

1. Relata la accionante que es sujeto de especial protección constitucional por pertenecer a una población vulnerable como lo son las mujeres trans migrantes de nacionalidad venezolana.

2. Manifiesta también que en fecha 14 de noviembre de 2020, aproximadamente a las 19:55, caminaba por el centro histórico de Cartagena de Indias cargando las artesanías



y dibujos fruto de su trabajo manual durante la pandemia, cuando un funcionario de la Policía Metropolitana de Cartagena la abordó y le incautó las manualidades, por presunta indebida ocupación del espacio público, para lo cual levantó un acta con un inventario, y le informó que para solicitar su devolución debía acercarse a la Gerencia de Espacio Público y Movilidad el día martes 17 de noviembre de 2020.

3. En consecuencia, el día martes 17 de noviembre de 2020 la accionante se acercó a la Gerencia de Espacio Público y Movilidad para solicitar la devolución de sus artesanías, pues afirma que necesita de ellas para poder trabajar y obtener su sustento mínimo y generar ingresos que le permitan adquirir más materiales.

4. Sin embargo, en dicha entidad le manifestaron que para poder iniciar el trámite de devolución debía pagar el costo del bodegaje de sus artesanías, por un valor de ciento trece mil quinientos pesos \$113.500 m/cte, el cual debe ser consignado a la cuenta de ahorro del Banco BBVA No. 756-001210, y que una vez cancelado se debe enviar el recibo de la consignación al correo atencionalciudadano@cartagena.gov.co, junto con la solicitud de devolución.

5. Expresa que no cuenta con ningún otro ingreso económico que le permita vivir dignamente en la ciudad de Cartagena, pues argumenta que se ha hecho más difícil conseguir trabajo en época de pandemia, que no tiene otras artesanías que pueda vender, y tampoco cuenta con materia prima para elaborarlas nuevamente, por lo cual, considera que no le es posible pagar el valor de bodegaje exigido.



6. Finalmente, argumenta que no infringió ninguna norma de carácter administrativo, por lo cual, la decisión de decomisarle sus artesanías, por el solo hecho de portarlas mientras caminaba por la calle, resulta desproporcional, discriminatoria y muy lesiva para sus derechos humanos fundamentales, al igual que lo es el cobro de un valor excesivo por concepto de bodegaje.

7. Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital, libertad de locomoción y, en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, a la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias – Secretaria de Participación Distrital y Gerencia de Espacio Público y Movilidad que realicen la devolución inmediata de sus artesanías y dibujos, y se le dé aplicación al test de proporcionalidad, excepción de inconstitucionalidad y control de convencionalidad respecto a la decisión de dichas entidades de incautarle sus artesanías y dibujos, así como del cobro excesivo para poder recuperarlos.

8. El conocimiento de la presente acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, el cual, mediante fallo de 28 de enero de 2021, resolvió declarar la improcedencia de la acción constitucional, tras considerar, en primer lugar, que la accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que generara la necesidad de impetrar el carácter sustitutivo y subsidiario de la acción de tutela y, de otro lado, consideró que existe un mecanismo eficaz e idóneo en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.



9. Una vez enterada de la decisión, el apoderado judicial de la accionante la impugnó al considerar que recurrir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resultaría demorado y muy lesivo de los derechos fundamentales de la solicitante, puesto que al ser incautadas las artesanías que vendía para subsistir, no se le proporcionó ningún tipo de empleo que le signifique una fuente de ingresos.

Por otro lado, sostiene que, dada la pandemia Covid-19 y la condición de migrante irregular de la accionante, le es muy difícil obtener un empleo, por lo tanto, no cuenta con recursos para pagar la alta suma que se solicita por las artesanías decomisadas. Además, argumenta que todas las dilaciones que se han suscitado al interior del trámite de la presente acción de tutela ya le han generado a la actora algunas afectaciones psicológicas, al padecer los obstáculos y revictimizaciones que sufren las personas pertenecientes a la comunidad LGBT y en Situación de Movilidad Humana.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Mediante la acción de Tutela toda persona podrá reclamar ante los Jueces, por medio de un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala la Ley.

La acción de tutela es el mecanismo Constitucional que puede lograr con eficacia la protección inmediata de un derecho fundamental cuando se vea amenazado o lesionado por el actuar de las autoridades o la omisión de ella. No cabe duda que la



referida herramienta es la creación legal más trascendental e importante con que los asociados puedan defenderse frente a las amenazas de quienes les gobiernan. Es por eso, que el ordenamiento le ha establecido una reglamentación especial, revistiendo su trámite de prontitud y preferencia al momento de ser conocida por el Juez de tutela, precisamente porque lo que está en juego es un derecho fundamental que requiere inmediata protección.

