

Bogotá D.C., 21 de noviembre de 2018

Honorable Magistrada
Diana Fajardo Rivera
Corte Constitucional
E.S.D.

Expediente: D-12690

Referencia: Intervención ciudadana del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – dentro de la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra del literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016)

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – es un centro de investigación socio-jurídica dedicado a la promoción de los derechos humanos en Colombia y el Sur Global, a la garantía del interés público y al fortalecimiento del Estado de Derecho. A lo largo de 12 años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos relacionados con política de drogas.

Dentro de ese marco de acción y por solicitud de su despacho, Diana Rodríguez Franco, Rodrigo Uprimny Yepes, Alejandro Jiménez Ospina, Maryluz Barragán González, Luis Felipe Cruz, Lucía Ramírez Bolívar e Isabel Pereira Arana, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, obrando en calidad de investigadores de Dejusticia, presentamos intervención ciudadana en el proceso identificado con el número de expediente D-12690, derivado de la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Alejandro Matta Herrera y Daniel Porras Lemus contra el literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016).

En la presente intervención Dejusticia afirma que al establecer una prohibición absoluta del consumo bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas (en adelante SPA) en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público, las disposiciones demandadas vulneran la Constitución Política de Colombia desde, por lo menos, cuatro dimensiones, presentadas aquí como cargos de inconstitucionalidad. Primero, implican una intromisión indebida en los ámbitos de decisión personal de ciudadanos y ciudadanas y, en ese sentido, vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al tiempo que se erigen como materialización de un modelo de virtud perfeccionista, prohibido constitucionalmente. Segundo, restringen de manera desproporcionada el derecho a la libertad de expresión de quienes, en el marco de su derecho a la movilización social, se manifiestan públicamente a partir del consumo de SPA. Tercero, constituyen un obstáculo inaceptable para la diversidad cultural por hacer caso omiso de las diferentes manifestaciones culturales que implican, dependen o se nutren del consumo de bebidas alcohólicas y SPA en el espacio público, lugares abiertos al público o que siendo

privados trasciendan a lo público. Y cuarto, restringen competencias de las entidades territoriales sin que se cumplan los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para el efecto.

De acuerdo con todo esto, Dejusticia propone a la Corte Constitucional una solución adecuada a los problemas de las normas demandadas que implica garantizar en la mayor medida posible la materialización del principio democrático y adecúa las disposiciones demandadas a parámetros constitucionales. La fórmula se traduce en la declaratoria de exequibilidad condicionada de las normas demandadas, en el entendido que las entidades territoriales están facultadas prevalentemente, para regular y/o prohibir el consumo de bebidas alcohólicas y SPA en el espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público dentro de su jurisdicción. Lo anterior teniendo en cuenta el marco constitucional y la obligación de garantizar los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y la diversidad cultural.

1. Normas demandadas

La demanda presentada por Alejandro Matta Herrera y Daniel Porras Lemus contra el Código Nacional de Policía se refiere a dos disposiciones normativas, sobre las cuales también versa la presente intervención:

“**Artículo 33.** Comportamientos que afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas. Los siguientes comportamientos afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas y por lo tanto no deben efectuarse: (...)

2. En espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público:

(...)

c) consumir sustancias alcohólicas, psicoactivas o prohibidas, no autorizados para su consumo”.

“**Artículo 140.** Comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público. Los siguientes comportamientos son contrarios al cuidado e integridad del espacio público y por lo tanto no deben efectuarse: (...)

7. Consumir bebidas alcohólicas, sustancias psicoactivas o prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente”.

En la demanda de inconstitucionalidad presentada se solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada de las disposiciones señaladas en el sentido de indicar que “está permitido el consumo de alcohol y sustancias psicoactivas en el espacio público, siempre y cuando no esté destinado de forma exclusiva a niños, niñas y adolescentes que tengan menos de 18 años”¹.

¹ Ver Página 22 del escrito de demanda principal.

2. La Corte Constitucional debe declarar exequibles condicionadamente las normas demandadas por cuanto en su entendimiento actual violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, la diversidad cultural y la autonomía territorial

En el presente apartado se desarrolla la argumentación que fundamenta la solicitud de declarar exequibles condicionadamente tanto el literal c) del numeral 2 del artículo 33 como el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía. Lo anterior, en el entendido de tratarse de facultad prevalente para los concejos municipales o autoridades territoriales, a que regulen el consumo de bebidas alcohólicas y SPA en los espacios públicos y lugares abiertos al público desde su conocimiento del territorio y las particularidades locales. Estando esta facultad de los entes territoriales, supeditada a la garantía de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y la diversidad cultural.

En esta solicitud se presentan cuatro cargos por inconstitucionalidad concretos, a saber: (i) que las disposiciones demandadas violan el derecho al libre desarrollo de la personalidad y constituyen medidas de corte perfeccionista, prohibidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) que las disposiciones demandadas violan el derecho a la libertad de expresión en escenarios de movilización social alrededor de la política de drogas, los derechos humanos y la diversidad; (iii) que las disposiciones demandadas violan el derecho a la diversidad cultural y la posibilidad de manifestar convicciones culturales, sociales, políticas y religiosas que involucran consumo de bebidas alcohólicas y SPA en el espacio público y, (iv) que las disposiciones demandadas violan el derecho a la autonomía de las entidades territoriales y limitan las competencias de sus autoridades de policía, de forma desproporcionada. No obstante lo anterior, en desarrollo del principio de conservación del derecho y por respeto al principio democrático, se sostiene aquí que no es necesario declarar inexecutable las disposiciones demandadas, sino interpretarlas de forma armónica con los parámetros constitucionales, de la manera que se anunció anteriormente.

Para exponer los cargos mencionados es necesario desarrollar algunas consideraciones previas sobre el contenido, alcance y naturaleza de las normas demandadas. Posteriormente, se entrará en materia sobre los cuatro cargos. Y finalmente, se expondrá la solicitud de exequibilidad condicionada propuesta.

2.1. Consideraciones previas sobre el contenido, alcance y naturaleza de las normas demandadas

Para entender correctamente los cargos presentados por los demandantes y los que se señalan en esta intervención es necesario, en primera medida, determinar el contenido, alcance y naturaleza de las normas demandadas.

De la lectura completa de las normas se advierte que las reglas demandadas, entendidas como normas jurídicas y en términos deónticos, serían las siguientes:

- (a) Para el caso del literal c) del numeral 2 del artículo 33 de la Ley 1801 de 2016: Está prohibido consumir sustancias alcohólicas, psicoactivas o prohibidas, no autorizadas para

su consumo, estando en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público. De forma que, en caso de transgredirse, la autoridad de policía podrá sancionar al infractor con la imposición de una multa general tipo 2 y la disolución de la reunión o actividad que involucre aglomeraciones de público no complejas.

- (b) Para el caso del numeral 7 del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016: Está prohibido consumir bebidas alcohólicas, SPA o prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente. De forma que, en caso de transgredirse, la autoridad de policía podrá sancionar al infractor con la imposición de multa general tipo 2, destrucción del bien, participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia y remisión a los Centros de Atención en Drogadicción (CAD) y Servicios de Farmacodependencia a que se refiere la Ley 1566 de 2012.

Como se puede observar, estas definiciones no son suficientes, pues queda pendiente determinar de forma clara algunos conceptos que las componen, a saber: (a) sustancia o bebida alcohólica; (b) sustancia psicoactiva; (c) sustancia prohibida; (d) espacio público; (e) lugar abierto al público y, (f) lugar que siendo privado trascienda a lo público. Esto no se puede hacer únicamente a partir de lo dispuesto en el Código Nacional de Policía, pues este no trae todas las definiciones necesarias, y se hace necesario acudir a otros instrumentos normativos. De hecho, en algunos casos, se entiende que existen algunos vacíos conceptuales en la normativa que son imposibles de solucionar. Esto se demuestra a continuación con la definición de cada uno de estos conceptos.

- (a) Sustancia o bebida alcohólica:** el Código Nacional de Policía no trae una definición de este concepto, por lo que se debe acudir a normas especiales u otras fuentes del derecho. Por un lado, el artículo 3 del Decreto 1686 de 2012, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, establece que una bebida alcohólica es todo “[p]roducto apto para consumo humano que contiene una concentración no inferior a 2.5 grados alcoholimétricos y no tiene indicaciones terapéuticas”². Mientras que por el otro, la propia Corte Constitucional ha afirmado que son bebidas alcohólicas aquellas que “(...) contienen etanol y están destinadas al consumo”³.

