

LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO ABIERTOS AL PÚBLICO DE PRESTAR AL SERVICIO DE BAÑO A CIERTAS PERSONAS, SEAN SUS CLIENTES O NO, DEBE INCLUIR A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD O MOVILIDAD REDUCIDA, ACORDE CON LOS MANDATOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN ESTABLECIDOS EN EL ART. 13 DE LA CONSTITUCIÓN

IV. EXPEDIENTE D-13003 - SENTENCIA C-329/19 (julio 24)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Norma acusada

LEY 1801 DE 2016

(julio 29)

Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia

ARTÍCULO 88. SERVICIO DE BAÑO. Es obligación de todos y cada uno de los establecimientos de comercio abiertos al público, prestar el servicio de baño **a niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad** cuando así lo soliciten, sin importar que los mismos sean sus clientes o no. La inobservancia de la presente norma tendrá como consecuencia la imposición de una Multa General Tipo 1 o suspensión temporal de actividad.

Será potestad de los establecimientos de comercio en mención el cobro del servicio enunciado el cual deberá ser regulado por los correspondientes entes territoriales.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "*niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad*", contenida en el artículo 88 de la Ley 1801 de 2016, "*por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*", en el entendido de que también incluye a las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida.

3. Síntesis de la providencia

El demandante solicitó la declaratoria de inexequibilidad de la expresión "*niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad*" prevista por el artículo demandado. En subsidio, solicitó que se declare la exequibilidad condicionada de esta expresión, "*señalando la debida interpretación y aplicación que deba realizarse de la misma*". Señaló que la referida expresión vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, "*pues mientras que, a los niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad se les garantiza legalmente el acceso a un servicio de baño en todos y cada uno de los establecimientos de comercio abiertos al público, a los discapacitados o personas con movilidad reducida [no se les incluye] en la norma demandada*"³. Con esto, a su juicio, el legislador desconoció los deberes de promoción y protección de grupos discriminados o marginados, en particular respecto de las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida, previstos por los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política.

El ciudadano explicó que la regulación demandada es irrazonable, por cuanto los grupos incluidos (niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad) y los no incluidos (personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida) "*comparten similares condiciones [y] merecen un trato similar pues hacen parte del mismo universo poblacional de personas que por sus condiciones físicas o mentales son consideradas por la Constitución como grupos tradicionalmente discriminados o marginados*"⁴. Al respecto, sostuvo que "*no es jurídicamente razonable pensar que una norma que fue creada con el fin de dar un trato especial a un determinado grupo de personas respondiendo a criterios de debilidad manifiesta, [no incluya] precisamente a uno de esos grupos que por su condición física o mental merece un trato especial acorde a sus circunstancias de debilidad tal como lo establece la*

³ Fl. 16.

⁴ Fl. 17.

*Constitución*⁵. En criterio del demandante, ambos grupos de sujetos (el incluido y el no incluido) “normalmente son personas que requieren del apoyo y la asistencia de otra persona para desarrollar la mayoría de sus actividades”⁶ y “podrían estar padeciendo algún tipo de enfermedad que les impida contener o controlar sus necesidades fisiológicas de una manera normal, [así como] requer[ir] con urgencia un servicio de baño”⁷.

Durante el trámite del presente asunto se recibieron siete escritos de intervención⁸. Cinco intervinientes solicitaron la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión demandada⁹, uno solicitó que se declarara la exequibilidad de la disposición sin condicionamiento alguno¹⁰ y, por último, otro presentó argumentos relativos a la constitucionalidad de esta disposición, sin formular solicitud alguna¹¹. El Procurador General de la Nación solicitó que la Corte se declarara inhibida en relación con la demanda de la referencia¹². Esto, toda vez que, en su criterio, no se satisfacen los requisitos para dictar sentencia de fondo. A juicio del Procurador, (i) el demandante “persigue la declaratoria de una omisión legislativa relativa, pues echa de menos una regulación que en su concepto, impuso la Constitución Política al legislador”¹³, pero (ii) no estructuró “un argumento válido según el cual la presunta falencia sea el resultado del incumplimiento del deber específico impuesto por el constituyente al legislador (...)”¹⁴.