2. En el caso sub examine, el día 14 de noviembre del año 2020 un funcionario de la Policía Nacional le decomisó a la señora Geri Luques Añez las artesanías que llevaba consigo cuando transitaba en el sector del centro histórico de la ciudad de Cartagena, por presunta indebida ocupación del espacio público.

Posteriormente, el día 17 de noviembre del 2020 la accionante se dirigió a la Gerencia de Espacio Público y Movilidad con el fin de solicitar la devolución de la mercancía en cuestión, donde se le informó que para ello debía cancelar la suma de ciento trece mil quinientos pesos \$113.500 m/cte, el cual debe ser consignado a la cuenta de ahorro del Banco BBVA No. 756-001210, y que una vez cancelado se debe enviar el recibo de la consignación al correo atencionalciudadano@cartagena.gov.co, junto con la solicitud de devolución.

Tal requerimiento encuentra sustento normativo en el Decreto 0184 de 2014, expedido por la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, por medio del cual “se dictan disposiciones y medidas tendientes a la protección y preservación de la integridad del espacio público distrital y su destinación al uso común”, en cuyo capítulo V se regula el



trámite de la denominada medida de retención de bienes, procedente sobre los objetos utilizados en una ocupación indebida del espacio público.

El artículo Décimo Segundo del Decreto 0184 de 2014 reza que la medida administrativa de retención de bienes “busca salvaguardar el goce de los derechos colectivos y el bien común, en este caso el espacio público, y se adoptará mediante orden de policía no susceptible de recurso, que se adelantará cautelarmente mientras se adelanta la actuación sancionatoria por parte del inspector de policía.”

A su turno, el art. 18 *Ibidem* consagra lo siguiente:

“ACTUACIÓN DEL INSPECTOR DE POLICÍA. La Gerencia de Espacio Público y Movilidad enviará un informe dirigido al inspector de policía para que este imponga la medida de retención de bienes por ocupar el espacio público. Una vez en firme el acto administrativo que impone dicha medida se remitirá a la Gerencia de Espacio Público y Movilidad para las anotaciones del caso en la base de datos de infractores del espacio público ordenando su devolución una vez el infractor cancele en favor del Distrito los gastos de bodegaje que apliquen en particular.”

Por último, el artículo vigésimo segundo establece que **“Para la devolución de los bienes y elementos retenidos, el solicitante deberá demostrar previamente el pago de los costos liquidados del bodegaje.** Transcurrido el plazo fijado por el inspector de policía, la Gerencia de Espacio Público y Movilidad, hará efectiva la entrega material de los bienes retenidos, para lo cual se suscribirá acta de entrega”.



Previo a la devolución de los bienes decomisados, corresponde al Gerente de Espacio Público liquidar los gastos de bodegaje, conforme a las reglas dispuestas para el efecto en el art. 20 del mismo decreto¹.

De las anteriores premisas normativas, es posible extraer como conclusión preliminar que la situación fáctica que motivó el procedimiento policivo de retención de los bienes de la accionante, con fines de recuperación del espacio público, fue decidida mediante un acto administrativo expedido por un Inspector de Policía de la ciudad, en contra del cual, no procede recurso alguno.

En ese sentido, la manifestación que hace la accionante en su solicitud de tutela referente a que no infringió ninguna norma de carácter administrativo que la hiciera merecedora de la medida de retención de bienes, se traduce en un cuestionamiento a la legalidad del acto administrativo proferido por el inspector de policía competente, que sin duda alguna debe ser decidido en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo consideró el juez de primera instancia, al desarrollar lo atinente al carácter subsidiario de la acción de tutela contra actos administrativos, que estima la Sala innecesario replicar en esta oportunidad.

Sin embargo, los hechos expuestos en la solicitud de tutela ponen de relieve otras situaciones con relevancia constitucional que no fueron tenidas en cuenta por el juez de

¹ Para los efectos de la liquidación de los costos del bodegaje generados con la medida de retención, queda facultado el Gerente de Espacio Público y Movilidad quien deberá expedir resoluciones que contengan las tarifas de bodegaje de conformidad con los valores comerciales vigentes. Para fijar dichos valores, atendiendo los principios de igualdad y equidad se deberá tener en cuenta el volumen de los elementos almacenados, así como la tarifa cobrada comercialmente, entre otros aspectos.



primera instancia, y que no se relacionan directamente con el acto administrativo que decidió la medida de retención de bienes, sino con la actuación administrativa que le siguió.