- (b) Sustancia psicoactiva:** en el Código Nacional de Policía no hay una definición de este concepto, por lo que se hace necesario acudir a normas especiales. El problema es que cuando se revisa la normativa nacional el concepto simplemente no existe. Lo que aparece es una diferenciación entre dos términos distintos, aparentemente aplicables: (i) estupefacientes y, (ii) psicotrópicos, definidos de la siguiente manera: (i) estupefaciente: “(...) droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia”⁴ y, (ii) psicotrópico: “(...) droga que actúa sobre el sistema nervioso produciendo efectos neuro-psico-fisiológicos”⁵. En ese orden, no existe claridad

² Decreto 1686 de 2012, artículo 3.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴ Ley 30 de 1986, artículo 2.b.

⁵ Ley 30 de 1986, artículo 2.d.

si el concepto sustancia psicoactiva debe entenderse como estupefaciente, psicotrópica, ambas o ninguna.

- (c) **Sustancia prohibida:** dado que ni en el Código Nacional de Policía ni en ningún otro instrumento normativo parece haber una definición clara para este concepto, debe entenderse como una especie de cláusula residual, utilizada para incluir dentro del listado cualquier sustancia cuyo consumo esté prohibido en normas especiales, como pueden ser las listas uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incorporadas a la legislación colombiana a través del artículo 376 del Código Penal, dentro de las cuales se encuentran la marihuana, la cocaína, la heroína, entre otras.
- (d) **Espacio público:** de acuerdo con el artículo 139 del Código Nacional de Policía, el espacio público es entendido como “(...) el conjunto de muebles e inmuebles públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, áreas protegidas y de especial importancia ecológica y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, usos o afectación, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de todas las personas del territorio nacional”⁶.

En el inciso siguiente de la misma norma se incluye un listado comprehensivo de los bienes, lugares y demás que se entiende como espacio público, entre ellos: (i) áreas requeridas para circulación de peatones; (ii) parques, plazas, zonas verdes y similares; (iii) instalaciones y elementos constitutivos de amoblamiento urbano en todas sus expresiones; (iv) obras de interés público; (v) terrenos necesarios para la preservación y conservación de plantas marinas y fluviales y, (vi) en general, toda zona existente y debidamente afectada por el interés colectivo manifiesto y conveniente⁷.

- (e) **Lugar abierto al público:** el Código Nacional de Policía no trae una definición precisa de qué se entiende como lugar abierto al público, por lo que, nuevamente, es necesario acudir a otros cuerpos normativos. En este, el aplicable parece ser el Decreto 1538 de 2005 reglamentario de la Ley 361 de 1997⁸ que define el concepto de “edificio abierto al público” como todo “[i]nmueble de propiedad pública o privada de uso institucional o comercial o de servicios donde se brinda la atención al público”⁹.
- (f) **Lugar que siendo privado trascienda a lo público:** frente a este concepto la incertidumbre sobre su definición es aún mayor que en los casos anteriores, pues no existe en el Código Nacional de Policía y tampoco aparece alguna definición en otras normas vigentes en el país. No obstante, el artículo 86 del mencionado Código sí define las “actividades que trascienden a lo público”, algo que, por ejemplo, se repite en el Decreto

⁶ Ley 1801 de 2016, artículo 139.

⁷ Ley 1801 de 2016, artículo 139.

⁸ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

⁹ Decreto 1538 de 2005, artículo 2.5.

263 de 2011 de la Alcaldía Mayor de Bogotá¹⁰. Así, resultaría que lo que puede trascender a lo público no es el lugar sino la actividad desarrollada en él. Aunque, como en este caso se trata de normas de derecho sancionatorio o de policía¹¹, la interpretación debe ser restrictiva y, por ende, el concepto es simplemente inaplicable.

Con estas consideraciones resulta completa la formulación de las reglas contenidas en el literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía, objeto de demanda en el presente proceso. Este ejercicio lleva a entender, como se propuso al inicio, que se está en presencia de una prohibición absoluta de consumo de ciertas sustancias en determinados lugares, todos ellos mencionados –aunque no definidos completamente–, en las disposiciones demandadas.

Ahora, respecto de la naturaleza de las disposiciones demandadas, especialmente de las medidas que se consagran como consecuencia jurídica por la comisión de las conductas prohibidas, el Código Nacional de Policía establece que las disposiciones que lo conforman tienen un carácter eminentemente preventivo y/o correctivo. De manera expresa señala que “(...) buscan establecer las condiciones para la convivencia en el territorio nacional al propiciar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, así como determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía”¹². El carácter descrito a lo largo del Código y desarrollado a fondo en el Capítulo II del Título III, que establece que las medidas correctivas “(...) tienen por objeto disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia”¹³ y, por lo tanto, “(...) no tienen carácter sancionatorio”¹⁴. Estas medidas constituyen la consecuencia jurídica prevista por la comisión de las conductas descritas en el mismo código como contrarias a la convivencia.

Una respuesta fácil a la pregunta por la naturaleza de las consecuencias jurídicas de la comisión de las conductas prohibidas por el Código Nacional de Policía sería afirmar que el artículo 172 del propio código es claro en afirmar que estas no tienen carácter sancionatorio y que, por el contrario, su objetivo es disuadir, prevenir, resarcir, etc. No obstante, una respuesta como esta, invisibiliza las verdaderas características de cada una de las medidas y, en consecuencia, ignora las implicaciones que tiene imponer una medida correctiva, en comparación con imponer una medida sancionatoria, tanto en términos de debido proceso como de proporcionalidad y adecuación de la medida.

Al analizar demandas presentadas contra el Código Nacional de Policía, la Corte Constitucional ha afirmado que “(...) acepta que, entre las consecuencias correctivas estatuidas en el Código, hay algunas naturalmente desprovistas de carácter sancionatorio, [pero] concluye que esa naturaleza no se las garantiza el hecho de una estipulación unilateral en ese sentido por parte del legislador, sino sus características jurídicas intrínsecas (...). Es entonces posible que algunas medidas

¹⁰ “Por el cual se adoptan medidas de policía para garantizar la seguridad y convivencia ciudadana y la protección de los derechos y libertades en Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ Ver página 6 y siguientes.

¹² Ley 1801 de 2016, artículo 1.

¹³ Ley 1801 de 2016, artículo 172.

¹⁴ Ley 1801 de 2016, artículo 172.

clasificadas en la ley como correctivas tengan naturaleza sancionatoria (...)”¹⁵. Así, lo que procede entonces no es una afirmación *a priori* sobre la naturaleza correctiva de todas las medidas consagradas en el Código, sino más un análisis caso a caso para determinar si efectivamente son correctivas o, por el contrario, tienen las características de una sanción administrativa.

Para llevar a cabo ese ejercicio la Corte Constitucional ha enumerado las características de una sanción, a saber: “(i) su imposición obedece a una acción u omisión ilícita atribuible a un sujeto, (ii) consiste en un acto coercitivo, lo cual supone que puede ejecutarse conforme a derecho incluso contra la voluntad del afectado, (iii) es un acto restrictivo o privativo de bienes jurídicos o intereses o derechos fundamentales, y (iv) expresa un juicio de reproche del Estado”¹⁶. Características que comparten todas las sanciones, penales y no penales y que deben ser las que guíen la clasificación de una medida del Código Nacional de Policía como una sanción o una medida correctiva. A las cuales la doctrina ha añadido que no podrán ser consideradas generalmente como sanciones administrativas, aquellas medidas que: no tengan por único objeto evitar que la conducta se siga produciendo, busquen retornar las cosas al estado original o reparar los daños y perjuicios¹⁷.

Para el caso de las disposiciones objeto de estudio en el presente proceso, las consecuencias aplicables son diferentes. Para las conductas descritas en el literal c) del numeral 2 del artículo 33 son la multa general y la disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas. Mientras que para las conductas descritas en el numeral 7 del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016 son la multa general, la destrucción del bien, la participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia y la remisión a los Centros de Atención en Drogadicción (CAD) y Servicios de Farmacodependencia a que se refiere la Ley 1566 de 2012.

- Multa general: según el Código Nacional de Policía, una multa general es “(...) la imposición del pago de una suma de dinero en moneda colombiana, cuya graduación depende del comportamiento realizado, según la cual varía el monto de la multa. Así mismo, la desobediencia, resistencia, desacato, o reiteración del comportamiento contrario a la convivencia, incrementará el valor de la multa, sin perjuicio de los intereses causados y el costo del cobro coactivo”¹⁸.
- Disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas: de acuerdo con el Código Nacional de Policía esta medida es “(...) la orden de Policía que consiste en notificar o coacer a un grupo de personas con el objeto de terminar una reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas que contraríen la ley”¹⁹.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-349 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-329 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁷ PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. El derecho administrativo sancionatorio en el marco del Código Nacional de Policía. En: MONTAÑA PLATA, Alberto y RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván (editores). El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 637-638.

¹⁸ Ley 1801 de 2016, artículo 180.

¹⁹ Ley 1801 de 2016, artículo 176.

