



2: Aq m

Bogotá, D.C., 12 MAR 2019

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 88 (parcial) de la Ley 1801 de 2016, "Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia".

Demandante: Albeiro Oros Comayán

Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO

Expediente: D-13003

Concepto 006540

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2, y 278, numeral 5, de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por el ciudadano Albeiro Oros Comayán, quien en ejercicio de la acción pública prevista en el numeral 6 del artículo 40 constitucional, y numeral 1 del artículo 242, *ibidem*, solicita que se declare la inexequibilidad, y en subsidio exequibilidad condicionada, de un aparte del artículo 88 de la Ley 1801 de 2016, cuyo texto se transcribe a continuación, subrayando lo demandado:

"LEY 1801 DE 2016¹

(julio 29)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

TÍTULO VIII.

DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.

CAPÍTULO I.

DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y SU REGLAMENTACIÓN.

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."

¹ Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016.

1. Planteamientos de la demanda

El demandante considera que la disposición acusada vulnera el derecho a la dignidad humana y la solidaridad (art. 1, C.P.), la garantía de los principios, derechos y deberes constitucionales (artículo 2, C.P.) y el derecho a la igualdad (artículo 13, C.P.), pues, en su concepto, es discriminatoria respecto de un grupo de especial protección constitucional como son las personas en condición de discapacidad. Por tanto, pide que se declare su inexequibilidad y, en subsidio, la constitucionalidad condicionada del aparte demandado.

Aun cuando menciona tres artículos constitucionales, el demandante plantea un único cargo por violación del derecho a la igualdad (artículo 13, C.P.), para lo cual afirma que la norma cuestionada impone a los establecimientos de comercio abiertos al público la obligación de prestar el servicio de baño a niños, mujeres en evidente estado de embarazo y adultos de la tercera edad, *“excluyendo de este servicio a las personas con limitaciones físicas o discapacitados he [sic] incluso a otras personas que pudieran encontrarse encontrase [sic] en alguna situación que las ponga en una circunstancia de debilidad manifiesta”*.

Arguye que la redacción actual de la norma permitiría que los establecimientos de comercio abiertos al público puedan negar el servicio de baño a las personas en condición de discapacidad, *“lo que le [sic] traería para su salud una carga adicional a la que debe soportar más allá de sus condiciones corporales”*, desconociendo así el artículo 13 constitucional, que impone al Estado el deber de proteger a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En efecto, encuentra que los niños, mujeres embarazadas y personas de la tercera edad son un grupo vulnerable, pero no es razonable que la misma norma desconozca las especiales condiciones de las personas con discapacidad, pues ello vulnera sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la igualdad y a la atención especializada contenida en el artículo 47 constitucional.

Concluye afirmando que *“si bien la norma va dirigida a favorecer los derechos fundamentales de población en estado de debilidad manifiesta sujetos de especial protección constitucional, dicha acción que debería ser de carácter positivo para toda esta población, excluye precisamente a aquellas personas que por su condición de discapacidad (...) son personas que hacen parte de aquella población considerada en estado de debilidad manifiesta”*.



Concepto No. 006540

2. Problema jurídico

Conforme a los planteamientos de la demanda, el Ministerio Público considera que el problema jurídico que le corresponde resolver a la Corte Constitucional en el presente caso es el siguiente:

- ¿El hecho de no incluir a las personas con discapacidad para acceder de manera preferente al servicio de baños en establecimientos de comercio abiertos al público, conforme al artículo 88 de la Ley 1801 de 2016, vulnera su derecho a la igualdad (art. 13, C.P.)?

3. Análisis constitucional

La Procuraduría General de la Nación considera que la Corte Constitucional debe inhibirse, toda vez que no se configuran los elementos necesarios para provocar un estudio del artículo 88 de la Ley 1801 de 2016 frente a la posible violación que aduce el accionante, como se explica a continuación.

