

RECURSO DE APELACIÓN – Frente a decisión que decreta una medida cautelar de suspensión provisional / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Primacía / DERECHOS FUNDAMENTALES – Son de aplicación inmediata / LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD – Derecho fundamental / LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD – Marco normativo y jurisprudencial / LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD – Alcance / DEBER DEL JUEZ ADMINISTRATIVO – De aplicar norma constitucional en forma oficiosa, así el demandante no la haya invocado expresamente / DEBER DEL JUEZ ADMINISTRATIVO – Suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de los derechos fundamentales / ASISTENCIA A ESPECTÁCULOS TAURINOS, REJONEO, COLEO, NOVILLADAS, CORRALEJAS, BECERRADAS, TIENTAS Y RIÑAS DE GALLOS – Prohibición de ingreso a menores edad / DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD – Vulneración / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede respecto de los artículos 1, 2, 4 y 5 del acto acusado por limitar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores de edad

La Sala observa que, al revisar el escrito de solicitud de suspensión provisional, en el mismo se realizó una confrontación con las normas superiores invocadas en la demanda, especialmente frente al artículo 22 de la Ley 916 de 2004, “por la cual se establece el Reglamento Nacional Taurino”, el cual preceptúa lo siguiente: “Todos los espectadores permanecerán sentados durante la lidia en sus correspondientes localidades. En los pasillos y escaleras únicamente podrán permanecer los agentes de la autoridad y los empleados de la empresa. Los menores de diez (10) años de edad deberán ingresar en compañía de un adulto. (...)” Al respecto, la Sala observa que, en esta etapa procesal, no se advierte una manifiesta infracción del citado artículo superior, dado que esa norma se referiría únicamente a espectáculos taurinos. En cambio, como se explicará, varios de los artículos del acto acusado, prima facie tratan sobre la participación de menores de edad no solamente en espectáculos taurinos, sino también en rejoneo, coleo, novilladas, corralejas, becerradas, tientas, y riñas de gallos. Adicionalmente, la norma superior no se refiere directamente a los menores de 18 años (asunto objeto de regulación del acto acusado), sino a los menores de 10 años. No obstante lo anterior, lo que sí advierte la Sala es que los artículos 1º, 2º, 4º y 5º del acto administrativo acusado contradicen de manera manifiesta los artículos 16, 150 y 152 de la Constitución Política, dado que prohíben la asistencia de menores de edad a los eventos de que trata el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, lo cual limita el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad; derecho fundamental que, dado el caso, le correspondería limitar al poder legislativo, y no a una autoridad administrativa. Y como quiera que se trata de un derecho fundamental, se hace necesario pronunciamiento al respecto, no obstante que el actor no lo haya identificado expresamente, pues el amparo del mismo constituye un deber del juez, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política y la aplicación inmediata de la norma que lo establece. [...] Como puede apreciarse [...], en caso de violación de derechos fundamentales, procede que el Juez de lo contencioso administrativo de oficio aplique directamente la Constitución Política y declare nulo o suspenda provisionalmente los efectos de un acto administrativo contrario a la Constitución, aún cuando no haya sido invocado expresamente. En el presente caso, el acto acusado prima facie contradice el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de

los niños, niñas y adolescentes, por lo que se hace necesario pronunciamiento al respecto, no obstante que el actor no lo haya identificado expresamente. [...] Sobre estos cuatro artículos, en esta etapa procesal, la Sala observa que, prima facie, vulneran el artículo 16 de la Constitución Política, comoquiera que prohíben que los menores de edad asistan a los eventos de que trata la Ley 84 de 1989; es decir, de manera general, anula la autonomía, autodeterminación y capacidad de decisión que ellos, y en especial su familia (que es la primera llamada a velar por los derechos del niño en general y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en particular), tendrían para decidir asistir a este tipo de espectáculos con animales. Estos eventos no serían otros que los permitidos por el artículo 7º de esa ley, la cual preceptúa que quedarán exceptuados de sanción, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos. Como se explicó en líneas anteriores, el libre desarrollo de la personalidad de los menores constituye a su vez un principio de trascendental importancia para el ejercicio de otros derechos de rango constitucional reconocidos por nuestra Constitución Política en favor de los niños, niñas y adolescentes, especialmente para definir su propia identidad. A través de este derecho los niños, niñas y adolescentes, bajo la orientación de su madre y su padre, pueden interactuar con su entorno y decidir lo que a bien tengan en relación con su proyecto de vida, siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás y las limitaciones impuestas por el legislador. [...] En conclusión, de manera preliminar, se advierte una contradicción entre los artículos 1, 2, 4 y 5 de la ordenanza demandada y el artículo 16 de la Constitución Política, toda vez que prohíben expresamente que los menores de edad asistan a eventos como el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas, tientas y riñas de gallos, desconociendo de manera general el derecho que tienen la madre y el padre a impartir la formación integral de sus hijos, así como su autonomía y capacidad para decidir si quieren asistir a estos eventos, interactuar con su entorno y definir su propia identidad.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades / COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – Para regular los elementos estructurales esenciales de los derechos y libertades y los mecanismos para su protección / FALTA DE COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – Para limitar y regular el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad / FUNCIÓN DE POLICÍA – Titular. Esta en cabeza de autoridades administrativas / PODER DE POLICÍA – Titular. Radica únicamente en el Congreso de la República / FUNCIÓN DE POLICÍA – No esta instituida para establecer limitaciones y condiciones para el ejercicio de las libertades de las personas, independientemente de su edad / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede respecto de los artículos 1, 2, 4 y 5 del acto acusado porque la Asamblea departamental no tenía competencia para establecer regulaciones que limiten, prohíban y condicionen el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede respecto de los artículos 1, 2, 4 y 5 del acto acusado porque la Asamblea departamental no tenía competencia para establecer regulaciones que limiten, prohíban y condicionen el derecho de sus madres y padres de impartirles la formación integral a los menores de edad

El artículo 150 de la Constitución Política asigna al Congreso de la República la función de hacer leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas. Dicha potestad legislativa atiende a un sistema normativo piramidal integrado por códigos y leyes marco, ordinarias, orgánicas, de facultad extraordinaria y estatutarias. En concordancia con lo anterior, el artículo 152 literal a) de la Constitución Política preceptúa lo siguiente: “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (...)”. [...] [A]l legislador estatutario le corresponde, en principio, regular los elementos estructurales esenciales de los derechos y libertades y los mecanismos para su protección, entre los cuales se encuentra la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones para el ejercicio de los derechos. En consecuencia, prima facie, el Congreso de la República sería la autoridad competente para regular, limitar y establecer prohibiciones al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en este caso, la opción que tienen en general la madre y el padre de proveer formación integral a los menores de edad, y a éstos de interactuar con su entorno y decidir asistir o no a un espectáculo de los que trata el artículo 7 de la Ley 84 de 1989. A este respecto, en la sentencia C-889 de 2012, la Corte Constitucional [...] fijó un conjunto de reglas a partir de las cuales infirió que la competencia para regular la actividad taurina le corresponder al legislador y, en esa medida, las entidades territoriales no podrían regular esas actividades. Adicionalmente, distinguió entre la función de policía y el poder de policía. En relación con la primera, adujo que está en cabeza de las autoridades administrativas y se traduce en “la autorización de los espectáculos públicos” que en todo caso está sometida “al principio de estricta legalidad, predicable respecto de las limitaciones a derechos constitucionales derivadas del orden público”. (Se destaca) Por su parte, el poder de policía, entendido como “aquellas disposiciones dirigidas a prever límites y condiciones para el ejercicio de actividades ciudadanas, en aras de la protección del orden público y la convivencia social”, radica únicamente en el Congreso de la República. Como puede apreciarse, prima facie, todas aquellas disposiciones dirigidas a prever límites y condiciones para el ejercicio de actividades ciudadanas, como lo es en este caso el derecho de la madre y el padre de impartir formación integral a sus hijos y la libertad de los menores de edad para asistir a espectáculos permitidos por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, corresponde regularlas al Congreso de la República, en ejercicio de su poder de policía. Por su parte, las autorizaciones que otorguen las autoridades administrativas en ejercicio de la función de policía se encuentran limitadas por el principio de legalidad estricta, es decir, a lo definido por el legislador. En otras palabras, la función de policía no estaría en principio instituida para establecer limitaciones y condiciones para el ejercicio de las libertades de las personas, independientemente de su edad. [...] En el caso objeto de examen, la Asamblea Departamental de Norte de Santander desconocería esa competencia del Congreso de la República para limitar y regular los derechos y libertades ciudadanas, en este caso, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, al establecer que se prohíbe su asistencia a eventos permitidos por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989. Por los motivos anteriores, prima facie se concluye que los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016 son contrarios a los artículos 150 y 152 constitucionales, en tanto que la Asamblea Departamental de Norte de Santander carecería de competencia para establecer regulaciones que limiten, prohíban y condicionen el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, así como el derecho de sus madres y padres de impartirles la formación integral. La regulación sobre este asunto le correspondería definirla al legislador.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del artículo que establece que la Gobernación del departamento Norte de Santander y sus entidades descentralizadas no podrán destinar dineros públicos a la construcción de instalaciones que sean exclusivamente para realizar las actividades exceptuadas de sanción por maltrato animal / AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Núcleo esencial / COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Para administrar sus recursos / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se niega porque prima facie la Asamblea departamental si tiene competencia para decidir si autoriza o no la inversión de recursos públicos en la financiación de actividades que permitan la realización de espectáculos autorizados exceptuadas de sanción por maltrato animal