- Destrucción del bien: nuevamente, según el Código Nacional de Policía, consiste en “(...) destruir por motivos de interés general un bien mueble cuando implique un riesgo o amenaza a la convivencia o al ambiente, o sea utilizado de manera ilegal con perjuicio a terceros”²⁰.
- Participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia: “[e]s la obligación de participar en una actividad de interés público o programa pedagógico en materia de convivencia, organizado por la administración distrital o municipal”²¹. Medida que es puede ser impuesta cuando una persona comete cualquiera de los actos considerados contrarios a la convivencia, sin perjuicio de las demás medidas que deban ser impuestas²².
- Remisión a los Centros de Atención en Drogadicción (CAD) y Servicios de Farmacodependencia a que se refiere la Ley 1566 de 2012.

Si se revisan las definiciones de la multa general se puede observar que (i) su imposición obedece a una acción u omisión ilícita atribuible a un sujeto, en esta caso el consumo de bebidas alcohólicas o SPA en espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público; (ii) consisten en un acto coercitivo, que en el caso de la multa puede ser incluso llevada a cobro coactivo; (iii) son actos restrictivos o privativos de bienes jurídicos o intereses o derechos fundamentales, específicamente el patrimonio del individuo²³ y, (iv) expresan un juicio de reproche del Estado a una conducta, nuevamente el consumo de bebidas alcohólicas o SPA en espacio público, lugares abiertos al públicos o que siendo privados trasciendan a lo público. Asimismo, la multa no tiene como único fin evitar que la conducta se siga cometiendo, retornar las cosas a su estado original o reparar los daños y perjuicios. Por el contrario, lo que hacen es castigar al infractor de forma material y simbólica.

Mientras tanto, la disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas, la destrucción del bien, la participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia y la remisión a los Centros de Atención en Drogadicción (CAD) y Servicios de Farmacodependencia a que se refiere la Ley 1566 de 2012 no cumplen con las características de la sanción. Especialmente porque no parecen manifestar la expresión de un juicio de reproche por parte del Estado y su fin es evitar que la conducta se siga cometiendo, no castigar a quien infringe la norma.

En ese entendido, dado que la multa general es aplicable para ambas disposiciones demandadas, es posible afirmar, como se hará a partir de ahora en esta intervención, que se trata de una discusión de derecho sancionatorio y de policía. Esto tiene algunas implicaciones. Una de ellas es la necesidad de tener en cuenta y aplicar las garantías que la Constitución Política de Colombia consagra para los ciudadanos que vayan a ser sometidos al poder sancionatorio del Estado,

²⁰ Ley 1801 de 2016, artículo 192.

²¹ Ley 1801 de 2016, artículo 175.

²² Ley 1801 de 2016, artículo 175.

²³ Frente a la destrucción de SPA la discusión sobre la afectación al patrimonio del infractor es complicada, pues las sustancias en sí mismas están prohibidas y son ilegales, lo que facultaría al Estado para destruirlas. No ocurre lo mismo con las bebidas alcohólicas, cuya posesión y comercialización son lícitos.

específicamente al debido proceso. Otra es la forma de interpretar las disposiciones y la rigidez que el principio de legalidad impone al respecto.

Estas cuestiones deben ser tenidas en cuenta en la lectura de los cargos por inconstitucionalidad que a continuación se exponen, por cuanto se trata de las consecuencias jurídicas dispuestas por las normas debidamente demandadas.

2.2. Una prohibición absoluta del consumo bebidas alcohólicas y SPA en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público y la sanción a quienes la transgredan viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad

A continuación se realizará un recuento de la jurisprudencia constitucional en el tema de regulación del consumo de bebidas alcohólicas y SPA, de lo cual se desprende una subregla constitucional clara en la materia, esto es: el Estado no tiene la facultad de imponer medidas coercitivas que sancionen el consumo de bebidas alcohólicas y SPA o prohibidas en el espacio público de manera absoluta e irrestricta, sino que la norma debe aplicarse solo para proteger bienes jurídicos concretos realmente afectados por el consumo. Dejando por fuera los eventos en los que el mero consumo no afecte los bienes jurídicos protegidos, tales como la convivencia ciudadana, tranquilidad y disfrute del espacio público.

En el presente apartado se explicará por qué el literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía transgreden esa subregla constitucional, violan el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en ese entendido, deben ser declarados exequibles condicionadamente.

2.2.1. Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consumo de alcohol y SPA en la jurisprudencia constitucional

En la Constitución Política se optó por establecer una cláusula general de libertad, que en el ámbito individual se traduce en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendida como “(...) libertad general de acción (...) estrechamente vinculada con el principio de dignidad humana”²⁴. Desde sus primeras decisiones la Corte Constitucional ha defendido que esta libertad incluye la posibilidad de decidir sobre el consumo individual de bebidas alcohólicas y SPA. Si el Estado encuentra indeseables dichas elecciones, la jurisprudencia constitucional ha establecido que no puede “(...) escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada”²⁵. Es decir, que el deber del Estado no va más allá de su obligación de educar y que la represión a este tipo de decisiones individuales es inadmisibles.

Esta forma de entender el libre desarrollo de la personalidad se ha planteado en el análisis de normas de derecho penal, disciplinario, correccional, contravencional y las actuaciones por indignidad política. Y en todos los casos se ha establecido que el ejercicio de la potestad

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

sancionatoria del Estado “(...) solo será legítimo si no se desconocen los fundamentos de la imputación que se infieren de la cláusula general de libertad”²⁶. Durante la vigencia de la Constitución de 1991 se ha revisado a profundidad hasta qué punto el Estado puede interferir en la esfera de decisión de los individuos e impedirles el consumo de bebidas o sustancias alcohólicas, psicoactivas o prohibidas.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre temas similares a los que fundamentan el presente proceso desde tres puntos de vista: (i) el de los servidores públicos que podían ser sancionados por consumir alcohol o SPA en espacio público; (ii) el de los servidores públicos que podían ser sancionados por acudir al sitio de trabajo bajo el influjo del alcohol o SPA; y (iii) el de los empleadores particulares que podían sancionar a sus trabajadores por asistir al sitio de trabajo bajo los efectos del alcohol o SPA o consumirlos allí. Lo primero que se hace necesario entonces es presentar la forma en que la Corte ha decidido estos asuntos.

En cuanto a las prohibiciones relacionadas con la asistencia en estado de embriaguez o bajo el efecto de SPA al lugar de trabajo de servidores públicos y/o su consumo en lugares públicos, la Corte Constitucional fue enfática en afirmar que “(...) la legitimidad de estas faltas disciplinarias no se deriva del estado mismo de embriaguez del sujeto disciplinable o del hecho de encontrarse bajo el efecto de estupefacientes sino de la manera como tales estados interfieren con los deberes funcionales del servidor público. Es decir, tal legitimidad no se infiere en razón de esos estados implícitamente considerados sino del hecho que el sujeto asiste al trabajo encontrándose en ellos. Se trata de una precisión fundamental pues ella hace la diferencia entre una injerencia autoritaria en un ámbito vital que sólo a la persona corresponde y una injerencia ilegítima que procura el adecuado desenvolvimiento de la administración (...)”²⁷.

Más aún, en ese caso la Corte fue mucho más específica respecto a la prohibición del consumo en espacios públicos, al afirmar que la sanción es legítima cuando el consumo se lleva a cabo en ejercicio de funciones o este afecta la función pública. Mientras tanto, “(...) en aquellos supuestos en que el comportamiento se comete en lugar público y sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones, el funcionario de control disciplinario, en cada caso, deberá apreciar si la conducta afecta o no la función pública y si hay lugar o no a la imputación de un ilícito disciplinario. Tal apreciación deberá realizarse de manera razonable, teniendo en cuenta el contexto en el que se incurrió en el comportamiento y la incidencia que pueda tener en el rol funcional a cargo del servidor”²⁸.

Así, el desvalor en la acción de consumir bebidas alcohólicas o SPA no está entonces en el hecho en sí mismo, sino en su impacto frente a bienes jurídicos concretos, en ese caso la correcta prestación del servicio público o, en el de este proceso, la tranquilidad, la convivencia y el disfrute del espacio público. Por ese motivo la Corte llevó a cabo un condicionamiento a la exequibilidad de la disposición, de manera que se entendiera que la sanción sólo era aplicable cuando la conducta afectara el ejercicio de la función pública. Es decir, la facultad del Estado se activa en el momento

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

en que existe una afectación al bien jurídico concreto que se pretende proteger, sea la correcta prestación del servicio público, la función pública, la convivencia, la tranquilidad o cualquier otro.