3.1. Del derecho a la igualdad y la protección constitucional de las personas en condición de discapacidad.

La Constitución Política de 1991 consagra la igualdad tanto en el preámbulo como en el artículo 13, erigiéndola como uno de los valores fundantes del Estado colombiano en sus dos facetas: formal y material². Desde el punto de vista netamente formal, comporta el deber de tratar a todos los individuos con la misma consideración y reconocimiento; y en sentido material, apunta a superar las desigualdades que afrontan las personas que *“por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*³, a fin de garantizar el goce pleno de sus derechos fundamentales, y se entienden incluidas en este grupo las personas en situación de discapacidad.

La Corte Constitucional ha indicado que, del artículo 13 Superior se deriva e interpreta la existencia de contenidos normativos que ordenan: (i) la igualdad ante la ley, entendida como el deber estatal de aplicar el derecho de forma imparcial a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, previsión que conmina al Estado y los particulares a no incurrir en tratos desiguales a partir de criterios entendidos como “sospechosos”, tales como situación de discapacidad, sexo, raza, origen

² Corte Constitucional, sentencia T-770 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Constitución Política de Colombia, artículo 13.

nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y (iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, lo que se traduce en el deber de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a los grupos discriminados y marginados, y a través de políticas públicas que reconozcan determinadas prestaciones⁴.

En consonancia con las disposiciones constitucionales mencionadas y con el artículo 47 superior⁵, mediante la Ley 1346 de 2009⁶ se adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad⁷, norma que, en virtud del artículo 93 constitucional, hace parte del denominado bloque de constitucionalidad. Ese nuevo componente normativo significó un importante esfuerzo de reformulación y actualización de las normas internacionales sobre la materia, frente a los grandes cambios sociales y culturales y respecto del concepto mismo de discapacidad, que la referida Convención reconoce como cambiante y evolutivo⁸.

En efecto, dicho instrumento internacional además de reconocer y ratificar garantías individuales en cabeza de esta población así como un plexo de derechos en materia social, económica y cultural, impone también importantes obligaciones a los Estados Parte dirigidas a mejorar las condiciones de accesibilidad, y con ello, el pleno ejercicio de sus derechos, usando de manera reiterada el término *ajustes razonables*, para así indicar que estos no imponen una carga desproporcionada o indebida; apreciación que implica la simultánea ponderación de los costos que tales acciones tendrían para el Estado y la sociedad, y así procurar el logro de la igualdad real y efectiva garantizada por la Constitución Política⁹.

En el año 2013, como firme manifestación de implementar acciones afirmativas en favor de este grupo poblacional, se promulga la Ley Estatutaria 1618, en la que se retoman los postulados de la precitada Convención y se establecen las disposiciones enfocadas a los ajustes razonables, al diseño universal y a la toma de conciencia, para así garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, con

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁵ Constitución Política, artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

⁶ Ratificada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, artículo 1.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹ *Ibidem*.



Concepto No. 006540

miras a la remoción de barreras que impidan su plena inclusión y la consecuente eliminación de la exclusión social e invisibilidad que ha padecido históricamente esta población.

Estas manifestaciones normativas, acompañadas de la dinámica jurisprudencial necesaria, permiten afirmar que actualmente las personas en situación de discapacidad son reconocidas a partir de su diferencia, cobijadas por una protección constitucional reforzada, y que exigen del Estado una especial atención con la razonabilidad propia de las medidas que se llegaren a tomar.

3.2. De la acción de constitucionalidad presentada.

El accionante plantea la violación directa del artículo 13 superior (derecho a la igualdad), ya que, en su concepto, la norma demandada es discriminatoria y excluye a las personas en condición de discapacidad. Frente a ello, el Ministerio Público solicitará la inhibición, para lo cual (a) se hará una breve mención sobre el alcance jurídico del aparte cuestionado, (b) se referirá la omisión legislativa relativa y (c) se presentará una conclusión.

a. La norma demandada.