En efecto, y tal como se pudo apreciar del anterior recuento normativo, en el trámite de la medida administrativa de retención de bienes por ocupación del espacio público se surte una etapa final, que es posterior a la ejecutoria del acto administrativo expedido por el inspector de policía, y está en cabeza de la Gerencia de Espacio Público, a quien corresponde liquidar los gastos de bodegaje que debe pagar quien solicita la devolución de los bienes decomisados, entrega que es procedente una vez se ha agotado el periodo retención dispuesto por el Inspector de Policía.

Es en el marco de ese procedimiento de devolución de los bienes que le fueron decomisados, que la accionante alega la vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital, pues afirma que no tiene los recursos para pagar el valor de \$113.500 por el que se liquidaron los gastos de bodegaje, y que, a su vez, el no contar con sus artesanías le ha impedido no solo obtener los recursos mínimos para asegurar su subsistencia, sino que además no ha podido desarrollar su ocupación como comerciante de las artesanías que ella misma confecciona, pues no ha podido generar nuevos ingresos para comprar más materiales y hacer nuevas artesanías.

3. Así las cosas, el problema jurídico que corresponde a la Sala resolver consiste en determinar si la actuación adelantada por la Gerencia de Espacio Público de Cartagena, al dar aplicación a la norma contenida en el artículo vigésimo segundo del Decreto 0184



de 2014 de la Alcaldía Distrital de Cartagena, según la cual **“Para la devolución de los bienes y elementos retenidos, el solicitante deberá demostrar previamente el pago de los costos liquidados del bodegaje”**, vulnera los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la accionante Geri Luques Añez, quien se dedica a la venta informal de las artesanías que ella misma elabora, es migrante en situación irregular y pertenece a la comunidad LGTB.

4. Para resolver el anterior planteamiento, debe decirse, en primer lugar, que la Gerencia de Espacio Público de Cartagena fijó los gastos de bodegaje que debía cancelar la accionante en un monto de \$113.500, y que al interior de esta actuación no se incorporó la resolución que fija las tarifas a partir de las cuales se calculó dicho valor. En consecuencia, no es posible calcular si la liquidación se encuentra ajustada o no a la tarifa correspondiente.

Sin embargo, lo anterior no impide que la Sala estudie si el cumplimiento de esta carga constituye para la accionante un grave perjuicio, en especial, porque esta no ha cuestionado la liquidación de los gastos de bodegaje desde un punto de vista formal, por lo cual, la misma debe presumirse ajustada a la tarifa legal.

A lo que apunta la queja de la accionante es a que no debe exigírsele el pago de tales gastos de bodegaje en razón a su pertenencia a tres diferentes grupos poblacionales vulnerables que, justamente, se encuentran asociados a situaciones de marginación y a la carencia de recursos económicos para satisfacer las necesidades básicas del ser humano.



Así, para la resolución de este asunto, la Sala deberá desarrollar los siguientes ejes temáticos: i) derecho fundamental al mínimo vital; ii) protección constitucional de los vendedores informales, migrantes irregulares- caso venezolanos- y transexuales; iii) excepción de inconstitucionalidad; y iv) caso concreto.

5. El Mínimo Vital como derecho constitucional fundamental y su protección a través de la acción de tutela.

Uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, esta prerrogativa se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, y adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.²

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al mínimo vital confluye y se fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas al mínimo vital, así como lo afirma la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual establece que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de

² Sentencia T-716/17 MP. CARLOS BERNAL PULIDO



pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.³

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho”;⁴ y junto con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, constituye lo que se ha denominado el bloque de constitucionalidad.

Bajo lo anterior queda evidenciado que el derecho al mínimo vital protege a las personas que no cuentan con los recursos o medios de subsistencia para poder llevar una vida digna y que de no ser tenido en cuenta puede acarrear en un perjuicio irremediable como lo es la afectación de la salud y por consiguiente la vida.

Por otro lado, es importante destacar que la Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales pues se conectan de manera directa con los

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” y Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San Salvador”.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, Proclamada por la Asamblea General en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y promulgado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.



valores que los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.



En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.⁵

6. De la excepción de inconstitucionalidad.

El principio de supremacía constitucional del Estado Social de Derecho impone a las autoridades administrativas y judiciales el deber de dar aplicación a las normas constitucionales en todos los asuntos que son sometidos a su conocimiento, lo que acarrea no solo el imperativo de desplegar las actuaciones tendientes a la prevención, protección, salvaguarda y restablecimiento de los derechos fundamentales de los intervinientes en el trámite correspondiente, sino que además establece en cabeza de las autoridades el deber de no propiciar con su propia actuación la violación de un precepto de estirpe constitucional.