El artículo tercero de la ordenanza demandada preceptúa que la Gobernación del departamento Norte de Santander y sus entidades descentralizadas no podrán destinar dineros públicos a la construcción de instalaciones que sean exclusivamente para realizar las actividades que trata el artículo 7° de la Ley 84 de 1989, y que tampoco podrán patrocinar, promocionar o difundir este tipo de eventos. La Sala observa que, a partir de una primera lectura del artículo 287 numeral 3 de la Constitución Política, las entidades territoriales tendrían en principio competencia para administrar sus recursos, así: “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.” En sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación el 6 de junio de 2018, se hizo alusión a los diversos componentes del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales según el artículo 287 constitucional, entre los cuales se mencionó la facultad de éstos para administrar sus recursos, así: [...] Como puede apreciarse, prima facie, las entidades territoriales cuentan con la competencia para administrar sus recursos y, a partir de ello, pueden cumplir sus funciones, planear y promover el desarrollo local, y contribuir a la democratización de las decisiones económicas. En consecuencia, en el caso objeto de examen, a primera vista, la Asamblea Departamental de Norte de Santander sería competente para decidir si autoriza o no la inversión de recursos públicos en la financiación de actividades que permitan la realización de espectáculos autorizados por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, y así mismo promover o no este tipo de actividades. Por lo tanto, en relación con este punto, es necesario que transcurra el debate procesal, escuchar las alegaciones de las partes, examinar los antecedentes administrativos y evaluar las demás pruebas obrantes en el proceso para poder concluir si efectivamente la Asamblea Departamental de Norte de Santander carece de competencia para prohibir la destinación de recursos públicos para llevar a cabo actividades autorizadas por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989 dentro de su territorio.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades / COSA JUZGADA – No se configura respecto de autos por medio de los cuales se deciden medidas cautelares

solicitadas por las partes / AUTO QUE RESUELVE UNA SOLICITUD MEDIDA CAUTELAR – Es de carácter provisional / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Análisis inicial no implica prejuzgamiento / COSA JUZGADA – Solo se predica respecto de las sentencias ejecutoriadas / AUTO QUE RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR EN OTRO PROCESO – No constituye cosa juzgada

A juicio del recurrente, no era procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, debido a que en auto fechado el 26 de octubre de 2018 , en proceso iniciado por los mismos hechos del presente caso, se resolvió negar la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado (Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016). Sobre este punto, la Sala estima que en esta etapa procesal no le asiste razón a la parte recurrente, toda vez que el fenómeno de la cosa juzgada no se predica de autos por medio de los cuales se deciden medidas cautelares solicitadas por las partes, sino respecto de la sentencia que pone fin al proceso. Esto, en consideración a que la decisión que se adopte en relación con la medida cautelar no es definitiva, es de carácter provisional, se puede llegar a una conclusión diferente en la sentencia que ponga fin al proceso. Por este motivo, el artículo 229 del CPACA preceptúa que la decisión sobre la medida cautelar no constituye prejuzgamiento. Así mismo, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, preceptúa lo siguiente: “COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)” En concordancia con lo anterior, en sentencia proferida el 16 de abril de 2020 , la Sala tuvo la oportunidad de reiterar que el concepto de cosa juzgada se predica respecto de las sentencias judiciales ejecutoriadas , toda vez que es a partir de ellas que la decisión adoptada en el proceso adquiere el carácter de inmutable e inmodificable. En este orden de ideas, no es posible, como lo plantea el recurrente, considerar que el auto proferido el 26 de octubre de 2018 , en un proceso en el cual también se demandó la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016, constituye cosa juzgada que impide pronunciarse sobre la presente medida cautelar.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Requisitos: vulneración del ordenamiento superior, cuando se acredita, de manera implícita se satisfacen los requisitos de periculum in mora o perjuicio de la mora, fumus boni iuris o apariencia de buen derecho / REQUISITO DE PERICULUM IN MORA O PERJUICIO DE LA MORA EN LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Evento en que se configura / REQUISITO DE FUMUS BONI IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO EN LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Evento en que se configura

A juicio del recurrente, en el auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, no se cumplieron varios de los requisitos que contempla el artículo 231 del CPACA, toda vez que no se advierte un peligro inminente que atente contra el interés público; tampoco se observa alguna posibilidad que indique que, al no otorgarse la medida cautelar, se causaría un perjuicio irremediable al demandante o al interés público. Sobre el

punto, el Despacho advierte que, cuando se trata de medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, si se acredita prima facie esa vulneración, de manera implícita se satisfacen los requisitos del perjuicio por la mora, “periculum in mora”, y apariencia de buen derecho, “fumus boni iuris”, predicables respecto de todo tipo de medidas cautelares, pues en un Estado de Derecho estos elementos siempre concurren cuando se trata de la efectiva transgresión del ordenamiento jurídico por parte de las autoridades públicas. El artículo 229 del CPACA preceptúa que “(...) en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. (...)” Por su parte, el artículo 231 del CPACA establece que: “(...) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. (...)” En relación con el “periculum in mora”, o perjuicio por la mora, requisito común a cualquier medida cautelar, implica que ésta se justifica en la medida que se busca proteger el objeto del litigio (la pretensión) y garantizar la efectividad de la sentencia mientras transcurre el tiempo que tarda el proceso, tal y como lo prevé el artículo 229 del CPACA. Para el caso de la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo (art. 231 del CPACA), el perjuicio por la mora se configura cuando se advierte prima facie la vulneración de las normas superiores invocadas en la demanda, porque no es admisible en el marco de un Estado de derecho que actos que lesionan el ordenamiento jurídico superior puedan continuar produciendo efectos jurídicos mientras transcurre el proceso judicial. En cuanto al “fumus boni iuris”, o la apariencia de buen derecho, este requisito se satisface tácitamente cuando el peticionario pone de presente suficientes razones jurídicas para que se acceda a la medida cautelar, de conformidad con el explicado artículo 229 del CPACA, que establece que las medidas proceden a petición de parte debidamente sustentada. En relación con la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo (art. 231 del CPACA), ésta procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Es decir, basta que, como consecuencia de la argumentación jurídica planteada por el peticionario, el juez advierta la vulneración del ordenamiento jurídico superior para acceder a la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. En conclusión, para el caso de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo, la apariencia de buen derecho y el perjuicio por la mora se entienden satisfechos cuando el juez advierte una infracción del ordenamiento jurídico superior. En un Estado de Derecho estos elementos concurren siempre que se trate de una transgresión al ordenamiento jurídico, el cual debe ser respetado por todas las autoridades. Por lo anterior, en este punto, tampoco le asiste razón al apoderado judicial del Departamento de Norte de Santander.

ANIMALES – Tienen en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor / PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES QUE SE CONSIDEREN CRUELES CONTRA LOS ANIMALES / PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES QUE SE CONSIDEREN CRUELES CONTRA LOS ANIMALES – Actividades exceptuadas / ACTIVIDADES EXCEPTUADAS - Son hechos, manifestaciones culturales y expresiones del pluralismo que se derivan de una interpretación sistemática e incluyente de la Constitución Política / MARCO NORMATIVO

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 16 de abril de 2020, Radicación 11001-03-24-000-2013-00231-00, C.P. Oswaldo Giraldo López; 30 de abril de 2020, Radicación 11001-03-24-000-2018-00387-00 Y 11001-03-24-000-2018-00399-00, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2004; sentencia C-1192 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-197 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell; sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz; sentencia T-182 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia SU 056 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 16 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 152 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 287 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 303 / LEY 84 DE 1989 – ARTÍCULO 6 / LEY 84 DE 1989 – ARTÍCULO 7 / LEY 916 DE 2004 – ARTÍCULO 22

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 007 DE 2016 (5 de agosto) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER – ARTÍCULO 1 (Suspendido) / ORDENANZA 007 DE 2016 (5 de agosto) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER – ARTÍCULO 2 (Suspendido) / ORDENANZA 007 DE 2016 (5 de agosto) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER – ARTÍCULO 3 (No suspendido) ORDENANZA 007 DE 2016 (5 de agosto) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER – ARTÍCULO 4 (Suspendido) / ORDENANZA 007 DE 2016 (5 de agosto) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER – ARTÍCULO 5 (Suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 54001-23-33-000-2018-00285-01

Actor: FELIPE NEGRET MOSQUERA

Demandado: DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Referencia: Nulidad

AUTO QUE RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE PROVIDENCIA QUE DECRETÓ UNA MEDIDA CUATELAR – CONFIRMA PARCIALMENTE

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Gobernación del Norte de Santander en contra del auto de 15 de noviembre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la totalidad de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016, *“por el cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades”*, proferida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

I. ANTECEDENTES

La parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016, *“por el cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades”*, proferida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander

El acto acusado establece lo siguiente:

*“REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL*

ORDENANZA N°. 007 DE 5 DE AGOSTO DE 2016

*“POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA PARTICIPACIÓN DE MENORES
DE EDAD EN EVENTOS DE MALTRATO ANIMAL Y SE REGULA LA
PARTICIPACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER EN
ÉSTAS ACTIVIDADES” (P-03).*

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el artículo 300, numeral 4 de la Constitución Política de Colombia, la ley 84 de 1989, la ley 1774 de 2016, la ley 1638 de 2013, la Sentencia C-666/10 de la Corte Constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización para las Naciones Unidas 20/11/89.

ORDENA

ARTÍCULO PRIMERO.- Prohibir la participación y asistencia a eventos relacionados en la Ley 84 de 1989 en el departamento Norte de Santander a los menores de 18 años, con el propósito de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y garantizar su desarrollo físico, mental, moral y social, reconociendo expresamente el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso mental, el derecho a la educación compatible con la dignidad humana.

ARTÍCULO SEGUNDO. — Prohibir la participación de menores de 18 años en el entrenamiento para los eventos mencionados en la Ley 84 de 1989 que se realicen en el Departamento Norte de Santander con el objeto de garantizar la protección contra el desempeño de cualquier actividad que pueda resultar peligrosa para su desarrollo físico, mental, moral o social y el derecho al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización para las Naciones Unidas 20/11/89.