Correspondía entonces a la Corte, resolver el siguiente problema jurídico: ¿El legislador incurrió en omisión legislativa relativa en relación con la norma demandada y vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al no incluir dentro de los sujetos favorecidos con esta medida a las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida?

La Corte concluyó que el legislador incurrió en omisión legislativa relativa en relación con la disposición demandada. Esto, por cuanto no incluyó a las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida como sujetos beneficiarios de la obligación a cargo de los establecimientos de comercio de prestar el servicio de baño. Al no incluir a tales sujetos, el legislador desconoció los mandatos de promoción y especial protección previstos a favor de tal población por los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política. En particular, el deber específico a cargo del legislador consistente en incluir a las personas en situación de discapacidad en los supuestos de hecho de las normas que reconozcan o concedan derechos, beneficios, ventajas y oportunidades a favor de sujetos en atención a sus condiciones físicas especiales o a las barreras que estos sujetos experimentan y que impiden su participación en la sociedad o el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad. Dicha omisión genera una situación de discriminación en contra de las personas no incluidas, dado que no pueden exigir a los establecimientos de comercio abiertos al público el cumplimiento de la referida obligación. La Corte constata que tanto los sujetos incluidos como los no incluidos en la disposición son de especial protección constitucional y, habida cuenta de sus condiciones especiales, podrían experimentar limitaciones o barreras que impidan su fácil movilidad, la consecución de instalaciones sanitarias para satisfacer sus necesidades fisiológicas, así como de una alternativa sanitaria en caso de que dicho servicio les sea negado por parte de un establecimiento de comercio abierto al público.

Además, la Corte constata que dicha omisión legislativa relativa carece de *razonabilidad* y *proporcionalidad*. Lo primero, porque (i) la no inclusión de las personas carece de justificación, (ii) la medida es irrazonable en tanto (a) solo contribuye de manera parcial a alcanzar su

⁵ Fl. 2.

⁶ Fl. 15.

⁷ Fl. 21.

⁸ Los escritos de intervención fueron presentados por: (i) la Universidad de los Andes (Fls. 53-62); (ii) la Defensoría del Pueblo (Fls. 63-70); (iii) la Universidad Externado de Colombia (Fls. 72-75); (iv) el Ministerio de Justicia y del Derecho (Fls. 76-79); (v) la Presidencia de la República (Fls. 85-96); (vi) el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Fls. 98-106) y (vii) el Ministerio de Salud y Protección Social (Fls. 107-121).

⁹ La Universidad de los Andes, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Presidencia de la República y, por último, el Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁰ El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

¹¹ La Universidad Externado de Colombia.

¹² Fl. 123 a 126.

¹³ Fl. 125.

¹⁴ Id.

finalidad y (b) desconoce el deber de especial protección de las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida y, por último, (iii) este artículo es el único en la Ley 1801 de 2016 que contiene una medida especial de protección de este tipo sin incluir a dicha población. Lo segundo, en tanto no satisface los principios de necesidad y proporcionalidad. No satisface el *principio de necesidad*, en tanto el legislador sí disponía de una medida alternativa para alcanzar la finalidad propuesta y que resultaba menos lesiva de los derechos afectados: *justamente la inclusión de las personas en situación de discapacidad o con movilidad reducida dentro del supuesto de hecho de esta disposición.*