En ese contexto, de vieja data la jurisprudencia nacional viene hablando de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, en virtud de la cual, corresponde a las autoridades inaplicar una norma que, siendo de rango legal inferior a las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, su aplicación se materializaría en la transgresión de una o varias disposiciones constitucionales, pues las particulares circunstancias del

⁵ Sentencia SU132/13 MP. ALEXEI JULIO ESTRADA



caso en concreto propician la inconstitucionalidad del mandato legal que ordinariamente regula la situación fáctica sometida a consideración de una autoridad administrativa o judicial.

Sobre el tema, la Sala tiene a bien citar en extenso, el fallo T – 389 de 2009:

“la excepción de inconstitucionalidad es una figura cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 4 de la Constitución, del cual se deriva la obligación de aplicar preferentemente las normas constitucionales, cuando las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con las primeras. La jurisprudencia ha venido evolucionando en la comprensión del contenido normativo descrito, y en los últimos años ha desarrollado la interpretación según la cual, la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales.”

Al respecto se dijo en la sentencia T-808 de 2007:

“Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones de inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional.”

En segundo término, resulta indispensable fijar el alcance de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, y determinar si dicha aplicación persigue la protección de la supremacía constitucional en abstracto o tiene como fin conjurar la incidencia negativa y perjudicial de normas de inferior jerarquía a las constitucionales, en los derechos constitucionales de una persona en un caso concreto.



En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4° de la Carta, hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas. En consecuencia, los principios constitucionales en juego en este contexto son en la mayoría de las ocasiones los relativos a los derechos constitucionales de las personas (derechos fundamentales).

Desde otro lado, la supremacía constitucional debe ser entendida también desde la perspectiva que aboga por la defensa y preferencia de valores constitucionales en abstracto, como por ejemplo la separación de poderes o el principio democrático o incluso el principio de igualdad, la cual tiene mecanismos definidos en el artículo 241 de la Constitución, que complementan el diseño de nuestro sistema de control de constitucionalidad. Por ello, la guarda de la supremacía constitucional derivada del artículo 4° de la Constitución ejercida por los operadores jurídicos, se ejerce en un escenario de aplicación de normas de inferior jerarquía a la constitucional a casos concretos de personas, y se da por lo general en un contexto de primacía de los principios constitucionales que contienen derechos fundamentales.”⁶

De lo anterior, debe destacarse entonces que cuando se habla de la excepción de inconstitucionalidad sobre una norma determinada de rango inferior a las que hacen parte del bloque de constitucionalidad, debe entenderse como la conclusión resultante de su confrontación con las particularidades del caso en concreto, y no como juicio abstracto de inexequebilidad, pues esta solo ha de ser declarada por la Corte Constitucional, mediante la sentencia que resuelve una demanda de constitucionalidad.

7. Inaplicación del art. 22 del decreto 0184 de 2014 por afectación al mínimo vital de la accionante.

⁶ Ver también sentencia SU- 132 de 2013.



Para esclarecer si se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre la norma contenida en la primera parte del artículo 22 del Decreto 0184 de 2014⁷, procederá la Sala a analizar los factores que confluyen en el caso que hoy nos ocupa, pues como ya se vio, la herramienta constitucional en examine constituye un deber en cabeza de las autoridades administrativas y judiciales cuando se verifica que de la aplicación de una norma determinado seguirá la violación de un postulado de rango constitucional.

Se tiene que la accionante Geri Luques Añez es una ciudadana de nacionalidad venezolana que se encuentra en Colombia en situación irregular. Al respecto, cabe recordar que dada la situación actual de Venezuela muchos ciudadanos del hermano país ingresaron a Colombia sin la debida documentación migratoria, debido a que les fue imposible obtenerlos en medio de las dificultades administrativas propias de la crisis humanitaria que atraviesa esa nación. Al respecto, en la Sentencia T-452/19, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“los migrantes de nacionalidad venezolana son considerados como un grupo en situación de vulnerabilidad. Por ello, la CIDH exhortó a los Estados miembros de la OEA, entre otras cosas, a: i) “Garantizar el ingreso al territorio a las personas venezolanas para buscar protección internacional o para satisfacer necesidades humanitarias urgentes, incluyendo el reconocimiento de la condición de refugiado. Asimismo, se deben adoptar medidas dirigidas a garantizar la reunificación familiar de

⁷ Decreto 0184 de 2014 Artículo 20: Costos de Bodegaje. Para los efectos de la liquidación de los costos del bodegaje generados con la medida de retención, queda facultado el Gerente de Espacio Público y Movilidad quien deberá expedir resoluciones que contengan las tarifas de bodegaje de conformidad con los valores comerciales vigentes. Para fijar dichos valores, atendiendo los principios de igualdad y equidad se deberá tener en cuenta el volumen de los elementos almacenados, así como la tarifa cobrada comercialmente, entre otros aspectos.