Dicha posición, que data del 2003, fue confirmada por la misma Corte en jurisprudencia reciente, posterior a la reforma constitucional de 2009 que prohibió el porte y consumo de SPA. Tanto que afirmó que “(...) censurar en sí misma la ingestión de determinadas sustancias (...) interferiría en la autonomía del individuo”²⁹ y, para el caso de la sanción a servidores públicos por el consumo en lugares públicos, reiteró que “(...) la penalización de esa conducta como falta gravísima solo resultaba acorde al texto superior, en los casos en que tal situación afecte el ejercicio de la correspondiente función pública, pues de no ocurrir así, la sanción que se anuncia sería desproporcionada, en cuanto lesionaría el libre ejercicio de la personalidad y la autonomía del individuo”³⁰. Así, declaró fundada una objeción presidencial a la norma que clasificaba como falta gravísima el consumo de sustancias prohibidas en lugares públicos, por cuanto, como en el caso anterior, no realizaba calificación alguna sobre la necesidad de una afectación o impacto en el servicio público.

Posteriormente, en una decisión relativa a la facultad sancionatoria del empleador privado sobre el trabajador que acude bajo el efecto del alcohol o SPA, la Corte afirmó que “(...) es legítimo que el Estado exija controles rigurosos para evitar el consumo de sustancias psicoactivas en determinadas actividades y que los empleadores den cumplimiento a tales exigencias. Respecto de actividades que implique un menor riesgo, también puede exigirse el cumplimiento de la prohibición establecida en la norma demandada, en la medida en que es un interés legítimo del empleador que los trabajadores presten de manera adecuada las labores contratadas. Con todo, respecto de estos casos, no se podrán tomar medidas disciplinarias si no se demuestra por parte del empleador, la incidencia negativa que el consumo de sustancias psicoactivas tiene sobre el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores (...)”³¹. Y, nuevamente, declaró exequible condicionadamente la disposición demandada, de forma que se entendiera que la transgresión solo se configura cuando “(...) el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador”³².

De lo anterior se puede concluir que existe una subregla constitucional clara, expresa y consistente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la prohibición de interferir en la elección individual de consumir bebidas alcohólicas o SPA sin consideración alguna a los efectos que dicho consumo produce en la esfera exterior del individuo. Es decir, cuando la norma sancionatoria no contiene un calificativo frente a la conducta, un bien jurídico a proteger que sea afectado por la ingesta en el caso concreto y una obligación del operador de verificar que dicha transgresión ocurra efectivamente, debe ser declarada inexecutable o executable condicionadamente. Por lo anterior, no puede el legislador sancionar de forma absoluta, sea por la vía penal, disciplinaria o policiva, el simple consumo de bebidas alcohólicas y SPA o prohibidas.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

2.2.2. El literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía violan la subregla constitucional sobre libre desarrollo de la personalidad relacionada con consumo de sustancias alcohólicas o SPA

Ahora bien, si existe un mandato constitucional que prohíbe la interferencia del legislador en la elección individual de consumir bebidas alcohólicas o SPA sin consideración alguna a los efectos que dicho consumo produce en la esfera exterior del individuo, como fue demostrado, entonces las normas aquí demandadas son inconstitucionales.

Si se revisan las disposiciones demandadas, de ellas resulta claro que la autoridad de policía no tiene la facultad, en aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad³³, de morigerar la infracción para limitarla a aquellos casos en los que la persona afecte derechos de terceros a través de su consumo en el espacio público, pues la conducta saldría del ámbito de tipicidad consagrado en la norma y, por lo tanto, violaría el principio de legalidad. En el estado de cosas actual, si la autoridad de policía debe verificar la comisión de otra conducta sancionable para poder sancionar el consumo, entonces la sanción debe ser impuesta por dicha actuación y por el simple consumo, ambas. Por ejemplo, en el caso de un ciudadano que consume licor en espacio público y agrede físicamente a transeúntes mientras está en condiciones de alicoramiento, deberá ser sancionado por incurrir en las conductas dispuestas en el artículo 27 del Código Nacional de Policía, referente a aquellas que ponen en riesgo la vida e integridad y por consumir licor en el espacio público. Es decir, se sancionan las dos conductas por separado, sin consideraciones sobre el efecto de una sobre la otra.

La exposición de motivos del proyecto de ley que originó el Código Nacional de Policía da algunas luces a este respecto al afirmar que “(...) la intervención de las autoridades de policía se produce no por un motivo de policía sino por los comportamientos que en cualquier forma vulneran o amenazan el fin último de la ciencia de policía [la convivencia]”³⁴. Así, como se puede observar, lo que se sanciona es la mera amenaza, no la violación efectiva del bien jurídico.

En ese entendido, como el funcionario no tiene la facultad de dejar de aplicar la sanción a quien cometa la infracción, no sólo resulta ilusorio pensar en la aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad en los casos que regulan las normas demandadas, sino que se hace evidente la violación a la subregla constitucional reconstruida con anterioridad en este texto.

En síntesis, las normas demandadas al establecer una prohibición absoluta de consumo de bebidas alcohólicas y SPA en espacios públicos, sin tener en consideración la concreta afectación de los bienes jurídicos protegidos, resulta incongruente con la jurisprudencia constitucional y la Constitución Política. La aplicación automática de las medidas correctivas y sancionatorias contempladas en la norma resulta, cuando menos, violatoria de las disposiciones constitucionales relativas al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, se solicitará la declaratoria de exequibilidad condicionada a un entendimiento acorde con la Constitución Política.

³³ Ley 1801 de 2016, artículo 8.

³⁴ Proyecto de ley 99 de 2014 (Senado). Exposición de motivos.

2.3. Una prohibición absoluta del consumo de bebidas alcohólicas y SPA en espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público vulnera el derecho a la libertad de expresión en ámbitos de movilización social

Los accionantes argumentan que consumir SPA en el espacio público no es solamente una decisión individual, sino que tiene dimensiones políticas y, en consecuencia, es un ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Argumentan que, al ser una forma de expresión que no afecta derechos de terceros, debe ser protegida constitucionalmente. Asimismo, defienden que esta expresión se haga en espacios públicos por cuanto estos son los que por antonomasia permiten el intercambio de ideas y visiones, incluso sobre las SPA y sus representaciones sociales. En este apartado de la presente intervención se demostrará que esto es cierto y que, por lo tanto, el literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía son contrarios a la Constitución Política de Colombia.

Por supuesto, la primera claridad que hay que hacer es que no todos los tipos de consumos de SPA constituyen una manifestación del derecho a la libertad de expresión o tienen un significado político. Sin embargo, algunas formas concretas de consumo en espacios públicos como pueden ser las marchas cannábicas y las fumatonas, constituyen una forma de expresión con contenido político y, por lo tanto, han de ser respetadas como un ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión y a la manifestación pública y pacífica en el espacio público.

Una parte del movimiento de reforma al régimen de prohibición de las drogas en Colombia ha gestionado y promovido diferentes marchas, plantones, fumatonas y expresiones artísticas con el propósito de manifestar su desacuerdo con la política de drogas que el país implementa desde mediados de la década de 1970. Organizaciones como Trinchera Ganja, Colectivo Sí a la Dosis y los colectivos cannábicos de las ciudades promueven acciones comunicativas de desobediencia a las leyes y normas injustas, como la prohibición constitucional del porte y uso de SPA, por lo que declaran que fumar en la calle, pintar una pared, estampar camisetas o repartir información relevante para los usuarios de SPA³⁵, son manifestaciones que reivindican la “toma” de las calles como una herramienta central en la transmisión de su mensaje de reproche a la prohibición y reflexiones en torno de las sustancias fiscalizadas. Uno de los mensajes que dan mayor alcance político a estas movilizaciones consiste en la idea que nadie puede ser obligado a no consumir SPA, pues hacerlo materializa el principio filosófico según el cual cada persona tiene deberes jurídicos consigo misma, principio que riñe fuertemente con el Estado social y democrático de derecho.

Las marchas cannábicas que se organizan en las principales ciudades del país desde 2009 son otra muestra de la apuesta política en torno a la liberalización del cannabis y el reclamo por un cambio en la política de drogas. Todos los años, a comienzos de mayo, miles de personas se toman las calles de Bogotá, Medellín, Bucaramanga, entre otras ciudades y a la par que en varias ciudades del mundo en el marco de la ‘Marcha Mundial por la Marihuana’, para exigir el cese de la estigmatización a las personas que usan drogas a través del consumo público de cannabis y el

³⁵ Trinchera Ganja. (200) Acción directa y comunicativa Trinchera Ganja. En *Las plantas no son como las pintan*. Cali: Colectivo las plantas no son como las pintan.

despliegue de comparsas. Sin embargo, más allá de compartir un espacio de consumo, que consideran legitimado por ellos mismos, estas marchas aspiran a sembrar mensajes de respeto por los derechos y la autonomía personal, reclamando cambios estructurales en la sociedad. En palabras de David Ponce, un reconocido activista cannábico, "no solo somos marihuaneros luchando por poder fumar. Estamos luchando por un mundo mejor donde se pueda fumar marihuana pero también haya salud, educación, vivienda, trabajo digno, transporte, seguridad"³⁶. Es decir, su consumo tiene contenido político y por ello su protección es necesaria para garantizar el derecho a la libertad de expresión.