ARTÍCULO TERCERO.- La Gobernación del Departamento Norte de Santander y sus entidades descentralizadas, no podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones que sean, exclusivamente para realizar las actividades que trata el artículo 7° de la Ley 84 de 1989, tampoco podrán patrocinar, promocionar o difundir los eventos, contemplados en el mencionado artículo.

ARTÍCULO CUARTO.- En los municipios del Departamento Norte de Santander en los cuales se desarrollan las actividades de que trata el artículo 7° de la ley 84 de 1989, se deberá estipular mediante la imprenta de la boletería la prohibición de la asistencia y participación de menores de 18

años, el cual quedará de la siguiente manera: "PROHÍBASE EL INGRESO DE MENORES DE 18 AÑOS", entendiendo que toda publicidad, identificación o promoción sobre dicho evento debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en ésta ordenanza, lo cual será obligación de los Organizadores y promotores de dichos eventos indicar bajo un anuncio claro y destacado la prohibición de la participación de menores de edad.

PARÁGRAFO PRIMERO: Se prohíbe el uso de logotipos, símbolos, emblemas de la Gobernación del Departamento Norte de Santander y sus entidades descentralizadas, en la promoción, difusión e instalaciones donde se realicen eventos de: *Rejoneo, Coleo, Corrida de Toros, Novilladas, Corralejas, Becerradas, tientas, riñas de gallos* mencionados en la Ley 84 de 1989.

PARÁGRAFO SEGUNDO: La Alcaldía del municipio donde se realice el evento y la policía de la municipalidad, harán cumplir la Presente Ordenanza.

Artículo QUINTO.- El Gobierno Departamental realizará programas educativos encaminados a la promoción de esta ordenanza e informará a la Asamblea Departamental, semestralmente las acciones realizadas para el cumplimiento de la misma.

Artículo SEXTO- La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su sanción y publicación.

Dada en san José de Cúcuta a los veintinueve (29) días del mes julio de dos mil dieciséis (2016)."

El actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado, toda vez que, a su juicio, infringe las normas superiores en que debería fundarse y fue expedido sin competencia de la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

- *Infracción del ordenamiento jurídico superior*

En relación con la infracción del ordenamiento jurídico superior, la parte actora adujo que, contrario a la limitación prevista en el acto acusado, el ingreso de menores de edad se encuentra expresamente permitido por el artículo 22 de la Ley 916 de 2004, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1192 de 2005. En esa sentencia se precisó que el ingreso permitido de menores de edad es una manifestación o desarrollo de sus derechos de acceso a la cultura, a la recreación y a la educación. En consecuencia, a su juicio, existe cosa juzgada en favor del ingreso de menores de edad a las plazas de toros.

También expresó que el acto acusado es contrario al artículo 1º de la ley en comento, el cual preceptúa que los espectáculos taurinos son considerados una expresión artística del ser humano.

- *Falta de competencia*

Indicó que la Asamblea Departamental de Norte de Santander no tiene competencia para prohibir o limitar de manera general los espectáculos taurinos para ciertos segmentos o sectores de la población. Citó la sentencia SU-056 de 2018 de la Corte Constitucional, la cual establece que es el legislador el que tiene la potestad para fijar las condiciones para el ejercicio de espectáculos taurinos y que las autoridades territoriales están circunscritas en su actuar a los lineamientos fijados por el poder de policía, sin que puedan imponer *motu proprio* sus particulares consideraciones de conveniencia, distintas a las previstas por el legislador.

II. PROVIDENCIA RECURRIDA

Mediante auto fechado el 15 de noviembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo acusado, con fundamento en que la Asamblea del Departamento de Norte de Santander carece de competencia para la expedición del acto demandado.

Resumió la sentencia C-666 de 2010, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se declaró exequible el artículo 7º de la Ley 84 de 1989¹, que exceptúa de sanción penal el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, con fundamento en que, en esas actividades, se deben proteger las tradiciones de los pueblos, siempre y cuando se respeten las siguientes condiciones: 1) se eliminen o se morigeren las conductas especialmente crueles contra los animales en un proceso de armonización entre expresiones culturales y deberes de protección a la fauna; 2) esas actividades únicamente podrán desarrollarse en aquellos municipios o distritos en los que las mismas sean manifestación de una tradición regular, continua, periódica e ininterrumpida; 3) esas sean las únicas actividades que pueden ser excepcionadas del cumplimiento del deber constitucional de protección a los animales, y 4) las autoridades municipales en ningún caso podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades.

Indicó que el numeral 4º del artículo 300 de la Constitución Política, invocado como fundamento del acto acusado, establece como una de las facultades de las Asambleas Departamentales, decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarias para el cumplimiento de las funciones departamentales. Sin embargo, el acto demandado realmente regula una materia diferente, relacionada con las prohibiciones para la asistencia y participación de menores de edad en las actividades que trata el explicado artículo 7º de la Ley 84 de 1989. Igualmente, se aducen razones diferentes a las del decreto de tributos para la expedición de la regulación, como son las relativas a la protección, bienestar, desarrollo físico, mental, moral y social de los menores de 18 años de edad.

Por su parte, advirtió que el artículo 150 constitucional establece que corresponde al Congreso de la República *“hacer las leyes, por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.”* Como consecuencia de lo anterior, concluyó que es el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, y no la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, el ente encargado de adoptar el ordenamiento jurídico para la protección y respeto de los animales, por lo que el Departamento no tenía competencia para prohibir el ingreso, la participación y la asistencia de los

¹ *“Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia”*

menores de 18 años de edad a eventos de rejoneo, coleo, corridas de toro, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como riñas de gallos, máxime cuando, actualmente, está vigente la Ley 84 de 1989, que exceptuó de sanción penal este tipo de eventos, y el artículo 22 de la Ley 916 de 2004, que estableció que los menores de 10 años deberán ingresar a los espectáculos taurinos en compañía de un adulto.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la Gobernación del Norte de Santander formuló recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por el tribunal, en el cual solicitó revocar la medida cautelar decretada, por los siguientes motivos.

III.1 Cosa juzgada

El recurrente afirmó que se configura el fenómeno de la cosa juzgada, toda vez que el propio Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en auto fechado el 26 de octubre de 2018², en proceso iniciado por los mismos hechos del presente caso, resolvió negar la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado (Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016).

En esa oportunidad, se concluyó que no se podía inferir que resultaba más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, en razón a que el problema jurídico que se planteó tiene que ver con la presunta falta de competencia de la Asamblea Departamental para regular la participación de menores de edad en los espectáculos permitidos por la ley 84 de 1989, lo cual demanda un análisis más profundo, teniendo en cuenta las alegaciones de las partes y las pruebas obrantes en el proceso.

Citó la sentencia fechada el 26 de febrero de 2015³, proferida por el Consejo de Estado, en la cual se indicó que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o que otro juez, en un proceso diferente, resuelva sobre una materia debatida con

² Tribunal Administrativo de norte de Santander, proceso nro. 2017-00597-00

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado nro. 2014-00219-01 (ACU)

identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos. Así mismo, se ha sostenido que el elemento material de la cosa juzgada tiene relación con la intangibilidad de la sentencia, en el entendido que se tiene por cierto que el juez de conocimiento se ocupó de la relación objeto de la contienda y que la decisión la adoptó respetando las formas propias del juicio.

III.2. Incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA

Aseveró que no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA para decretar una medida cautelar, por los siguientes motivos.

- *Peligro inminente o perjuicio irremediable*

En primer lugar, señaló que no existe un peligro inminente que atente en contra del interés público; tampoco se observa alguna posibilidad que indique que al no otorgarse la medida cautelar se causaría un perjuicio irremediable al demandante o al interés público, tal como se señaló en el citado auto de 26 de octubre de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

- *Confrontación con normas superiores*

En segundo lugar, apuntó que el accionante en la demanda se limitó a relacionar las competencias de la Asamblea Departamental de Norte de Santander y de la Gobernación, pero no las confrontó con las normas que le prohibirían a aquélla pronunciarse en torno a las actividades permitidas por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, aspecto que debe ser objeto de valoración del fondo de la discusión dentro de este proceso. También se dejó de lado un análisis de las normas superiores que protegen a los menores de edad, situación que se debe abordar en el estudio de fondo de la demanda, y no en este momento procesal.

Aunado a lo anterior, resaltó que, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo, el quebranto debe ser evidente, por confrontación directa con las normas que se encuentran como vulneradas o mediante documentos públicos aportados con la solicitud. Como no es así, debe negarse la medida, para dejar que durante el debate probatorio propio del proceso se demuestre la ilegalidad del acto y ésta sea definida en la sentencia que ponga fin al mismo.

Por el contrario, advirtió que lo que se busca con la ordenanza es la protección de los menores de edad para que no presencien *actos crueles e inhumanos con animales*, lo cual puede repercutir en su desarrollo emocional, físico y mental. A este respecto, el artículo 44 de la Constitución Política preceptúa que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

La protección que señala la Constitución está materializada precisamente en el acto acusado, con lo cual será en el fallo definitivo en donde se debe valorar la vulneración normativa alegada, y no en este estadio procesal; pues es prematuro, con los argumentos esgrimidos, proceder a sacar del ordenamiento jurídico esta norma protectora de los menores de edad, de conformidad con la misma Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 20 de septiembre de 1989.

- *Inadecuada fundamentación de la solicitud de medida cautelar*

En tercer lugar, señaló que la solicitud de medida cautelar no cumple con los requisitos de forma y oportunidad, toda vez que la parte actora no presentó en escrito separado al libelo introductorio de la demanda, solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de la ordenanza demandada y no fundamentó de manera debida dicha petición.

IV. TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Una vez se corrió el traslado, la parte actora solicitó confirmar en su integridad el auto recurrido, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Ordenanza 007 de 5 de agosto de 2016, por los siguientes motivos.

Adujo que la prohibición de ingreso de menores a eventos con animales, como lo prescribe el acto acusado, contraviene directamente el artículo 22 de la Ley 916

de 2004, la cual permite el ingreso de menores de 10 años de edad en compañía de un adulto a espectáculos con animales.