Tampoco satisface el *principio de proporcionalidad*, por cuanto la referida omisión legislativa afecta de manera intensa los derechos de la población en situación de discapacidad o con movilidad reducida mientras que satisface solo levemente las libertades económicas de los establecimientos de comercio abiertos al público. Esto, por cuanto mientras que para los primeros dicha omisión afecta su inclusión social y su participación en la sociedad e, incluso, puede afectar su salud y dignidad humana, para los segundos, la obligación de prestar el baño a las personas en condición de discapacidad o con movilidad reducida no afecta su objeto social ni el desarrollo de sus actividades económicas. Además, la inclusión de tales sujetos dentro del supuesto de hecho del artículo demandado no implica una carga desproporcionada frente a los establecimientos de comercio abiertos al público, por cuanto (i) según lo dispuesto por la misma disposición, en todo caso pueden cobrar por este servicio, (ii) este artículo no prevé obligación de accesibilidad en el sentido de implementar ajustes razonables en las instalaciones sanitarias y (iii) de esta disposición, ni de la inclusión de las personas en situación de discapacidad, no se deriva responsabilidad alguna y obligación de aseguramiento a cargo de los establecimientos de comercio abiertos al público.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** se apartó de la decisión anterior, toda vez que en su concepto no se cumplían los requisitos que exige la formulación de un cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa y, por tanto, la Corte ha debido inhibirse de proferir un fallo de fondo.

La disposición acusada establece la obligación de los establecimientos de comercio abiertos al público de prestar el servicio de baño a los niños, mujeres en avanzado estado de embarazo y adultos de la tercera edad, cuando así lo soliciten y sin tener en cuenta si son clientes o no del establecimiento. A su juicio, la no inclusión en la norma de las personas en situación de discapacidad o movilidad reducida no constituye el incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador. La norma establece una diferenciación en razón de las condiciones físicas, psicológicas y sensoriales de determinados grupos de personas, las cuales hacen parte de algunos de los múltiples grupos de especial protección, lo que no significa que sean los únicos que pueden ser destinatarios de acciones afirmativas, ni que la medida *per se* configure una discriminación frente a las personas en condición de discapacidad.

Es cierto, que de conformidad con el artículo 13 de la Constitución, el Estado tiene a su cargo la promoción de la igualdad material y la protección de personas en condiciones de debilidad manifiesta, para lo cual puede adoptar diversas medidas acordes con las respectivas políticas públicas y los recursos disponibles. De acuerdo con esto, la adopción de una acción afirmativa a favor de un determinado grupo poblacional no implica que en la misma deban incluirse todas las personas que estén en una situación de vulnerabilidad, ya que para tal efecto, el Legislador debe determinar el momento y las condiciones propicias para ello. Observó que en consonancia con el citado precepto constitucional y el artículo 47 de la Carta, el Estado adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009) y se expidió la Ley Estatutaria 1618 de 2013, en cuyo artículo 14, numeral 6 se estableció la obligación de que todos los servicios baños públicos sean accesibles para las personas en condición de discapacidad. De esta manera, el actor no explicó por qué la norma demandada constituiría el incumplimiento de un mandato constitucional específico impuesto al Legislador y, por ende, configuraba una omisión legislativa relativa.

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** aclaró su voto respecto de la interpretación de la norma demandada. Aunque compartió que en el caso bajo estudio se verificaba una omisión legislativa relativa, de acuerdo con el método establecido en las sentencias C-352 de 2017 y

C-083 de 2018, debía precisarse que el **artículo 94** del Código Nacional de Policía y Convivencia prevé un deber general de poner a disposición servicios sanitarios en condiciones de limpieza y equipamiento, en los establecimientos abiertos al público, para el servicio de sus clientes, mientras que el **artículo 88** prevé un deber especial de permitir el uso del baño a los niños, las mujeres en evidente estado de embarazo y las personas de la tercera edad, *“sin importar que los mismos sean sus clientes o no”*. Por lo tanto, cualquier persona que detente la calidad de cliente, tiene el derecho a acceder al servicio de baño de los establecimientos de comercio abiertos al público, pero esta calidad no es exigible para los sujetos indicados en el artículo 88, así como respecto de las personas en situación de discapacidad o movilidad reducida. En este segundo evento, el mismo artículo 88 autoriza a cobrar dicho servicio, mas no a negarlo.

De igual modo, el Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** anunció una aclaración de voto, en relación con algunas de las consideraciones que se exponen en la sentencia respecto de la proporcionalidad de la medida y de la responsabilidad del establecimiento abierto al público.