La pregunta que surge entonces es *¿si, el Estado puede imponer prohibiciones generales de consumo de SPA, como las contenidas en las disposiciones demandadas, sin tener en cuenta el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, de reunión y de manifestarse pública y pacíficamente en el espacio público, mencionado en el artículo 53 del Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana?*

La Constitución Política en su artículo 20 consagra el derecho a la libertad de expresión y establece que "se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios de comunicación masiva. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura". En la sentencia T-263 de 2010 la Corte Constitucional afirmó que detrás de la libertad de expresión "se encuentra el pluralismo, la contingencia del debate y la posibilidad de que las personas se formen una posición propia frente a su entorno social, artístico, ambiental, económico, científico y político". Recurrentemente ha expresado que la libertad de expresión es un derecho abierto en la que caben múltiples manifestaciones y en el que el Estado debe mantener un amplio margen de acción para que la ciudadanía pueda expresarse³⁷.

En un sentido similar, la sentencia C-650 de 2003 se dijo que "el derecho fundamental a la libertad de expresión en su acepción genérica abarca diferentes derechos fundamentales específicos, a saber: la libertad de manifestarse, la libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de informar, la libertad de recibir información, la libertad de fundar medios de comunicación, la libertad de prensa". En palabras de la Corte, la llamada libertad de expresión es una "categoría genérica" donde se agrupan derechos y libertades de diversa índole, dentro de las que se encuentra la libertad de opinión (conocida como libertad de expresión en sentido estricto) como una garantía de expresar y difundir las ideas propias por cualquier medio posible, incluso a partir del uso del espacio público³⁸. De manera que existe una relación estrecha entre la garantía del derecho a la libre expresión y el uso del espacio público, considerado como lugar de encuentro que permite a los diferentes sectores de la sociedad manifestarse y debatir sobre los asuntos de su interés. Al respecto, la misma Corte ha considerado que las calles y vías públicas "son foros de acceso

³⁶ Kapkin, Sara. (2016). ¿Existe una causa común en la Marcha Cannábica de Colombia? Disponible en. https://www.vice.com/es_co/article/4w9zkd/existe-una-causa-comn-en-la-marcha-cannbica-de-colombia.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda. Corte Constitucional. Sentencia C-509 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra. Corte Constitucional. Sentencia C 634 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-904 de 2013. M.P. Maria Victoria Calle.

colectivo por excelencia, circunstancia que les atribuye un plus de garantía y de neutralidad por parte del Estado en relación con quienes pueden o no, como ciudadanos, hacer uso de ellos”³⁹.

En otras palabras, la jurisprudencia constitucional establece una serie de controles estrictos a todo acto que limite el ejercicio de la libertad de expresión. Por ejemplo, en la sentencia T-391 de 2007, la Corte Constitucional enfatizó que “cualquier acto jurídico o actuación de hecho, de carácter general o particular, que de manera directa o indirecta limite el ejercicio de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, realizado por cualquier autoridad estatal colombiana independientemente de su jerarquía o su posición dentro de la estructura del Estado, ha de considerarse como una invasión sospechosa del ejercicio de este derecho y, por ende, someterse a revisión constitucional estricta para efectos de determinar si están dados los requisitos que hacen admisible una limitación estatal al ejercicio de esta importante libertad”⁴⁰. De esta manera, a partir de una lectura sistemática de las normas del bloque de constitucionalidad, la Corte ha definido que los requisitos de constitucionalidad de toda limitación a la libertad de expresión son: (i) que debe estar prevista en la ley de manera taxativa y precisa; (ii) perseguir finalidades imperiosas; (iii) ser necesaria para el logro de esa finalidad; (iv) ser posterior y no previa a la expresión; (v) no constituir censura, lo que implica una cierta neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita; y (vi) no incidir de manera excesiva en el ejercicio del derecho fundamental⁴¹.

De esta manera, el uso de SPA en escenarios de reivindicación de derechos y como una apuesta política de protesta ante la prohibición de drogas, es una acción amparada en la libertad de expresar discursos contra-mayoritarios. Justamente la libertad de expresión consiste en poder manifestar ideas así vayan en contra del mandato constitucional establecido en el artículo 49, pues “solo una sociedad de personas libres de expresar quienes son y quienes quieren ser, puede reclamarse como abierta, pluralista y participativa”⁴². Esto cobra particular importancia en una sociedad como la colombiana, donde, por ejemplo, el 84% de las personas tienden a desaprobear fuertemente el consumo de marihuana⁴³, lo que significa que estarían dispuestos a apoyar medidas represivas en contra de los usuarios de SPA. Dice la sentencia C-650 de 2003 que aún las expresiones “inútiles, anodinas, impulsivas, carentes de importancia social o inclusive contrarias a las prácticas sociales y a las verdades recibidas, gozan de protección constitucional”. Vivir en un Estado social y democrático de derecho implica proteger algunos comportamientos chocantes, impactantes, indecentes o escandalosos.

Entendiendo entonces los consumos de SPA en el espacio público mencionados anteriormente como una manifestación de la libertad de expresión, tales actos no deberían ser objeto de censura. En este sentido la Corte se ha pronunciado sobre el mandato constitucional que prohíbe la censura al establecer en su sentencia T-104 de 1996 que “la censura consiste, precisamente, en prohibir o recortar la difusión de cualquier idea por la sola razón de ser contraria a una ideología determinada, incluso si dicha ideología es la acogida por la mayoría de los habitantes de una región o de todo el

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-009 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴³ Datos obtenidos de: Vanderbilt University. Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP). Disponible en: <https://www.vanderbilt.edu/lapop-espanol/acceso-gratuito.php>.

territorio colombiano. Ello se deriva del carácter pluralista de la Constitución que no oficializa ningún credo religioso ni otorga privilegio a ninguna concepción de la moral o a convicción ideológica alguna”⁴⁴.

Al igual que otros derechos, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y existen ciertas limitaciones a su ejercicio. Al respecto, la Corte Constitucional en su sentencia T-219 de 2012 determinó que “la libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de opinión son derechos que gozan de una amplia protección por ser esenciales para el libre desarrollo de la personalidad, como para la consolidación de una sociedad democrática a través de la contingencia del debate. Sin embargo, como quiera que no revisten la calidad de derechos absolutos, se les exigen determinados límites (...). En cuanto a la libertad de expresión, esta encuentra sus límites en la antijuridicidad de apologías al racismo, al odio, a la guerra, o la prohibición de la pornografía infantil”⁴⁵.

Si se toman en cuenta los requisitos establecidos por la Corte acerca de las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión y el rango de protección constitucional de las expresiones ciudadanas en el espacio público a favor del uso de SPA, se puede afirmar que se trata de una medida desproporcional, considerando que: (i) si bien la prohibición de consumo de SPA en espacio público está determinada en la legislación; (ii) no persigue una finalidad imperiosa, como sería mantener la tranquilidad pública; y (iii) tampoco es necesaria para el logro de la finalidad de conservar la convivencia entre las personas que hacen uso del espacio público. Además, (iv) constituiría una medida anterior a la expresión, al establecerse una prohibición general sin tamizajes; (v) lo que en términos de la Corte constituye censura, pues la norma parte del supuesto que el consumo de SPA en espacio público perturba *per se* la convivencia y el orden público, con lo que estaría resquebrajando la debida neutralidad al contenido de la expresión que se pretende limitar. Por tanto, (vi) se estaría afectando gravemente el derecho de las personas que promueven y participan en las marchas por la regulación de las drogas, contenido plenamente legítimo bajo los parámetros constitucionales, pues no constituye ninguna apología delictiva, racista, guerrillera, ni violenta. Los llamados de la movilización social frente al movimiento prohibicionista son justamente el de reconocer el valor cultural de las plantas, liberarlas de una legislación que sólo generó un mercado violento y dar término a la denominada guerra contra las drogas.

Bajo estos supuestos una prohibición no acotada o precisada de consumo de SPA en espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, en el marco de lo establecido por las normas del Código Nacional de Policía, es inconstitucional por tratarse una medida desproporcional que desconoce el contenido del derecho a la libertad de expresión.

2.4. Una prohibición absoluta del consumo de sustancias psicoactivas y alcohol en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público, vulnera el derecho a la diversidad cultural

Las prohibiciones contenidas en las disposiciones demandadas tienen otro ámbito en el que violan la Constitución Política de Colombia: el de los derechos a participar en la vida cultural y a la

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-219 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

diversidad cultural. Al imponer un modelo de uso del espacio público y el consumo de bebidas alcohólicas y SPA o prohibidas el Código Nacional de Policía ignora las distintas manifestaciones culturales que dependen, aprovechan o se nutren del espacio público y el consumo, entre otros los carnavales, las fiestas patronales, festivales populares y demás.