Expresó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1192 de 2005, declaró exequible el precitado artículo 22 de la Ley 916 de 2004, pues, a su juicio, esa norma, lejos de desconocer la protección constitucional e internacional de los niños, niñas y adolescentes, advirtió que el ingreso de los niños a este tipo de eventos es una forma de ejercer el derecho a la cultura, a la recreación y a la educación.

Advirtió que en esta sentencia también se precisó que prohibir que los niños acudan con sus padres a un espectáculo taurino, significa en la práctica adoptar una medida tendiente a hacer desaparecer dicho espectáculo y negar su característica de tradición cultural de la Nación. No son los preceptos morales, ni las creencias religiosas de un grupo humano de la sociedad, por más respetables que ellas sean, los llamados a ponerle fin a un símbolo histórico cultural de un pueblo; es la misma población que se entiende por ella representada la encargada con el tiempo de suprimirla, si así ella lo juzga pertinente.

Además de lo expuesto, citó las sentencias C-889 de 2012 y SU-056 de 2018, en las cuales la Corte Constitucional indicó que las autoridades territoriales en materia de festejos taurinos carecen de competencia para imponer sus particulares consideraciones de conveniencia sobre corridas de toros. También precisó la distinción entre función de policía y poder de policía. La primera está en cabeza de las autoridades administrativas y se traduce en la autorización de espectáculos públicos, que en todo caso está sometida al principio de estricta legalidad. La segunda, entendida como aquellas disposiciones dirigidas a prever límites y condiciones para el ejercicio de actividades ciudadanas, en aras de la protección del orden público y la convivencia social, la cual radica exclusivamente en el Congreso de la República.

Como consecuencia de lo anterior, concluyó que es el legislador el que tiene la competencia para fijar las condiciones para el ejercicio de espectáculos públicos, entre ellos, la actividad taurina, y que las autoridades territoriales están circunscritas en su actuar a los lineamientos fijados por el poder de policía.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1. COMPETENCIA

En virtud de lo previsto en los artículos 125 y 243 numeral 2º del CPACA, corresponde a la Sala de la Sección Primera resolver el asunto de la referencia.

V.2. ANÁLISIS

La Sala observa que los argumentos planteados por la parte recurrente en contra del auto por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016 giran en torno a unos aspectos de forma y otros de fondo.

En cuanto a los aspectos de forma, la parte recurrente consideró que la medida no estaba debidamente sustentada, existe cosa juzgada en relación con la ordenanza demandada y que no se acredita un peligro inminente o un perjuicio irremediable en caso de no decretarse la medida cautelar. En relación con los aspectos de fondo, el recurrente estima que en la solicitud de medida cautelar no se hizo una confrontación con las normas superiores y, en consecuencia, no se advierte una vulneración del ordenamiento jurídico superior, y tampoco se observa en esta etapa del proceso una falta de competencia para la expedición del acuerdo demandado.

V.2.1. Aspectos formales

La Sala observa que la solicitud de medida cautelar de la Ordenanza 007 de 5 de agosto de 2016, *“Por el cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del departamento de norte de Santander en éstas actividades”*, se centró en que ésta presuntamente desconoce el artículo 22 de la Ley 916 de 2004, *“por la cual se establece el Reglamento Nacional Taurino”*, que preceptúa que los menores de 10 años que pretendan ingresar a corridas de toros deben estar acompañados de un adulto, norma declarada constitucional en la sentencia C-1192 de 2005. Por otro lado, que, de acuerdo con la sentencia SU-056 de 2018 de la Corte Constitucional, la competencia para regular espectáculos taurinos le corresponde ejercerla al Congreso de la República y no a las Asambleas Departamentales, las cuales están circunscritas en su actuar a los lineamientos fijados por el poder de policía.

Como puede apreciarse, la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de la ordenanza demandada fue sustentada en debida forma, toda vez que se señalaron las normas superiores que se estimaron infringidas y se explicó el concepto de la violación, según lo preceptúa el artículo 231 del CPACA. A su vez, se destaca que esta solicitud se centró en el presunto desconocimiento del acto acusado a la normatividad superior y a la competencia para regular específicamente las corridas de toros.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander decretó la suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en que el numeral 4º del artículo 300 de la Constitución Política, invocado como sustento del acto acusado, establece como una de las facultades de las Asambleas Departamentales, decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarias para el cumplimiento de las funciones departamentales. Sin embargo, advirtió que el acto demandado regula una materia diferente, relacionada con las prohibiciones para la asistencia y participación de menores de edad en las actividades de que tratan el artículo 7º de la Ley 84 de 1989; estas son, el rejoneo, el coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos, aunque ello no fue motivo expreso de la solicitud. También indicó que el artículo 150 constitucional establece que corresponde al Congreso de la República *“hacer las leyes, por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.”* Y señaló, a su vez, que el artículo 22 de la Ley 916 de 2004 permite el ingreso de menores de edad a corridas de toros.

V.2.1.1. Cosa juzgada

A juicio del recurrente, no era procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, debido a que en auto fechado el 26 de octubre de 2018⁴, en proceso iniciado por los mismos hechos del presente caso, se resolvió negar la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado (Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016).

⁴ Tribunal Administrativo de norte de Santander, proceso nro. 2017-00597-00

Sobre este punto, la Sala estima que en esta etapa procesal no le asiste razón a la parte recurrente, toda vez que el fenómeno de la cosa juzgada no se predica de autos por medio de los cuales se deciden medidas cautelares solicitadas por las partes, sino respecto de la sentencia que pone fin al proceso. Esto, en consideración a que la decisión que se adopte en relación con la medida cautelar no es definitiva, es de carácter provisional, se puede llegar a una conclusión diferente en la sentencia que ponga fin al proceso. Por este motivo, el artículo 229 del CPACA preceptúa que la decisión sobre la medida cautelar no constituye prejuzgamiento.

Así mismo, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, preceptúa lo siguiente: “**COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada** *proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)*” (Se destaca)

En concordancia con lo anterior, en sentencia proferida el 16 de abril de 2020⁵, la Sala tuvo la oportunidad de reiterar que el concepto de cosa juzgada se predica respecto de las sentencias judiciales ejecutoriadas⁶, toda vez que es a partir de ellas que la decisión adoptada en el proceso adquiere el carácter de inmutable e inmodificable.

En este orden de ideas, no es posible, como lo plantea el recurrente, considerar que el auto proferido el 26 de octubre de 2018⁷, en un proceso en el cual también se demandó la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016, constituye cosa juzgada que impide pronunciarse sobre la presente medida cautelar.

V.2.1.2. Peligro inminente o perjuicio irremediable

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá D.C, dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00231-00, Actor: SEBASTIÁN SANDOVAL PÉREZ, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE (HOY SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE DECRETO 2409 DE 2018 – SUPERTRANSPORTE), Referencia: NULIDAD – ÚNICA INSTANCIA.

⁶ “El concepto de cosa juzgada que **se predica de las sentencias judiciales** se refiere a los atributos **de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad** de que están revestidas las sentencias ejecutoriadas. (...).” (Se destaca)

⁷ Tribunal Administrativo de norte de Santander, proceso nro. 2017-00597-00

A juicio del recurrente, en el auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, no se cumplieron varios de los requisitos que contempla el artículo 231 del CPACA, toda vez que no se advierte un peligro inminente que atente contra el interés público; tampoco se observa alguna posibilidad que indique que, al no otorgarse la medida cautelar, se causaría un perjuicio irremediable al demandante o al interés público.

Sobre el punto, el Despacho advierte que, cuando se trata de medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, si se acredita *prima facie* esa vulneración, de manera implícita se satisfacen los requisitos del perjuicio por la mora, “*periculum in mora*”, y apariencia de buen derecho, “*fumus boni iuris*”, predicables respecto de todo tipo de medidas cautelares, pues en un Estado de Derecho estos elementos siempre concurren cuando se trata de la efectiva transgresión del ordenamiento jurídico por parte de las autoridades públicas.

El artículo 229 del CPACA preceptúa que “(...) *en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. (...)*” (Se destaca)

Por su parte, el artículo 231 del CPACA establece que: “(...) *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. (...)*”

En relación con el “*periculum in mora*”, o perjuicio por la mora, requisito común a cualquier medida cautelar, implica que ésta se justifica en la medida que se busca

proteger el objeto del litigio (la pretensión) y garantizar la efectividad de la sentencia mientras transcurre el tiempo que tarda el proceso, tal y como lo prevé el artículo 229 del CPACA. Para el caso de la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo (art. 231 del CPACA), el perjuicio por la mora se configura cuando se advierte *prima facie* la vulneración de las normas superiores invocadas en la demanda, porque no es admisible en el marco de un Estado de derecho que actos que lesionan el ordenamiento jurídico superior puedan continuar produciendo efectos jurídicos mientras transcurre el proceso judicial.

En cuanto al “*fumus boni iuris*”, o la apariencia de buen derecho, este requisito se satisface tácitamente cuando el peticionario pone de presente suficientes razones jurídicas para que se acceda a la medida cautelar, de conformidad con el explicado artículo 229 del CPACA, que establece que las medidas proceden a petición de parte **debidamente sustentada**. En relación con la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo (art. 231 del CPACA), ésta procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores **invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud**. Es decir, basta que, como consecuencia de la argumentación jurídica planteada por el peticionario, el juez advierta la vulneración del ordenamiento jurídico superior para acceder a la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

En conclusión, para el caso de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo, la apariencia de buen derecho y el perjuicio por la mora se entienden satisfechos cuando el juez advierte una infracción del ordenamiento jurídico superior. En un Estado de Derecho estos elementos concurren siempre que se trate de una transgresión al ordenamiento jurídico, el cual debe ser respetado por todas las autoridades.

Por lo anterior, en este punto, tampoco le asiste razón al apoderado judicial del Departamento de Norte de Santander.