Decreto 0184 de 2014 Artículo 21: Solicitud para la devolución de bienes. Quien demuestre la titularidad de los bienes retenidos podrá solicitar formalmente la liquidación de los costos del bodegaje (...)



las personas venezolanas con sus familias”; ii) “Expandir canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la progresiva expansión de la liberalización de visas, así como regímenes de facilitación de visas de fácil acceso (...). Estos canales deben ser accesibles en términos económicos y jurídicos, lo cual incluye asegurar que sean accesibles también para personas venezolanas que por razones ajenas a su voluntad no cuenten con la documentación usualmente requerida para estos trámites”; iii) “Implementar una estrategia coordinada de alcance regional e internacional, la cual debe estar basada en la responsabilidad compartida y en el abordaje desde un enfoque de derechos humanos para dar respuesta a la rápida y masiva situación de personas que se están viendo forzadas a migrar de Venezuela; iv) “No criminalizar la migración de personas venezolanas, para lo cual deben abstenerse de adoptar medidas tales como el cierre de fronteras, la penalización por ingreso o presencia irregular, la necesidad de presentar un pasaporte para obtener ayuda y protección internacional, la detención migratoria; y discursos de odio”; y, v) finalmente, “Implementar medidas para promover la integración social y la resiliencia de las personas venezolanas, en particular a través de la garantía de los derechos a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el acceso al derecho al trabajo, la educación y la seguridad social”.

35. En tal virtud, el 3 y 4 de septiembre de 2018, distintos países de la región, (Argentina, México, Chile, Perú, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Uruguay, Bolivia, Republica Dominicana, Brasil, Panamá y Paraguay) se reunieron en Quito para discutir los graves impactos de la migración proveniente de Venezuela. Producto de esa reunión los países adoptaron la Declaración de Quito sobre Movilidad Humana de ciudadanos venezolanos.”⁸

Por lo anterior, sin lugar a realizar mayores elucubraciones, se ha de concluir que la accionante, en efecto, hace parte de una población vulnerable, reconocida por nuestro máximo Órgano en lo constitucional como sujetos de especial protección por las autoridades colombianas y, por ende, destinatarios de especiales medidas afirmativas tendientes a garantizar el proceso de integración de los venezolanos que, masivamente, salieron de su país.

⁸ Sentencia T-452/19 MP. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS



Por otro lado, se encuentra acreditado que la actora se ha estado desempeñando como vendedora informal en las calles del Centro Histórico de Cartagena para obtener los ingresos económicos para su sustento, y que su labor consiste en vender las pinturas y demás artesanías que ella realiza con sus propias manos.

En lo que respecta a este tipo imperfecto de actividades comerciales debe tenerse en cuenta que quienes las ejercen se encuentran en una situación que se estima cercana a la pobreza extrema, y en ese contexto, resulta fundamental que se garantice el derecho fundamental al trabajo⁹ a través del uso a las políticas públicas implementadas con el fin de brindar formas de empleo a estos vendedores.

La H. Corte Constitucional, en sentencia T-105 de 2015 efectuó un recuento de la Jurisprudencia Constitucional frente a este tema, en el que se realizó una caracterización del crudo escenario en el que los vendedores informales ejercen sus labores, que considera la Sala traer a colación:

“la Corte explicó que la venta informal es una forma de precariedad laboral que pone al individuo en situación de vulnerabilidad, ya que se trata de trabajos mal remunerados, inexistencia de estabilidad laboral, falta de afiliación al sistema de seguridad social y de salud e ingresos fluctuantes, que en su conjunto limitan la posibilidad de autodeterminación del individuo. Además, razonó que la economía informal es el resultado de la exclusión sistemática de cierta población, por lo que advirtió que causas externas les impide desarrollar con libertad y autonomía el proyecto de vida.

⁹ Constitución Política **Artículo 25**. El **trabajo** es un **derecho** y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene **derecho** a un **trabajo** en condiciones dignas y justas.



Apoyando esas mismas razones, reiteró la obligación de incorporar e implementar medidas a favor de quienes ven afectados sus derechos al trabajo y al mínimo vital por los planes de recuperación del espacio público, con el fin de no privar de oportunidades económicas ni de los únicos medios que tienen a su disposición para procurarse su sustento y el de su familia a vendedores informales.

Que la ocupación del espacio público por el trabajo informal está ligada al “crecimiento natural de las ciudades, bien sea por abandono del campo, por desplazamientos forzados, o por otras razones, (que) lleva a muchas personas, que no pueden ser captadas por las formas corrientes de trabajo subordinado, a la ocupación del espacio público en las ciudades para desarrollar allí un trabajo informal y obviamente contrario al derecho de todas las personas a usar y disfrutar de ese espacio público”.