Para explicar a profundidad el punto el presente apartado se divide en dos partes. En primer lugar, se presentan los escenarios en que las disposiciones demandadas desconocen los mandatos constitucionales de respeto y promoción de las distintas manifestaciones culturales, con algunas consideraciones del uso de alcohol y otras SPA en manifestaciones culturales. Y, en segundo lugar, se exponen algunas consideraciones en relación con el consumo de alcohol y SPA por parte de comunidades étnicas.

2.4.1 El literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía violan el derecho a la diversidad cultural

En Colombia, como en cualquier parte del mundo, es habitual encontrar usos y costumbres de distintas culturas que utilizan el folclor, el arte y la fiesta para manifestar su identidad y exaltar los valores que consideran importantes. Ese es un ejercicio constitucionalmente protegido y que, incluso, trae implícita una obligación de promoción y protección estatal. Así lo ha considerado la Corte Constitucional en eventos como el de las fiestas patronales de San Francisco de Asís o “San Pacho” en Quibdó (Chocó)⁴⁶, el Carnaval de Negros y Blancos de Pasto y otros municipios de Nariño⁴⁷ o el Carnaval de Barranquilla (Atlántico)⁴⁸, algunas de las cuales han sido designadas patrimonio inmaterial de la humanidad por la UNESCO. Como esos tres casos hay muchos otros en los que las fiestas, el folclor y el arte de un pueblo se manifiestan en el espacio público. Pero también está la vida cotidiana de colombianos y colombianas que crecen e interactúan en entornos donde la festividad y el compartir social en el espacio público es cotidiano.

Las prohibiciones contenidas en las disposiciones demandadas ignoran estas particularidades. Como ya se ha explicado ampliamente, lo que consagra el Código Nacional de Policía son sanciones o medidas correctivas aplicables a quien consuma bebidas alcohólicas o SPA o prohibidas en el espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trascienden a lo público, sin consideración alguna al contexto en el cual se desarrolla dicho consumo⁴⁹. Es cierto que el propio Código trae disposiciones relacionadas con la celebración de eventos en los que la institucionalidad puede autorizar el consumo, pero estos no cobijan todas las manifestaciones culturales no institucionales que se desarrollan en el territorio nacional.

Por ejemplo, puede que en los eventos formales del Carnaval de Barranquilla (Atlántico) la alcaldía municipal tenga la facultad de autorizar el consumo de bebidas alcohólicas en sitios particulares, pero para toda la ciudad es evidente que el ambiente de fiesta y alegría trasciende esos espacios y se manifiesta de forma más auténtica en las calles y barrios. Lo mismo ocurre con las fiestas de “San Pacho” en Quibdó (Chocó), el Festival de Música del Pacífico Petronio Álvarez en Cali

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-111 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-434 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-434 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁹ Ver página 6.

(Valle del Cauca), el Festival de Cuadrillas en San Martín (Meta), la Feria de las Flores en Medellín (Antioquia) y muchos otros. Es en esos ámbitos, donde la intervención represiva de la institucionalidad no es necesaria ni deseable, es en los que las disposiciones demandadas interfieren de forma desproporcionada e impiden el libre ejercicio del derecho a la cultura de quienes participan en ellos.

Algo similar ocurre con los usos y costumbres de distintas regiones y culturas del país que utilizan el consumo de bebidas alcohólicas como vehículo para la interacción de la ciudadanía en el espacio público. Esto se puede ilustrar, nuevamente, con un ejemplo. En ciertas regiones del país, entre ellas el Caribe, Boyacá y los Llanos Orientales, el consumo de cerveza en parques y plazas públicas es normal y se utiliza en el día a día para favorecer el diálogo entre personas en el espacio público. Hoy en día, con la vigencia de las disposiciones aquí demandadas, esto está estrictamente prohibido. No puede una persona en Cartagena (Bolívar) aliviar el calor del mediodía con una cerveza en una plaza pública mientras disfruta de la vista y la ciudad, así sea esta la tradición. Tampoco puede la autoridad territorial expedir una autorización general para llevar a cabo este tipo de actividades, pues está restringida por el mismo Código a hacerlo en eventos con vigilancia institucional.

Así, las disposiciones demandadas reflejan un entendimiento restrictivo de la sociedad, la cultura, el tiempo libre y el uso del espacio público que resulta aceptable solo para ciertos sectores de la sociedad colombiana. Las costumbres de otras sociedades periféricas deben contar con protección constitucional y deben ser respetadas, a través de la garantía del derecho a la cultura y la diversidad cultural, lo que obliga a tener en cuenta todas culturas que habitan el territorio nacional, especialmente, aquellas que no se ubican en ciudades centrales altamente pobladas. La misma Corte Constitucional lo ha expresado, “[l]os grupos humanos que por sus características culturales no se ajustan a las creencias, costumbres y parámetros sociales propios de la mayoría o difieren de los gustos y anhelos de ésta, tienen derecho constitucional al reconocimiento de sus diferencias (...)”⁵⁰. El Código Nacional de Policía simplemente no reconoce a la mayoría de las comunidades periféricas de la sociedad colombiana e impone medidas que defienden determinado modelo cultural que no corresponde con el que se vive en muchas regiones del país.

De acuerdo con esto, resulta claro que las prohibiciones contenidas en el literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía, tal como se encuentra contemplada, resultan inconstitucionales por violar las disposiciones relativas al libre ejercicio del derecho a la cultura.

2.4.2 El uso y porte de la hoja de coca por miembros de comunidades indígenas no debe estar sujeta a la prohibición establecida en literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía

Por otro lado, también es necesario tener en cuenta el deber estatal de abstenerse de restringir o limitar el porte y uso de hoja de coca en espacios públicos ya que se puede vulnerar el ejercicio del derecho a la diversidad cultural consagrado en el artículo 7 de la Constitución que establece

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1192 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. A continuación, se explica por qué no se puede privar del acceso al espacio público a personas que, debido a su identidad étnica y cultural, hacen uso o portan la hoja de coca, y algunos de sus derivados, como el mambe preparado. Ni deberían imponerse restricciones para el porte en espacio público de la hoja de coca o sus derivados tradicionales (como la harina de coca o el mambe).

Para llevar a cabo esto es necesario distinguir entre la hoja de coca y la cocaína como SPA pues detentan dos estatutos jurídicos al interior del país. La hoja de coca no es una de las sustancias que produce dependencia en los términos del Estatuto Nacional de Estupefacientes, algo que ha confirmado la propia Corte Constitucional al afirmar que “numerosos estudios han demostrado no sólo que la hoja de coca podría tener formas de comercio alternativo legal que precisamente podrían evitar la extensión del narcotráfico, [y] además que el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos”⁵¹. El uso de esta planta no corresponde a una necesidad biológica, sino que está cimentada en consideraciones culturales muy profundas, que le otorga el carácter como símbolo de identidad étnica.

Esta consideración particular de la relación entre la hoja de coca y las comunidades indígenas está fundamentada en la segunda declaración realizada por el Congreso de la República en la Ley 67 de 1993, al momento de ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988. En dicha declaración el Estado colombiano manifestó que el trato que daría a los cultivos de hoja de coca como infracción penal se armonizaría con los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente. De acuerdo con la Corte Constitucional, “el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas, y por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de diversidad étnica y cultural”⁵². En el mismo sentido, una interpretación posterior estableció que esto es así porque precisamente el uso, consumo y cultivo deriva del conocimiento creado por generaciones que han interactuado con la planta y quienes le han atribuido el calificativo de sagrada en razón a los beneficios y atributos que la misma posee, tanto así que no constituye solamente un alimento, sino que es un elemento importante en la concepción social y religiosa de la comunidad⁵³.

Por tanto, toda limitación que se haga a la práctica de mambeo o mascado de hoja de coca, incluso por fuera de los territorios indígenas, debe considerar el hecho que las limitaciones a la diversidad y autonomía de estos pueblos se encuentra en un “núcleo duro de derechos humanos” y dentro de los “mínimos de convivencia social”⁵⁴. La estrecha relación entre la hoja de coca y las comunidades indígenas permite concluir que la toma de medidas relacionadas con ésta, que sean susceptibles de afectarlos directamente, deben respetar el principio de autodeterminación de los pueblos y el derecho a la diversidad cultural.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-882 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 2012. M.P. Adriana Guillén Arango.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-514 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

No todos los pueblos indígenas usan la hoja de coca de la misma manera. Los pueblos que tienen uso ancestral de hoja de coca se ubican principalmente en los Andes, en la Amazonía y en la Sierra Nevada de Santa Marta. Sin embargo, no todos usan la hoja de la misma manera o cultivan la misma variedad. El pueblo arhuaco de la Sierra Nevada prepara mambe con hojas de coca y conchas de mar pulverizadas para después utilizar el poporo⁵⁵. Las comunidades indígenas de los Andes pueden mascar la hoja de coca con cal, mientras que algunos pueblos de la Amazonía, combinan las hojas pulverizadas con las cenizas del Yarumo⁵⁶. De acuerdo con la información recolectada por Santiago Wills, para los indígenas de la Sierra Nevada es fundamental llevar consigo al menos dos mochilas de hoja seca para intercambiar con los amigos y para el uso propio⁵⁷.