V.2.2. Aspectos de fondo

A juicio del recurrente, el accionante se limitó a relacionar las competencias de la Asamblea Departamental de Norte de Santander y de la Gobernación, pero no las confrontó con normas que le prohibirían a aquella pronunciarse en torno a las actividades de que trata el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, aspecto que debe ser objeto de valoración del fondo de la discusión dentro de este proceso. También se dejó de lado un análisis de las normas superiores que protegen a los menores de edad, situación que se debe abordar en el estudio de fondo de la demanda, y no en este momento procesal.

Para resolver este punto, la Sala analizará, en primer lugar, los alcances del acto acusado a partir de una lectura preliminar, dado que, *prima facie*, su contenido no se refiere únicamente a corridas de toros. En segundo lugar, se examinarán las normas superiores que presuntamente desconocería cada uno de los artículos del acto acusado. En tercer lugar, se examinará si, a partir de una primera lectura de las normas superiores invocadas, se advierte que la Asamblea del Departamento de Norte de Santander carecería de competencia para la expedición de cada uno de los artículos de la ordenanza demandada.

V.2.2.1. Alcances de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016

La Sala, *prima facie*, observa que la Ordenanza 007 de 5 de agosto de 2016 reglamenta, según su título, “*la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades*”.

Esta Ordenanza se fundamentó, entre otras normas, en la Ley 84 de 1989, “*Por la cual se adopta el **Estatuto Nacional de Protección de los Animales** y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia*”. (Se destaca)

Esta ley, en su artículo primero, preceptúa que, a partir de su promulgación, los animales “*tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre*”. En su artículo segundo establece que sus disposiciones tienen por objeto, entre otras cosas, “*erradicar y sancionar el maltrato y los actos de crueldad con los animales*”.

En su artículo 6º esta ley sanciona una serie de actividades que se consideran crueles contra los animales, tales como herir o lesionar a un animal por golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego; causar la muerte innecesaria o daño grave a un animal obrando por motivo abyecto o fútil; remover, destruir, mutilar o alterar cualquier miembro, órgano o apéndice de un animal vivo, sin que medie razón técnica, científica, zooprofiláctica, estética o se ejecute por piedad para con el mismo, entre otras.

En su artículo 7º, esta ley preceptúa que quedarán **exceptuados de sanción**, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos.

Ahora, el acto acusado también se fundamentó en la Ley 1774 de 2016, *“por medio de la cual se modifican el código civil, la ley 84 de 1989, el código penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones”*, en cuyo artículo 1º preceptúa que los animales, *“como seres sintientes, no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual tipifica como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales”*.

La Ley 1638 de 2013, *“Por medio de la cual se prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos e itinerantes”*, igualmente sustentó la expedición de la ordenanza demandada.

Es importante destacar que la ordenanza demandada también se fundamentó en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁸, aprobada por el Congreso

⁸ El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al interpretar la Convención de los Derechos del Niño, en el Informe de 31 de enero de 2014, identificado CRC/C/PRT/CO/3-4 , “Observaciones finales sobre el tercer y cuarto período de informes de Portugal”, indicó lo siguiente:

“Violencia en contra de los niños.

Tauromaquia

37. El Comité está preocupado por el bienestar físico y mental de los niños que participan en clases de tauromaquia y las actuaciones asociadas a ella, así como el bienestar mental y emocional de los niños espectadores que están expuestos a la violencia de la tauromaquia.

38. El Comité, con miras a la eventual prohibición de la participación de los niños en la tauromaquia, insta al Estado Parte a que adopte las medidas legislativas y administrativas necesarias con el fin de proteger a todos los niños que participan en el entrenamiento y actuaciones de tauromaquia, así como en su calidad de espectadores. (...)

colombiano mediante la Ley 12 de 22 de enero de 1991, y que forma parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, según lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-170 de 2004 ⁹.

Por último, la ordenanza acusada se basó expresamente en la sentencia C-666 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 7º de la Ley 84 de 1989¹⁰, que exceptúa de sanción penal el rejoneo, el coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas. En esta sentencia, la Corte Constitucional consideró que estas actividades están exceptuadas de esa prohibición, pues resultan acordes con la Constitución, en tanto que son hechos, manifestaciones culturales y expresiones del pluralismo que se derivan de una interpretación sistemática e incluyente de la Constitución Política. No obstante, la Corte Constitucional estableció las siguientes condiciones para el ejercicio de esas actividades: (i) que *“las manifestaciones culturales en las cuales se permite excepcionalmente el maltrato animal deben ser reguladas de manera tal que se garantice en la mayor medida posible el deber de protección animal”*; (ii) que *“no podría entenderse que las actividades exceptuadas puedan realizarse en cualquier parte del territorio nacional, sino sólo en aquellas en las que implique una manifestación ininterrumpida de tradición de dicha población”*; (iii) que *“la realización de dichas actividades deberá estar limitada a las precisas ocasiones en que usualmente éstas se han llevado a cabo, no pudiendo extenderse a otros momentos del año o lugares distintos a aquellos en los que resulta tradicional su realización”*; (iv) que *“las manifestaciones culturales en las cuales está permitido el maltrato animal son aquellas mencionadas por el artículo 7º de la Ley 84 de 1989,”* y que *“no se entienden incluidas dentro de la excepción al deber de protección animal otras expresiones que no hayan sido contempladas en la disposición acusada”*; y (v) que ***“las autoridades municipales en ningún caso podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades.”*** (Se destaca)

En este contexto, se concluye que, *prima facie*, el acto acusado trata sobre la participación de menores de edad en eventos permitidos por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989 y para ello se basó, presuntamente, en leyes, tratados internacionales

El Comité también insta al Estado Parte a que adopte medidas de sensibilización sobre la violencia física y mental asociado a las corridas de toros y su impacto en los niños.”

⁹ Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ *“Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia”*

y jurisprudencia que busca proteger tanto los derechos de los animales como los derechos de los niños.

V.2.2.2. Normas superiores que presuntamente desconoce el acto acusado

La Sala observa que, al revisar el escrito de solicitud de suspensión provisional, en el mismo se realizó una confrontación con las normas superiores invocadas en la demanda, especialmente frente al artículo 22 de la Ley 916 de 2004, *“por la cual se establece el Reglamento Nacional **Taurino**”*, el cual preceptúa lo siguiente: *“Todos los espectadores permanecerán sentados durante la lidia en sus correspondientes localidades. En los pasillos y escaleras únicamente podrán permanecer los agentes de la autoridad y los empleados de la empresa. **Los menores de diez (10) años de edad deberán ingresar en compañía de un adulto.** (...)”* (Se destaca)

Al respecto, la Sala observa que, en esta etapa procesal, no se advierte una manifiesta infracción del citado artículo superior, dado que esa norma se referiría únicamente a espectáculos taurinos. En cambio, como se explicará, varios de los artículos del acto acusado, *prima facie* tratan sobre la participación de menores de edad no solamente en espectáculos taurinos, sino también en rejoneo, coleo, novilladas, corralejas, becerradas, tientas, y riñas de gallos. Adicionalmente, la norma superior no se refiere directamente a los menores de 18 años (asunto objeto de regulación del acto acusado), sino a los menores de 10 años.

No obstante lo anterior, lo que sí advierte la Sala es que los artículos 1º, 2º, 4º y 5º del acto administrativo acusado contradicen de manera manifiesta los artículos 16, 150 y 152 de la Constitución Política, dado que prohíben la asistencia de menores de edad a los eventos de que trata el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, lo cual limita el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad; derecho fundamental que, dado el caso, le correspondería limitar al poder legislativo, y no a una autoridad administrativa. Y como quiera que se trata de un derecho fundamental, se hace necesario pronunciamiento al respecto, no obstante que el actor no lo haya identificado expresamente, pues el amparo del mismo constituye un deber del juez, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política y la aplicación inmediata de la norma que lo establece.

En efecto, en la sentencia C-197 de 1999¹¹, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 137 numeral 4 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984-, norma que señala como una exigencia de contenido formal de las demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa la siguiente: *“Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.”* Es importante destacar que este contenido normativo se reprodujo en los mismos términos en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, por lo que lo dicho por la Corte Constitucional en ese pronunciamiento resulta aplicable al presente caso.

En el pronunciamiento en cita, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“(…)

2.7. Considera la Corte, que *tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.*

*A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97 cuando consideró que **en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas.** Dijo la Corte en dicha sentencia:*

“La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan.”

¹¹ Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

"El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos.

Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)."

"- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución."

"- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), más aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales."

"- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. **El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.**"

"La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de **los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente**

de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos."

2.8. Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la ***obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"***, norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

(...)

3. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, ***la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución.*** (Se destaca)

Como puede apreciarse en la sentencia transcrita, en caso de violación de derechos fundamentales, procede que el Juez de lo contencioso administrativo de oficio aplique directamente la Constitución Política y declare nulo o suspenda provisionalmente los efectos de un acto administrativo contrario a la Constitución, aún cuando no haya sido invocado expresamente.

En el presente caso, el acto acusado *prima facie* contradice el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, por lo que se hace necesario pronunciamiento al respecto, no obstante que el actor no lo haya identificado expresamente.

V.2.2.2.1. Artículo 16° de la Constitución Política - libre desarrollo de la personalidad

El artículo 16° de la Constitución Política preceptúa que *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad **sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.**”* (Se destaca)

De acuerdo con la Corte Constitucional, en esta norma se consagra el reconocimiento de la persona autónoma *“**con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. (...) El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.**”*¹²

Acorde con lo anterior, esa Corporación también ha apuntado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege las decisiones que las personas, de manera responsable y autónoma, toman con respecto a su plan de vida. En este sentido, se considera violado cuando a un individuo se le impide *“**alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia**”*¹³, de manera arbitraria, irrazonable e injustificada. Evidentemente es un derecho que puede ser limitado en ciertas circunstancias, pero no bastan las *“**simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa**”*^{14, 15}

¹² Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³ T-532 de 1992 ver también, entre muchas otras, T-429 de 1994, T-124 de 1998, C-309 de 1997.