Bajo esta línea argumentativa, la Sala Plena prescribió que cuando existen órdenes policivas de desalojo, el funcionario judicial debe hacer respetar el espacio público pero proteger simultáneamente el derecho al trabajo de sus ocupantes, siempre y cuando estén dentro de las circunstancias de la teoría denominada confianza legítima. Acto seguido, reiteró criterios jurisprudenciales sobre el diseño y ejecución de un “adecuado y razonable plan de reubicación” y “medidas adecuadas, necesarias y suficientes para reubicar a los vendedores ambulantes”⁴¹. Preciso que las políticas de reubicación se deben cumplir en igualdad de condiciones para todos los vendedores informales y en un tiempo razonable, que incluyan la posibilidad de establecer mecanismos alternativos a la reubicación porque lo que se busca es saltar de la economía informal a la economía formal. De igual manera, considero que el amparo del derecho al trabajo se ha fundamentado en la relación que tiene con la dignidad y la justicia social.

*En aquella oportunidad resolvió que las autoridades accionadas violaron los derechos a la vida y al trabajo porque adelantaron la recuperación del espacio público sin arreglo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia, esto es, **la creación programas de reubicación o alternativas de formalización, inclusión de vendedores ambulantes afectados en ellos y no tener en cuenta la confianza legítima y el debido proceso en sus actuaciones.**”¹⁰*

Así las cosas, no cabe duda de que una persona, por el solo hecho de dedicarse a la venta informal en las calles, es considerada como un sujeto vulnerable y destinatario

¹⁰ Sentencia T-607/15 MP. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO



de medidas afirmativas tendientes a mermar las dificultades que vienen con el hecho de subsistir gracias al ejercicio de una actividad económica a la que se vio obligada y en la que no está garantizada la obtención de ingreso mínimo ni el acceso a los beneficios del sistema de seguridad social, y todo ello en el escenario de hostilidad e inseguridad que padece quien debe pasar una jornada diaria de más de 8 horas en las calles, portando su mercancía, sin contar con un lugar donde descansar y refugiarse de muchos peligros, entre los que conviene destacar la delincuencia común y el riesgo de contagio del virus Covid- 19.

Además, de lo ya expuesto, la actora también cuenta con la calidad de sujeto de especial protección constitucional al ser mujer transgénero. Al respecto, la Corte Constitucional ha emitido muchos pronunciamientos, entre los cuales, la Sala estima pertinente lo planteado en Sentencia T-063 de 2015:

“5.3.1. El transgenerismo es una opción de vida legítima amparada por el ordenamiento jurídico y admisible como expresión de un Estado constitucional, respetuoso de la libertad y la dignidad humana. En materia de definición de personas transgeneristas el debate está abierto de manera que no se propone un intento de cierre o clasificación en una categoría única. Por el contrario, atendiendo a los procesos de organización política y de auto reconocimiento, debe enfatizarse en la denominación personas trans teniendo en cuenta los debates identitarios y la multiplicidad de denominaciones empleadas para hacer alusión a la diversidad de género. Así lo reconoció la Sala Quinta de Revisión a través de la sentencia T-314 de 2011 ^[96] en la que asumió la noción de persona trans como la relativa a aquella “que transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital, estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino.”



Pese al reconocimiento de esta diversidad, en la actualidad la población transgénero es uno de los grupos humanos que más sufre discriminación y que con más frecuencia sufre violaciones a los derechos humanos en gran parte del mundo. Diversos estudios realizados en la materia han permitido constatar que en su familia y en el entorno social en el que a diario se desenvuelven, son constantemente objeto de cuestionamientos y burlas. Además, presentan serios obstáculos para acceder y permanecer en el sistema educativo^[100] y de salud. En el ámbito laboral debido a las barreras mencionadas y a los prejuicios sobre su identidad, las personas transgénero no tienen las mismas oportunidades que el resto de la población. Por ello, buena parte de ellas carece de un empleo estable y en su mayoría se dedican a trabajos informales como la actividad sexual.^[101] Como si fuera poco, quienes logran acceder a un trabajo se ven enfrentadas a situaciones de discriminación laboral, especialmente si sus documentos de identidad no concuerdan con su identidad de género y aspecto físico. Además, se les ofrece trabajos estereotípicos en labores marginales y deben aceptar salarios bajos. De acuerdo con los estudios adelantados por la Alcaldía de Bogotá, “el 92.44% de personas transgeneristas han sentido algún tipo de discriminación en el ámbito laboral.”^[102] Todas estas razones, conducen precisamente a que la mayor parte de esta población se encuentra relegada a situaciones de extrema pobreza, en ocasiones de miseria, enfermedad y exclusión permanente.¹¹

En conclusión, la comunidad trans forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos, sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socio económica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen. Dentro del sector LGBT es justamente la población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, y constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Por lo anterior, esta Corporación ha señalado que se trata de una población en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida gozan de especial protección constitucional.”¹¹ (Negrillas de la Sala).