Ante la importancia de esta práctica cultural, y teniendo en cuenta que las autoridades locales tienen la obligación de proteger y promover las formas de vida de las comunidades étnicas asentadas en sus territorios, una regulación no podría restringir el porte y uso de la hoja de coca en el espacio público, pues implicaría una vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas. La mejor forma de regular, en ningún momento restringir, este tipo de usos en el espacio público dentro de cada municipio es concertar con las autoridades de los territorios indígenas las circunstancias en que el uso y porte de la hoja de coca son acciones comprendidas dentro del ámbito constitucional de la diversidad étnica y cultural y actuar en consecuencia.

La problemática presentada puede ser solucionada si se les otorgara a las autoridades territoriales, quienes tienen un conocimiento inmediato y actual de los contextos sociales y culturales, la posibilidad de determinar la forma en que se ejecutan las normas el consumo de bebidas alcohólicas y SPA. Lo anterior, por cuanto son las que tienen el conocimiento del contexto para determinar las medidas de policía idóneas y adecuadas que a su vez respeten manifestaciones culturales en el espacio público.

En ese sentido, se advierte que existe al menos dos posibles entendimientos de la norma: uno inconstitucional y otro constitucional. Por un lado, que los agentes de policía se encuentren facultados para aplicar de manera irrestricta la norma a las comunidades indígenas es un entendimiento inconstitucional por cuanto viola los preceptos relacionados con el derecho de diversidad cultural. Por otro lado, un entendimiento constitucional de la norma se traduciría en que las autoridades a las que se refiere el literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía, son las entidades territoriales. Siendo estas las facultadas para prohibir el consumo en espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público, lo que abre la posibilidad a un ejercicio de las facultades de policía resulte armónico con la diversidad cultural y el derecho que tienen todas las personas a

⁵⁵ Wills, Santiago- (2017). La vida con el poporo: un viaje de mambe y coca en la Sierra Nevada. Disponible en: <https://pacifista.tv/notas/la-vida-con-el-poporo-un-viaje-de-mambe-y-coca-en-la-sierra-nevada/>

⁵⁶ Echerverri, Juan. (2014). La coca en el Amazonas: una perspectiva botánica, cultural e histórica“. Mambear coca no es pintarse la boca de verde”. En Análisis histórico del narcotráfico en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional, p. 74.

⁵⁷ Wills, Santiago- (2017). La vida con el poporo: un viaje de mambe y coca en la Sierra Nevada. Disponible en: <https://pacifista.tv/notas/la-vida-con-el-poporo-un-viaje-de-mambe-y-coca-en-la-sierra-nevada/>

participar en la vida cultural. En consecuencia, esta se suma a una de las razones que fundamentan la solicitud de exequibilidad condicionada de las normas demandadas.

2.5. Una prohibición absoluta del consumo de sustancias psicoactivas y alcohol en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público, es desproporcionada y vacía de contenido el principio de autonomía territorial

Como último cargo por inconstitucionalidad, la presente sección tiene como objetivo demostrar que una prohibición absoluta del consumo de SPA y bebidas alcohólicas en espacio público, lugares abiertos al público, o que siendo privados trasciendan a lo público, es desproporcionada y vacía de contenido la autonomía territorial. Para ello, en primer lugar, se presentarán las vías que ha tomado la Corte Constitucional para solucionar las tensiones que se derivan de asignaciones de competencias al Estado central o a las entidades territoriales, a la luz de los principios de autonomía territorial y Estado unitario. Luego, en segundo lugar, se presentará la tensión que generan las normas demandadas respecto de este marco y se demostrará el porqué existe una transgresión indebida y desproporcionada en la autonomía territorial.

2.5.1 El alcance de los principios de autonomía territorial y Estado Unitario en la Constitución Política de 1991.

Una de las mayores preocupaciones de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente era la superación del modelo de Estado unitario y centralista que imponía la Constitución de 1886. De acuerdo con la Corte Constitucional, la grave situación de abandono de las regiones llevó a pensar en un esquema de descentralización y autonomía que tenía, por lo menos, dos propósitos: (i) promover el desarrollo local y regional a partir de la entrega de funciones en materia de justicia social a las entidades territoriales y, (ii) empoderar a las comunidades para la gestión de sus propios asuntos y la democratización de la sociedad⁵⁸.

No obstante, los objetivos y medios que se eligieron para materializar la autonomía territorial fueron contrapuestos a la permanencia de un modelo de Estado republicano unitario⁵⁹. Esto implica que existe un solo centro de impulsión política y que “(...) la soberanía se ejerce directa y continuamente sobre todo el conglomerado social asentado sobre un mismo territorio (...) la totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, que es la persona jurídica de derecho público suprema, el Estado”⁶⁰.

En ese entendido, al momento de revisar un ejercicio de asignación o retiro de competencias sobre cierto asunto al Estado central o a las entidades territorial se estará, casi siempre, en presencia de una tensión entre la pretensión de autonomía territorial y la realización del proyecto de una república unitaria. Las normas demandadas en el presente proceso son una prueba más de ello y, en su caso, demuestran cómo un organismo central – el Congreso de la República – puede sobrepasar los límites impuestos por el derecho a la autonomía territorial en aras de la

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 1.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

centralización de ciertas decisiones y la libertad de configuración legislativa, como se pasará a explicar.

La forma en que la Constitución Política de 1991 pretendió compatibilizar la posible tensión entre el principio de Estado unitario y el de autonomía territorial fue a través de la asignación de ciertas competencias a las entidades territoriales y el otorgamiento de una función general de regulación al Congreso de la República⁶¹. En ese entendido, le reconoció a las entidades territoriales⁶² cuatro derechos⁶³: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer tributos y, (iv) participar en las rentas nacionales⁶⁴. Y, para armonizar estos derechos, estableció los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad como rectores del ejercicio de las competencias de los distintos niveles territoriales⁶⁵.

En determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de distintos niveles de la administración, el principio de concurrencia propende por mantener esa dinámica e incluir a todas las entidades pertinentes en el ejercicio de la función. En la misma línea, si existen competencias concurrentes, el principio de coordinación establece que estas se deben ejercer de forma armónica y sin anular autoridades, algo que se debe considerar incluso desde el momento mismo en que se distribuyen dichas competencias. Y, finalmente, la subsidiariedad tiene dos facetas, en la positiva implica que la intervención del Estado debe hacerse preferentemente desde el nivel más próximo al ciudadano, y en la negativa que el nivel central sólo interviene en asuntos de competencia local o regional cuando las entidades territoriales no pueden o no quieren hacerlo⁶⁶.

Todo esto debe compatibilizarse con las exigencias de un Estado unitario, que en palabras de la Corte Constitucional, “(...) presupone la centralización política, lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional”⁶⁷.

Así las cosas, mientras el principio unitario permite la existencia de parámetros generales aplicables a todo el territorio nacional, el de autonomía territorial propende por la salvaguarda de espacios de decisión propias para las entidades territoriales y las personas que las habitan⁶⁸. La tensión entre ambos principios es evidente, entre más espacio se abra para las regiones más se cierra el ámbito de acción del Estado central, y viceversa.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶² Departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas según el artículo 286 de la Constitución (regiones y provincias de forma contingente).

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 287.

⁶⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 288.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

2.5.2 Las normas demandadas implican una transgresión desproporcionada de la autonomía territorial en materia de policía

El caso del literal c) del numeral 2 del artículo 33 como el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía es una muestra clara de esta tensión expuesta en el aparte anterior. Como ya se explicó, ambas disposiciones traen implícita una prohibición absoluta de consumo de bebidas o sustancias alcohólicas, psicoactivas o prohibidas en espacio público, lugares abiertos al público y lugares que siendo privados trasciendan a lo público en todo el territorio nacional, so pena de ser objeto de sanciones. Este es el tipo de decisiones que se fundamentan en el principio de Estado unitario y la necesidad de imponer parámetros uniformes y generales en todo el territorio nacional, en detrimento de la capacidad de las entidades territoriales, especialmente las de orden local y distrital para regular la forma en que las personas habitan el espacio público y lo utilizan.

Esto, en teoría, no implica necesariamente que las normas sean inconstitucionales. La misma Corte Constitucional ha entendido que el legislador tiene un margen especialmente amplio de discrecionalidad para configurar y determinar las competencias del nivel central y las entidades territoriales⁶⁹. Pero dicha configuración no puede vaciar de contenido la cláusula general de competencia de las entidades territoriales⁷⁰ y, en todo caso, debe respetar los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad. Una prohibición como la que contienen el literal c) del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía precisamente viola los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad y, en consecuencia, constituye una transgresión al principio constitucional de autonomía territorial.