¹⁴ T-429 de 1994

¹⁵ T-407 de 2012.

En consonancia con lo anterior, la Sección Primera de la Corporación, en sentencia proferida el 30 de abril de 2020¹⁶, sostuvo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es una de las garantías que a la luz de la Constitución Política emanan directa y principalmente del principio de dignidad humana. En virtud de esta prerrogativa las personas cuentan con la opción de decidir su proyecto de vida¹⁷ y de mantener su esfera individual libre de interferencias¹⁸, sin más limitaciones que las impuestas por los derechos de los demás, el orden jurídico y los principios constitucionales.

Así mismo, la Sala precisó que el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, y en consecuencia puede ser objeto de limitaciones justificadas constitucionalmente **por parte del poder legislativo**, así: *“i) tener fundamento en bienes constitucionales, ii) contar con autorización en la ley, iii) su configuración concreta deberá ser razonable y proporcional, iv) sin que pueda “llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal (...)”^{19]}, so pretexto de proteger cualesquiera intereses generales^{20”21}.*

Como puede apreciarse, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica, entre otros asuntos, el reconocimiento de la persona como ser autónomo, capaz de adoptar sus propias decisiones sobre su vida y sobre su cuerpo. Por ende, los asuntos que solo atañen al individuo y que no vulneran los derechos de las demás personas, le corresponde decidirlos al propio individuo, sin injerencias indebidas y arbitrarias por parte de las autoridades públicas. Ahora, este derecho, como todos los demás, es limitable, pero siempre que se persigan unos fines constitucionales y que el legislador haya definido esas limitaciones.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00387-00 Y 11001-03-24-000-2018-00399-00 (acumulados), Actor: LUVI KATHERINE MIRANDA PEÑA Y ANDRÉS FELIPE YEPES GUZMÁN, Demandado: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – DAPRE / MINISTERIO DEL INTERIOR / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / MINISTERIO DEL JUSTICIA Y DEL DERECHO / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

¹⁷ Al respecto, ver las sentencias T-037 de 1995, C-098 de 1996, C-010 de 2000, C-004 de 2003 y T-453 de 2005.

¹⁸ Sobre el particular T-517 de 1998 y T-787 de 2004.

¹⁹ Sentencia C-309 de 1997.

²⁰ Sentencia C-542 de 1993.

²¹ Sentencia T 909 de 2011

En lo que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional, en la sentencia T-182 de 1996²², explicó los alcances del mismo en los siguientes términos:

“Derecho del niño al libre desarrollo de su personalidad y deber de la Familia, la sociedad y el Estado de garantizárselo.

(...)

*Este derecho es visto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido.*²³

Por su parte el artículo 44 C.P. que consagra los derechos de los niños establece: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores”.

Se desprende de estas normas que el menor tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y que la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el goce efectivo de este derecho.

(...)

Como lo establece el artículo 16, las únicas limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, son los derechos de los demás y el orden jurídico. Al respecto es importante tener en cuenta lo dicho por la Corte en sentencia de la Sala Segunda de Revisión: “Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, **y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento constitucional...**”²⁴ Sin embargo cualquier limitación que impongan los padres al derecho del niño al desarrollo de su personalidad debe estar acorde y tener en cuenta la prevalencia de los derechos del niño. En otras

²² M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²³ T-542/92, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

²⁴ T-542/92 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

palabras, las limitaciones en este aspecto sólo deben buscar garantizar de manera más efectiva el desarrollo integral del menor. Por su parte como a la sociedad y al Estado también les corresponde la protección de los derechos de los niños, las limitaciones que impongan deben siempre encaminarse a garantizarle al menor el goce pleno de sus derechos.

El derecho del menor al libre desarrollo de la personalidad se relaciona directamente con el derecho de este a la identidad. **La protección de la familia, de la sociedad y del Estado al menor, debe estar dirigida a garantizarle el encuentro natural con su entorno, la interacción con él y con quienes hacen parte de él, para que el menor crezca dueño de sí mismo, en contacto con las posibilidades tanto afectivas como materiales y espirituales que lo rodean.**

Al respecto la Corte ha dicho:

*"Es así como el respeto **al derecho de la identidad**, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento "resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."²⁵²⁶*

La superioridad de los derechos de los niños es establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como seres humanos. Dignidad que fundamenta el derecho a la identidad y le da alcance y contenido." (Se destaca)

²⁵ T-477/95 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

²⁶ Laffont Pianetta Pedro, Compilación legislativa, Doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor 1994 pág. 25

Como puede apreciarse, para el caso de los niños, niñas y adolescentes, el derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁷ constituye un principio que irradia todos sus demás derechos. La sociedad, la familia y el Estado tienen la obligación de garantizar el goce efectivo de ese derecho y las limitaciones que al mismo se impongan deben buscar garantizar de manera más efectiva el desarrollo integral del menor. El derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad guarda una relación intrínseca con el derecho a la identidad, que implica garantizarle al menor el encuentro natural con su entorno, la interacción con él y con quienes hacen parte de él, para que el menor crezca dueño de sí mismo, en contacto con las posibilidades tanto afectivas como materiales y espirituales que lo rodean.

Para el caso objeto de examen, la Sala considera que, en esta etapa del proceso, *prima facie*, los artículos 1, 2, 4 y 5 del acto administrativo acusado serían contrarios al artículo 16 constitucional, en concordancia con los artículos 150 y 152 de la Constitución Política, como pasa a explicarse a continuación.

El artículo primero del acto acusado prohíbe la participación y asistencia a eventos relacionados en la Ley 84 de 1989 en el departamento de Norte de Santander a

²⁷ “(...) 5.1.5. Teniendo en cuenta la naturaleza misma del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se considera que, en términos generales, su ejercicio se encuentra relacionado con la capacidad que tienen los individuos de tomar decisiones. Por esta razón el ejercicio pleno de esta libertad depende de que la persona cuente con una voluntad reflexiva formada, de modo que, a mayor capacidad, mayor posibilidad de disposición del derecho.

Atendiendo a esta lógica, el Código Civil en el artículo 32, diferencia entre el infante o niño que no ha cumplido siete años, el impúber que no ha cumplido doce y el menor adulto que ha dejado de ser impúber. Esta clasificación incide a su vez en el grado de capacidad que el Legislador reconoce a cada grupo. En este orden de ideas, el artículo 1504 del mismo Código establece que los impúberes son absolutamente incapaces y que, por ende, sus actos no producen obligaciones naturales. Sin embargo, se reconoce la capacidad relativa de los menores adultos en ciertas circunstancias.

De acuerdo con la legislación civil, las excepciones a la incapacidad del menor adulto se relacionan, entre otras, con su habilitación para otorgar testamento (art. 1061 del Código Civil), para contraer matrimonio (art. 117 del Código Civil), para reconocer un hijo natural o extramatrimonial, para celebrar capitulaciones matrimoniales, para adquirir la posesión de bienes muebles e inmuebles, para dar su consentimiento para la adopción de un hijo suyo (art. 66 de la Ley 1098 de 2006).

En el mismo sentido, la Corte ha estimado que la capacidad del menor, se reconoce de acuerdo con la etapa de la vida en la que este se encuentre, “más o menos cerca del límite establecido por la ley a partir del cual ella se presume, y se relaciona con la complejidad de los asuntos para los cuales se requiere y con el grado de evolución del sujeto individualmente considerado; por ello, a medida que avanza el tiempo, se amplía el espectro de asuntos en los cuales puede y debe decidir por sí mismo para orientar, sin la conducción u orientación de otro su propio destino”.

5.1.6. La jurisprudencia ofrece variados ejemplos en los que se han avalado o negado ciertas medidas proteccionistas impuestas a menores de edad de las que se desprenden restricciones a su autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, en razón de su capacidad de entender los efectos de sus actos y decisiones. (...)” Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

menores de 18 años, dice la ordenanza, con el propósito de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y su desarrollo físico, mental, moral y social. El artículo segundo también prohíbe la participación de menores de 18 años en el entrenamiento para los eventos mencionados en esa ley que se realicen en el Departamento Norte de Santander con el objetivo de garantizar su protección contra el desempeño de cualquier actividad que pueda resultar peligrosa para su desarrollo físico, mental, moral o social y garantizar el derecho al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, de acuerdo con la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas.

Como consecuencia de lo regulado en los artículos en comento, el artículo 4º de la ordenanza demandada preceptúa que en los municipios del Departamento de Norte de Santander en los cuales se desarrollan las actividades de que trata el artículo 7º de la Ley 84 de 1989, se deberá indicar en la imprenta de la boletería la **prohibición de asistencia y participación de menores de 18 años**; así mismo, los párrafos de este artículo prohíben el uso de símbolos de la Gobernación del Departamento Norte de Santander en la promoción de estas actividades, y que la alcaldía del municipio donde se realice el evento deben hacer cumplir la ordenanza. Por su parte, el artículo 5º del acto acusado establece que: *“El Gobierno Departamental realizará programas educativos encaminados a la promoción de esta ordenanza e informará a la Asamblea Departamental, semestralmente las acciones realizadas para el cumplimiento de la misma.”* Es decir, programas educativos encaminados a difundir la prohibición de asistencia de menores de edad a eventos permitidos de que trata la Ley 84 de 1989.

Sobre estos cuatro artículos, en esta etapa procesal, la Sala observa que, *prima facie*, vulneran el artículo 16 de la Constitución Política, comoquiera que prohíben que los menores de edad asistan a los eventos de que trata la Ley 84 de 1989; es decir, de manera general, anula la autonomía, autodeterminación y capacidad de decisión que ellos, y en especial su familia (que es la primera llamada a velar por los derechos del niño en general y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en particular), tendrían para decidir asistir a este tipo de espectáculos con animales. Estos eventos no serían otros que los permitidos por el artículo 7º de esa ley, la cual preceptúa que quedarán exceptuados de sanción, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos.