¹¹ Sentencia T-063/15 MP. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA



Conforme a los anteriores parámetros jurisprudenciales, ha de reconocerse que la accionante no necesitaba demostrar que no tiene más ingresos económicos que los que le representaban las ventas de sus artesanías en las calles de Cartagena, ni debía acreditar que se le hace difícil conseguir trabajo debido a que la oferta laboral ha disminuido en tiempos de pandemia, pues se presume que la accionante, como mujer trans, además de todo lo anterior, tiene que luchar con el prejuicio de la sociedad en su contra, el cual le significa el no poder contar con el círculo de apoyo primario de todo ser humano, que es su propia familia, el tener que soportar agresiones y burlas de terceros, la exposición a cuadros relacionados con la explotación sexual y la prostitución, así como todas las formas en que se puede presentar la discriminación laboral.

Ahora bien, la Alcaldía de Cartagena - Gerencia de Espacio Público y Movilidad en su informe expuso que, según lo plasmado en los artículos 20 y 21 del Decreto 0184 de 2014, la actora debe pagar el monto de \$113.000.00 pesos por costo de bodegaje para obtener la restitución de sus materiales de trabajo. Sin embargo, ninguna consideración ofreció en torno a la situación de la accionante, ni acreditó haber realizado un estudio previo de la situación socioeconómica de la accionante y, consecuencia, no adoptó ninguna medida idónea para brindar una verdadera solución a la problemática compleja que entraña la usurpación del espacio público por ocupación temporal de una vendedora informal con las especiales características de la actora.

Como se vio en párrafos anteriores la accionante Geri Luques Añez, venezolana migrante en situación irregular en el país debido a la crisis humanitaria que se atraviesa



en su territorio de origen, recurrió a la venta informal de artesanías en las calles para obtener su sustento básico, como quiera que; entre otras razones, se le dificulta conseguir un trabajo formal por no tener los documentos migratorios en regla.

Así, como se ha visto en los estudios y estadísticas realizados por el DANE y como lo ha manifestado la Jurisprudencia en innumerables oportunidades, el ejercicio de dicha actividad económica por sí solo demuestra que el sujeto atraviesa una condición de vida cercana a la extrema pobreza, y si el desarrollo de su labor, ya de por sí difícil, además le es impedido sin que se le facilite otra forma de sustento, es claro que se presenta una flagrante vulneración a los derechos fundamentales al trabajo y mínimo vital, que a su vez puede desembocar en un grave perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas, aunque para muchos el valor de \$113.500 pueda considerarse una suma de dinero ínfima, que por ser apenas superior al 10% de un (1) SMLMV en Colombia resulta accesible para todo el que devengue unos ingresos mensuales iguales o superiores a dicho monto. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto a quienes consiguen una suma de dinero inferior y, en algunos bastante lejana, al SMLMV, y en particular, subsisten en un contexto de insatisfacción de necesidades básicas por la confluencia de otros factores de vulnerabilidad.

Por lo anterior, surge diáfano para la Sala que la accionante no está en condiciones de asumir los costos de bodegaje requeridos por la Alcaldía de Cartagena - Gerencia de Espacio Público y Movilidad como condición para la devolución de las pinturas y artesanías que suele vender en las calles, pues aunque ello encuentre un sustento



normativo, contenido en el artículo vigésimo segundo, del Decreto 0184 de 2014 de la Alcaldía Distrital de Cartagena, según la cual **“Para la devolución de los bienes y elementos retenidos, el solicitante deberá demostrar previamente el pago de los costos liquidados del bodegaje”**, existe una realidad que, en este caso, matiza el supuesto fáctico regulado en dicha norma, de suerte que esa consecuencia jurídica – cobro de gastos de bodegaje-, pese a que en su momento se consideró adecuada y eficaz para la recuperación del espacio público cuando ha sido usurpado por particulares, se traduce en la violación directa de los derechos fundamentales de la accionante, y por ende, respecto a esta es inaplicable.

También, es claro que, de prolongarse la retención de las pinturas y artesanías de la accionante podría generarse un perjuicio irremediable a esta debido al impacto negativo que tiene en el normal desarrollo de su actividad económica el no poder contar con los recursos para adquirir nuevos materiales de trabajo.