Como ya se explicó, según el numeral 2 del artículo 287 de la Constitución Política de Colombia, es un derecho de las entidades territoriales “[e]jercer las competencias que les correspondan”⁷¹, algo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, está relacionado con el derecho a gestionar de forma autónoma sus propios intereses⁷². En esa línea, el numeral 2 del artículo 315 de la misma Constitución establece que una de las atribuciones o competencias de los alcaldes y alcaldesas municipales como autoridades administrativas elegidas directamente por el pueblo es “[c]onservar el orden público en el municipio”⁷³. Esta atribución es regulada posteriormente por el literal c) del numeral 2 del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, que establece que, en desarrollo de su función de conservar el orden público, es competencia del alcalde municipal “[r]estringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes”⁷⁴. Asimismo, es competencia constitucional de los concejos municipales regular el uso del suelo dentro de su jurisdicción⁷⁵ y, en virtud de la misma Ley 136 de 1994, tienen como atribución “[d]isponer lo referente a la policía en sus distintos ramos”⁷⁶.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁷¹ Constitución Política de Colombia, artículo 287.2.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷³ Constitución Política de Colombia, artículo 315.2.

⁷⁴ Ley 136 de 1994, artículo 91.2.c.

⁷⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 313.7.

⁷⁶ Ley 136 de 1994, artículo 32.1.

En ese entendido, antes de la expedición del Código Nacional de Policía existían competencias constitucionales claras y concretas, en cabeza de dos de las autoridades territoriales locales directamente elegidas por los habitantes, de gestionar los intereses municipales relacionados con el control de orden público. Así como dos disposiciones de orden legal que las materializaba más concretamente en la posibilidad de orientar sobre los asuntos de policía en el municipio y restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes dentro de su jurisdicción. El Código Nacional de Policía implícitamente deja sin efecto las competencias establecidas en la Ley 136 de 1994 e impide que los alcaldes, alcaldesas y concejos municipales regulen el expendio y consumo de bebidas embriagantes y SPA o prohibidas en su jurisdicción cuando se hace para mantener el orden público, la convivencia y la tranquilidad, por el simple hecho de que prohíbe estas actividades de forma absoluta.

Evidentemente, la Ley 136 de 1994 puede ser modificada o derogada, más cuando el Código Nacional de Policía tiene su misma jerarquía normativa. No obstante, al ser una materialización del mandato de autonomía territorial consagrado en la Constitución Política de Colombia, dicha modificación debe pasar por un examen de constitucionalidad especial. Como lo ha expresado la Corte Constitucional, “(...) las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior”⁷⁷ y, en todo caso, “(...) la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional, el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional, según sea el caso”⁷⁸. Dentro de ese marco cobra sentido el concepto de núcleo esencial de la autonomía territorial, explicado por la Corte como “(...) aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses (...) [así como] la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias. Debe protegerse el derecho de cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan”⁷⁹.

De lo anterior se pueden derivar tres parámetros para la revisión de la constitucionalidad de una norma que limite la autonomía territorial:

- (i) La limitación a la autonomía territorial en materias en las que hay concurrencia de competencias debe estar justificada en la existencia de un interés superior.
- (ii) El principio de Estado unitario no puede servir de base única para justificar una limitación a la autonomía territorial en asuntos que no trascienden lo local o regional.
- (iii) La limitación a la autonomía territorial debe respetar su núcleo esencial, específicamente la facultad de gobernarse por autoridades propias y con respecto a la dirección política que estas ostentan.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Frente al primer parámetro, resulta que en la exposición de motivos del proyecto de ley que inició el trámite legislativo para el Código Nacional de Policía el Gobierno Nacional, quien presentó la iniciativa, afirmó que pretendía “(...) brindar herramientas que conserven y favorezcan el bien supremo de la convivencia, entendida como la interacción pacífica, respetuosa, dinámica y armónica entre las personas y con el ambiente en el marco del ordenamiento jurídico”⁸⁰. Y, en esa línea, tenía como objetivo específico “[a]plicar medidas efectivas cuando se afecte o ponga en riesgo la convivencia”⁸¹. Así, el interés superior que parece invocar para expedir las normas demandadas es el mantenimiento de la convivencia, desde dos puntos de vista: la protección de la tranquilidad y las relaciones respetuosas (artículo 33) y el cuidado y la integridad del espacio público (artículo 140). En ese entendido, quedaría superado el primer parámetro.

En cuanto al segundo parámetro, si bien la convivencia es un valor nacional, lo cierto es que la idoneidad de medidas orientadas a lograr una buena convivencia no trasciende el ámbito regional o local. Ello por cuanto la idoneidad de la medida está marcada por necesidades de contexto de las comunidades a las que se le pretende aplicar. En el caso concreto, el consumo de bebidas alcohólicas y SPA o prohibidas en espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público tiene un impacto puramente local, por lo cual es un tema que debe ser regulado por las autoridades de policía municipales o regionales y, en todo caso, hace parte de la vida cotidiana de las ciudades, municipios, veredas y demás centros poblacionales colombianos.

La exposición de motivos del proyecto de ley demuestra que, independientemente del interés superior que pretendía proteger, la justificación de la intervención era el “poder de policía”, entendido como “(...) la facultad del Congreso de la República de expedir las normas en materia de policía”⁸². Esta es una manifestación del principio de Estado unitario, que obvia las competencias de las autoridades territoriales sobre el mismo tema para intervenir, así la misma exposición reconozca que “(...) la facultad del poder de policía la ejercen el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales, y excepcionalmente el Presidente de la República, los gobernadores y los alcaldes”⁸³. Recuérdese que, según la Ley 136 de 1994, los concejos municipales tienen la competencia para disponer lo referente a la policía.

Según el segundo parámetro, esta manifestación de la competencia del Congreso no es suficiente para la limitación de la autonomía territorial cuando se trata de regular asuntos de orden local o regional. No existe un solo argumento que explique el por qué se decide privilegiar la intervención del legislador, una parte del Estado central, sobre la de autoridades locales y regionales como los concejos, alcaldes y alcaldesas municipales, más cuando estos ya contaban con las competencias para llevar a cabo el tipo de regulaciones que contienen las normas demandadas. En ese entendido, las normas demandadas no cumplen con el segundo parámetro por lo cual deben ser adecuadas por la Corte Constitucional para que lo hagan.

Sobre el tercer parámetro no es necesario referirse, pues ya se demostró el incumplimiento del segundo y, por lo tanto, la necesidad de intervención de la Corte Constitucional para adecuar las

⁸⁰ Proyecto de ley 99 de 2014 (Senado). Exposición de motivos.

⁸¹ Proyecto de ley 99 de 2014 (Senado). Exposición de motivos.

⁸² Proyecto de ley 99 de 2014 (Senado). Exposición de motivos.

⁸³ Proyecto de ley 99 de 2014 (Senado). Exposición de motivos.

normas demandadas a los parámetros de la autonomía territorial y su armonización con el principio de Estado unitario. Aunque, si en gracia de discusión se entendiera que el segundo parámetro se cumple, resulta claro que el tercero no, consistente en una obligación de respetar su núcleo esencial de la autonomía territorial, específicamente la facultad de gobernarse por autoridades propias y con respecto a la dirección política que estas ostentan.

Como ya se explicó, la dirección política de las entidades territoriales por parte de quienes fueron elegidos para el efecto incluye la facultad de regular el uso del suelo y la conservación del orden público. En ese entendido, al elegir un alcalde, un gobernador de cabildo, concejales, etc. la ciudadanía elige un modelo de control, una forma de materializar estas facultades y, en ese entendido, el recorte de estas funciones por una prohibición absoluta de consumo de bebidas alcohólicas y SPA viola el núcleo fundamental de la autonomía territorial.

Así las cosas, la violación del principio de autonomía territorial es otro de los cargos de inconstitucionalidad que sustentan la presente petición de exequibilidad condicionada, pero a la vez, es con base en la aplicación de este principio que se pasa a exponer la fórmula de condicionalidad que se propondrá a la Corte Constitucional en la presente intervención.

3. Solicitud de declaratoria de exequibilidad condicionada

Teniendo en cuenta el análisis de constitucionalidad realizado, respetuosamente solicitamos a la Corte Constitucional:

- DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del literal c del numeral 2 del artículo 33 y el numeral 7 del artículo 140 del Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016), en el entendido que son las entidades territoriales quienes ostentan la facultad prevalente para regular, o dado el caso prohibir, el consumo de bebidas alcohólicas y SPA en el espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público dentro de su jurisdicción. Y que en todo caso, dicha regulación debe garantizar los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y la diversidad cultural.

Cordialmente,

DIANA RODRÍGUEZ FRANCO

RODRIGO UPRIMNY YEPES

ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA

MARYLUZ BARRAGÁN GONZÁLEZ

LUCÍA RAMÍREZ BOLÍVAR

ISABEL PEREIRA ARANA

LUIS FELIPE CRUZ OLIVERA