Como se explicó en líneas anteriores, el libre desarrollo de la personalidad de los menores constituye a su vez un principio de trascendental importancia para el ejercicio de otros derechos de rango constitucional reconocidos por nuestra Constitución Política en favor de los niños, niñas y adolescentes, especialmente para definir su propia identidad. A través de este derecho los niños, niñas y adolescentes, bajo la orientación de su madre y su padre, pueden interactuar con su entorno y decidir lo que a bien tengan en relación con su proyecto de vida, siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás y las limitaciones impuestas por el legislador.

En este sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1192 de 2005²⁸, declaró constitucional el artículo 22 de la Ley 916 de 2004, con fundamento en que el ingreso permitido de menores de edad a los eventos de lo que el recurrente denomina maltrato animal es una manifestación o desarrollo de sus derechos de acceso a la cultura, a la recreación y a la educación.²⁹

²⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ *“Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia, para esta Corporación el cargo no está llamado a prosperar, pues la citada disposición en lugar de desconocer el artículo 44 Superior, pretende garantizar los derechos fundamentales de los niños a la cultura, recreación y educación, en los términos que a continuación se exponen:*

(i) En primer lugar, en cuanto a la cultura porque al constituir la práctica taurina una manifestación de la riqueza y diversidad cultural de nuestro pueblo (C.P. arts. 7° y 8°), le permite al menor experimentar vivencias que lo enriquecen personalmente, por ejemplo, al identificar virtudes humanas como la valentía y la fortaleza. De acuerdo con la Constitución Política el acceso a la cultura se convierte en uno de los derechos fundamentales de los niños, en los términos previstos en el artículo 44 Superior, conforme al cual: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...), el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión (...).”

Del mismo modo, este reconocimiento de la cultura como derecho fundamental de los niños se establece en los artículos 29-1 y 31-2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando, en el primero de ellos, se señala que: “Artículo 29. - 1. Los Estados partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (...) c.) Inculcar al niño respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”; mientras que, en el artículo 31-2, se expresa: “2. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”.(ii) En segundo término, esta Corporación en sentencia C-005 de 1993, reconoció a la recreación como un derecho fundamental de los niños, y dispuso a su vez que todas las actividades que surgen como creación del hombre, destinadas a estimular el agrado y la satisfacción por las cosas que él hace y además por el mundo que lo rodea, deben ser garantizadas por el Estado, no sólo en cuanto a la posibilidad de acceder a las mismas, sino principalmente frente al hecho de poder disfrutarlas. La Corte definió al citado derecho fundamental, en los siguientes términos:(...)

La tauromaquia al representar también un espectáculo cultural, en el que la persona puede disfrutar del arte y compartir en comunidad momentos de diversión, esparcimiento y entretenimiento, se convierte en una de las expresiones del derecho fundamental a la recreación de los niños como “actividad inherente al ser humano”, que debe ser objeto de protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 Superior -previamente citado-, y lo dispuesto en el artículo 31-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual: “Los Estados Partes

El entorno descrito pone en evidencia la existencia de una tensión entre la educación que la familia pretende impartir a sus menores con la pretensión de autoridades administrativas de establecer límites a la formación de los mismos, imponiendo prohibiciones para su acceso a actividades que son permitidas por regla general. Como bien se señaló con anterioridad, la Constitución Política le exige a la familia, a la sociedad y al Estado que concurren en la tarea de la formación integral del menor, sin perder de vista que la Carta valora el derecho a la libertad, en todas sus expresiones, como un derecho humano fundamental que, como todo derecho de este carácter, goza de especial protección; de tal manera que los límites, en cuanto están destinados a proveer libertad con responsabilidad social, están reservados al legislador.

Desde esta perspectiva, la Sala observa que, dentro de los fundamentos del acto acusado, se invoca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización para las Naciones Unidas; para la Sala precisamente el acto administrativo que se acusa resulta contrario a los principios que tal Convención pregona, pues reconoce en la familia, y en especial en el cuidado y la orientación de madres y padres, el pilar fundamental de la formación integral de niños, niñas y adolescentes, e igualmente reconoce el derecho que éstos tienen de acceder a la educación y a las expresiones de la cultura en todas sus formas.

Nada justifica que los diputados de una Asamblea Departamental, so pretexto de proteger la salud física, mental, moral y social de niños, niñas y adolescentes, desconozcan los derechos que las madres y los padres tienen de impartir la formación integral a sus hijos, cuando ello en nada contradice las limitaciones constitucionales y legales a las libertades individuales. Y es un contrasentido que, por una parte, se definan como expresión de la cultura y por tanto se permitan las actividades de qué trata el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, y por otra se le señale de perturbar la formación de niños, niñas y adolescentes, para prohibirles su

reconocen el derecho del niño al descanso y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes”.

(iii) Finalmente, como lo ha reconocido esta Corporación, mediante el derecho fundamental a la educación se busca el acceso al conocimiento y a los demás bienes y valores de la cultura, como actos inherentes a la naturaleza proyectiva de ser humano (C.P. art. 67) . Así las cosas, al representar los espectáculos taurinos de acuerdo con la calificación realizada por el legislador, una manifestación de nuestra riqueza y diversidad cultural, como bien intangible que simboliza una de las múltiples tradiciones histórico-culturales de la Nación, debe preservarse la posibilidad de que los niños puedan aprender, conocer y juzgar dicho arte, para que sean ellos mismos quienes opten o no por su práctica.” Corte Constitucional, sentencia C - 1192 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

participación en tales eventos. Ello, más aún cuando, leída en su integridad la parte motiva y lo regulado en los artículos 1, 2, 4 y 5 del acto acusado, no se advierte justificación científica alguna que permita concluir que es necesario, idóneo y adecuado prohibir el ingreso de menores de edad a esos espectáculos.

En conclusión, de manera preliminar, se advierte una contradicción entre los artículos 1, 2, 4 y 5 de la ordenanza demandada y el artículo 16 de la Constitución Política, toda vez que prohíben expresamente que los menores de edad asistan a eventos como el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas, tientas y riñas de gallos, desconociendo de manera general el derecho que tienen la madre y el padre a impartir la formación integral de sus hijos, así como su autonomía y capacidad para decidir si quieren asistir a estos eventos, interactuar con su entorno y definir su propia identidad.

V.2.2.2.2. Falta de competencia de la Asamblea Departamental para limitar y regular el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad

El artículo 150 de la Constitución Política asigna al Congreso de la República la función de hacer leyes, interpretarlas, reformarlas y derogarlas. Dicha potestad legislativa atiende a un sistema normativo piramidal integrado por códigos y leyes marco, ordinarias, orgánicas, de facultad extraordinaria y estatutarias.

En concordancia con lo anterior, el artículo 152 literal a) de la Constitución Política preceptúa lo siguiente: *“Mediante las leyes estatutarias, **el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (...)**”* (Se destaca)

La Sección Primera de la Corporación, en sentencia proferida el 30 de abril de 2020³⁰, tuvo la oportunidad de precisar los alcances de los artículos 150 y 152

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00387-00 Y 11001-03-24-000-2018-00399-00 (acumulados), Actor: LUVI KATHERINE MIRANDA PEÑA Y ANDRÉS FELIPE YEPES GUZMÁN, Demandado: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – DAPRE / MINISTERIO DEL INTERIOR / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / MINISTERIO DEL JUSTICIA Y DEL DERECHO / MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

constitucionales en lo que se refiere a la regulación de los derechos y libertades fundamentales, así:

*“(…) ante la generalidad del mandato dispuesto en el literal a) del artículo ibídem, referido a la regulación de los **“derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”**, la Corte Constitucional jurisprudencialmente ha delimitado tal contenido en el sentido de aclarar que no toda ley relacionada con derechos fundamentales goza de trámite estatutario³¹, pues dicho procedimiento cualificado se circunscribe solamente a los **“elementos estructurales esenciales”**³² y a los **“mecanismos para su protección”**³³, cuyos demás aspectos normativos siguen la competencia legislativa ordinaria³⁴.*

*Por ello, al legislador estatutario le corresponde desarrollar los aspectos principales del núcleo esencial de los derechos fundamentales, relacionados con: (i) la regulación de manera integral, estructural y completa del derecho³⁵; (ii) la **consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones**³⁶ (iii) los principios básicos previstos para su*

³¹ Ver sentencia C-013 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³² Ver sentencia C-226 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero y sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³³ Ver sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁴ En la sentencia C-145 de 1994 se afirmó que: *“(…) la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales. En materia de derechos fundamentales debe efectuarse ‘una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías cualificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución’. Esto significa que las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico”.*

³⁵ Sobre este punto, en sentencia C-053/19, se precisó que *“el legislador asume de manera integral, estructural o completa la regulación de un tema de aquellos que menciona el artículo 152 superior, debe hacerlo mediante ley estatutaria, aunque dentro de esta regulación general haya disposiciones particulares que por su contenido material no tengan el significado de comprometer el núcleo esencial de derechos cuya regulación se defiende a este especial proceso de expedición legal. Es decir, conforme con el aforismo latino que indica que quien puede lo más, puede lo menos, una ley estatutaria que de manera integral pretende regular un asunto de los que enumera la precitada norma constitucional, puede contener normas cuya expedición no estaba reservada a este trámite, pero en cambio, a la inversa, una ley ordinaria no puede contener normas particulares reservadas por la Constitución a las leyes estatutarias”.*

³⁶ Ver sentencias C-425 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-251 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1338 de

ejercicio³⁷; (iv) el desarrollo de los procedimientos y recursos para la protección directa de los derechos³⁸ de naturaleza judicial y administrativa³⁹; y, (v) las prerrogativas que se derivan del derecho y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos⁴⁰. (Se destaca)

Como se lee en la sentencia transcrita, al legislador estatutario le corresponde, en principio, regular los elementos estructurales esenciales de los derechos y libertades y los mecanismos para su protección, entre los cuales se encuentra la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones para el ejercicio de los derechos.