8. Conclusión.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo de fecha 28 de enero de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, pues a partir del análisis anterior se pudo verificar que la Gerencia de Espacio Público- Alcaldía Distrital de Cartagena vulneró los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la señora Geri Luques Añez, al no aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo vigésimo segundo, del Decreto 0184 de 2014 de la Alcaldía Distrital de Cartagena, según la cual “Para la devolución de los bienes y elementos retenidos, el



solicitante deberá demostrar previamente el pago de los costos liquidados del bodegaje”, y por el hecho de no implementar ninguna acción afirmativa para la integración en sociedad de la actora como mujer trans migrante venezolana, ni procurar su inclusión en programas de reubicación de vendedores informales o dar alternativas de formalización¹², o cualquier otro programa implementado por el gobierno local o nacional dentro de las políticas públicas adoptadas y dirigidas a mitigar la extrema pobreza, regularizar la situación de migrantes venezolanos y brindar atención integral a la población LGTB.

Por lo anterior, se ORDENARÁ a la Gerencia de Espacio Público- Alcaldía Distrital de Cartagena que, dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, entregue a la señora Geri Luques Añez los bienes y elementos que le fueron decomisados el día 14 de noviembre de 2020, sin exigir como condición el pago de los gastos de bodegaje liquidados, ni imponer ninguna carga administrativa adicional

Igualmente, se ORDENARÁ a la Gerencia de Espacio Público- Alcaldía Distrital de Cartagena que, dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, adopte las medidas necesarias para enrutar; lo que implica el asesoramiento, socialización y acompañamiento de la señora Geri Luques Añez, en algún programa de reubicación de vendedores informales o de alternativas de formalización para el desarrollo de su labor¹³, y en cualquier otro programa implementado por el gobierno local o nacional dentro de las políticas públicas adoptadas

¹² Sentencia T-607/15 MP. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

¹³ Sentencia T-607/15 MP. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO



y dirigidas a mitigar la extrema pobreza, regularizar la situación de migrantes venezolanos y brindar atención integral a la población LGTB.

La Gerencia de Espacio Público- Alcaldía Distrital de Cartagena, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, deberá rendir un informe al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena en el que se detallen y se acrediten las actuaciones desplegadas para dar cumplimiento de todo lo anterior.

Restablecer

Por último, como medida restaurativa y forma de promover la protección de los derechos fundamentales, se ordenará la Alcaldía Distrital de Cartagena que publique esta decisión en la página web institucional de la entidad por un término no inferior a treinta (30) días calendario.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de fecha 28 de enero de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, y en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la señora Geri Luques Añez, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia



SEGUNDO: ORDENAR a la Gerencia de Espacio Público- Alcaldía Distrital de Cartagena que, dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, entregue a la señora Geri Luques Añez los bienes y elementos que le fueron decomisados el día 14 de noviembre de 2020, sin exigir como condición el pago de los gastos de bodegaje liquidados, ni imponer ninguna carga administrativa adicional

TERCERO: ORDENAR a la Gerencia de Espacio Público- Alcaldía Distrital de Cartagena que, dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, adopte las medidas necesarias para enrutar; lo que implica el asesoramiento, socialización y acompañamiento de la señora Geri Luques Añez, en algún programa de reubicación de vendedores informales o de alternativas de formalización para el desarrollo de su labor ¹⁴, y en cualquier otro programa implementado por el gobierno local o nacional dentro de las políticas públicas adoptadas y dirigidas a mitigar la extrema pobreza, regularizar la situación de migrantes venezolanos y brindar atención integral a la población LGTB.

CUARTO: ORDENAR a La Gerencia de Espacio Público- Alcaldía Distrital de Cartagena que, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, rinda un informe al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena en el que se detallen y se acrediten las actuaciones desplegadas para dar cumplimiento de todo lo anterior.

¹⁴ Sentencia T-607/15 MP. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO



QUINTO: Como medida restaurativa y forma de promover la protección de los derechos fundamentales, se **ORDENA** a la Alcaldía Distrital de Cartagena que publique esta decisión en la página web institucional de la entidad por un término no inferior a treinta (30) días calendario.

SEXTO: Comuníquese ésta decisión por el medio más eficaz y ejecutoriada la providencia remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO PONENTE


PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA


JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO15

15 Sentencia de segunda instancia dentro de la acción de tutela instaurada por Geri Luques Añez contra la Policía Metropolitana de Cartagena y otros. Radicado: 13-001-31-18-001-2021-00002-01. Rad Tribunal: 00152 -2021.