En consecuencia, *prima facie*, el Congreso de la República sería la autoridad competente para regular, limitar y establecer prohibiciones al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en este caso, la opción que tienen en general la madre y el padre de proveer formación integral a los menores de edad, y a éstos de interactuar con su entorno y decidir asistir o no a un espectáculo de los que trata el artículo 7 de la Ley 84 de 1989.

A este respecto, en la sentencia C-889 de 2012, la Corte Constitucional decidió una demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 14 y 15 (parciales) de la Ley 916 de 2004, *“por la cual se establece el Reglamento Nacional Taurino”*, relacionados con los requisitos para la celebración de espectáculos taurinos y los documentos de las solicitudes de autorización que deben darse ante el órgano administrativo competente.

La Corte Constitucional fijó un conjunto de reglas a partir de las cuales infirió que la competencia para regular la actividad taurina le corresponder al legislador y, en esa medida, las entidades territoriales no podrían regular esas actividades. Adicionalmente, distinguió entre la función de policía y el poder de policía. En relación con la primera, adujo que está en cabeza de las autoridades administrativas y se traduce en ***“la autorización de los espectáculos públicos” que en todo caso está sometida “al principio de estricta legalidad, predicable***

2000, M.P.(E) Cristina Pardo Schilesinger, C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁷ Ver sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁸ Ver sentencia C-981 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁹ Sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴⁰ Ver sentencia C-818 de 2011.

respecto de las limitaciones a derechos constitucionales derivadas del orden público". (Se destaca) Por su parte, el poder de policía, entendido como ***"aquellas disposiciones dirigidas a prever límites y condiciones para el ejercicio de actividades ciudadanas, en aras de la protección del orden público y la convivencia social"***, **radica únicamente en el Congreso de la República.**

Como puede apreciarse, *prima facie*, todas aquellas disposiciones dirigidas a prever límites y condiciones para el ejercicio de actividades ciudadanas, como lo es en este caso el derecho de la madre y el padre de impartir formación integral a sus hijos y la libertad de los menores de edad para asistir a espectáculos permitidos por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, corresponde regularlas al Congreso de la República, en ejercicio de su poder de policía. Por su parte, las autorizaciones que otorguen las autoridades administrativas en ejercicio de la función de policía se encuentran limitadas por el principio de legalidad estricta, es decir, a lo definido por el legislador. En otras palabras, la función de policía no estaría en principio instituida para establecer limitaciones y condiciones para el ejercicio de las libertades de las personas, independientemente de su edad.

En sentido semejante, en la sentencia SU-056 de 2018, la Corte Constitucional detalló la línea jurisprudencial sobre la competencia para prohibir las corridas de toros. Transcribió apartes de las sentencias C-666 de 2010, C-889 de 2012 y T-296 de 2013. A partir de estas sentencias infirió que el legislador **es el único que puede prohibir las corridas de toros en Colombia y que las autoridades locales cuentan solo con una función de policía**. Explicó que, en el caso de las corridas de toros, **los alcaldes se encuentran sujetos a la Ley 916 de 2004**, la cual dispone que la celebración de espectáculos taurinos en los casos de las plazas de toros permanentes **se requiere únicamente de la previa comunicación al órgano administrativo competente**⁴¹. En ese sentido, la autorización para realizar las corridas de toros viene expresamente dada por el legislador y **el órgano administrativo no juega ningún papel en su autorización o prohibición**.

⁴¹ En su artículo 14, dicha ley señala los requisitos para la celebración de espectáculos taurinos, y dispone lo siguiente: *"La celebración de espectáculos taurinos requerirá la previa comunicación al órgano administrativo competente o, en su caso, la previa autorización del mismo en los términos previstos en este reglamento. Para la celebración de espectáculos taurinos en plazas permanentes bastará únicamente, en todo caso, con la mera comunicación por escrito. En las plazas no permanentes será necesaria la autorización previa del órgano administrativo competente. La comunicación o la solicitud de autorización podrán referirse a un espectáculo aislado o a una serie de ellos que pretendan anunciarse simultáneamente para su celebración en fechas determinadas."*

En el caso objeto de examen, la Asamblea Departamental de Norte de Santander desconocería esa competencia del Congreso de la República para limitar y regular los derechos y libertades ciudadanas, en este caso, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, al establecer que se prohíbe su asistencia a eventos permitidos por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989.

Por los motivos anteriores, *prima facie* se concluye que los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016 son contrarios a los artículos 150 y 152 constitucionales, en tanto que la Asamblea Departamental de Norte de Santander carecería de competencia para establecer regulaciones que limiten, prohíban y condicionen el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, así como el derecho de sus madres y padres de impartirles la formación integral. La regulación sobre este asunto le correspondería definirla al legislador.

V.2.2.2.3. Artículo 3º de la ordenanza demandada

El artículo tercero de la ordenanza demandada preceptúa que la Gobernación del departamento Norte de Santander y sus entidades descentralizadas no podrán destinar dineros públicos a la construcción de instalaciones que sean exclusivamente para realizar las actividades que trata el artículo 7º de la Ley 84 de 1989, y que tampoco podrán patrocinar, promocionar o difundir este tipo de eventos.

La Sala observa que, a partir de una primera lectura del artículo 287 numeral 3 de la Constitución Política, las entidades territoriales tendrían en principio competencia para administrar sus recursos, así: *“Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.”*

En sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación el 6 de junio de

2018⁴², se hizo alusión a los diversos componentes del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales según el artículo 287 constitucional, entre los cuales se mencionó la facultad de éstos para administrar sus recursos, así:

“Potestad para administrar sus recursos

Por último, en torno a la potestad para administrar sus propios recursos la sentencia en cita indicó:

*Esta prerrogativa de las entidades territoriales tiene al menos tres objetivos fundamentales: (i) **permitirles cumplir sus funciones de acuerdo con la Constitución y la ley**, (ii) **planear y promover el desarrollo local**, y (iii) **contribuir a la democratización de las decisiones económicas**. Sobre este último punto se manifestó durante los debates de la Asamblea Nacional Constituyente: “[I]as gentes quieren ser protagonistas mayores en las decisiones relativas al uso de los dineros públicos. Perciben, claramente, que la democratización política tiene que ir acompañada de una democratización de las decisiones económicas. Consideran, dentro de una nueva concepción, que sus municipios y departamentos son socios en la gran tarea de desarrollo del país”⁴³ (Se destaca)*

*De conformidad con lo anterior, es dable concluir que el núcleo esencial de la autonomía territorial está conformado por aquel reducto mínimo, indisponible por parte del legislador, que consiste en la facultad de las entidades territoriales de gestionar sus propios intereses, el cual se delimita mediante las potestades previstas en el artículo 287 de la Constitución Política; esto es: (i) gobernarse por sus propias autoridades; (ii) ejercer las competencias que les corresponden; (iii) establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) **administrar sus recursos y participar de las rentas nacionales**.” (Se destaca)*

⁴² CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2008-01255-00(AI), Actor: CAMILO ALFREDO D’COSTA RODRÍGUEZ, Demandado: NACIÓN – GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIOS DE GOBIERNO (HOY MINISTERIO DEL INTERIOR) DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Como puede apreciarse, *prima facie*, las entidades territoriales cuentan con la competencia para administrar sus recursos y, a partir de ello, pueden cumplir sus funciones, planear y promover el desarrollo local, y contribuir a la democratización de las decisiones económicas.

En consecuencia, en el caso objeto de examen, a primera vista, la Asamblea Departamental de Norte de Santander sería competente para decidir si autoriza o no la inversión de recursos públicos en la financiación de actividades que permitan la realización de espectáculos autorizados por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, y así mismo promover o no este tipo de actividades.

Por lo tanto, en relación con este punto, es necesario que transcurra el debate procesal, escuchar las alegaciones de las partes, examinar los antecedentes administrativos y evaluar las demás pruebas obrantes en el proceso para poder concluir si efectivamente la Asamblea Departamental de Norte de Santander carece de competencia para prohibir la destinación de recursos públicos para llevar a cabo actividades autorizadas por el artículo 7 de la Ley 84 de 1989 dentro de su territorio.

V.3. Conclusión

Como quiera que a partir de un análisis preliminar de los artículos 16, 150 y 152 de la Constitución Política es posible inferir que estos son contrarios a los artículos 1, 2, 4, y 5 de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016, proferida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander, la Sala confirmará parcialmente el auto proferido el 15 de noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que decretó la medida cautelar, en relación con los precitados artículos de la mencionada ordenanza.

Por otro lado, la Sala advierte que, a partir de una lectura preliminar del artículo 3º del acto acusado, no se configuraría una vulneración del ordenamiento jurídico superior, razón por la cual, frente a este artículo, se revocará la medida cautelar decretada, y en su lugar, se denegará la solicitud de suspensión provisional.

Lo anterior, sin perjuicio que en el curso del proceso se llegue a una conclusión diferente, en atención a que la decisión sobre la medida cautelar no constituye prejuzgamiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 229 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 15 de noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en relación con la decisión de decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016, *“por el cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades”*, proferida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

SEGUNDO: REVOCAR el auto proferido el 15 de noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander **únicamente** en relación con la decisión de decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 3º de la Ordenanza nro. 007 de 5 de agosto de 2016, *“por el cual se reglamenta la participación de menores de edad en eventos de maltrato animal y se regula la participación del Departamento de Norte de Santander en éstas actividades”*, proferida por la Asamblea Departamental de Norte de Santander. En su lugar, respecto de este artículo se niega la medida cautelar de suspensión provisional.

TERCERO: En firme esta decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

(firmado electrónicamente)

(firmado electrónicamente)

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado
Presidente

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

(firmado electrónicamente)

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

(firmado electrónicamente)

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON

Consejera de Estado