La Ley 1801 de 2016, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia, tiene como uno de sus objetivos promover el ejercicio responsable de la libertad y los derechos, *“además de señalar comportamientos que favorecen la convivencia, prohíbe comportamientos que afectan la seguridad, tranquilidad, el ambiente y los recursos naturales, la privacidad y la actividad económica, señalando medidas que aplicarán las autoridades de policía para actuar, prevenir y corregir ante la ocurrencia de tales comportamientos, esto en procura de la convivencia”*, como se anotó en la exposición de motivos respectiva¹⁰.

En efecto, el artículo 88 acusado se encuentra ubicado en el Título VIII, referido al ejercicio de actividades económicas y su regulación, e impone a los establecimientos de comercio abiertos al público la obligación de 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 ellos sean sus clientes o no.

¹⁰ Gaceta del Congreso No. 554 del 29 de septiembre de 2014, Exposición de motivos al proyecto de ley 099 de 2014 – Senado.

Es justamente respecto de las personas con discapacidad que el demandante reclama una declaratoria de inexequibilidad, y en subsidio de constitucionalidad condicionada, pues al no incluirlas, les impone una *"carga adicional a la que debe(n) soportar más allá de sus condiciones corporales"*.

Se colige de la lectura de la demanda y del análisis de la norma impugnada, que el demandante en realidad persigue la declaratoria de una omisión legislativa relativa, pues echa de menos una regulación que, en su concepto, impuso la Constitución Política al legislador.

b. Omisión legislativa relativa y presunta vulneración del derecho a la igualdad.

Siguiendo la línea de la omisión legislativa relativa, al verificar el cumplimiento de los requisitos para su estructuración¹¹, no se encuentra un argumento válido según el cual la presunta falencia sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador, pues además de indicar la norma acusada y de plantear una vaga acusación al Legislador por considerar que excluye y restringe el acceso a baños por parte de la población con discapacidad, el accionante no cumple con la carga argumentativa mínima requerida para esta clase de juicios.

Debe aclararse que la norma cuestionada plantea una diferenciación en favor de los niños, mujeres en evidente estado de embarazo y personas de la tercera edad, en atención a las condiciones anatómicas, físicas, psicológicas y sensoriales que les impide esperar y/o desplazarse a otro lugar donde puedan atender sus necesidades fisiológicas. Estas personas integran algunos de los múltiples grupos de vulnerabilidad, lo que no significa que sean los únicos con tal categorización, ni que ello *per se* comporte un trato discriminatorio frente a las personas con discapacidad.

Aunado a ello, como bien se expuso en el acápite referido al derecho a la igualdad y a las personas en condición de discapacidad (acápite 3.1.), el Legislador –en desarrollo de los postulados constitucionales– ha establecido

¹¹ En sentencia C-359 de 2017, magistrado ponente José Antonio Cepeda Amarís, a propósito de la omisión legislativa, se anotó: *"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la existencia de una omisión legislativa relativa requiere constatar (i) que existe una norma sobre la cual se predique el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad injustificada frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador"*.



Concepto No. 006540

medidas con el fin de lograr la efectividad de derechos de que son titulares estas personas, para lo cual se han implementado políticas y medidas afirmativas que abarcan diversos ámbitos y permiten la movilidad social de este grupo poblacional.

En efecto, normas como el artículo 14 de la Ley 1618, consagran medidas específicas para asegurar el acceso y la accesibilidad de las personas en condición de discapacidad, para lo cual anota que “[c]omo manifestación directa de la igualdad material y con el objetivo de fomentar la vida autónoma e independiente de las personas con discapacidad, las entidades del orden nacional, departamental, distrital y local garantizarán el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones, al entorno físico, al transporte, a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, el espacio público, los bienes públicos, los lugares abiertos al público y los servicios públicos, tanto en zonas urbanas como rurales”. Para dicho fin, consagra acciones como la contenida en el numeral 6 del mismo artículo 14, que se refiere específicamente a asegurar que todos los servicios de baños públicos sean accesibles para las personas con discapacidad.

Es preciso anotar que si la actividad comercial desarrollada en el establecimiento de comercio abierto al público obliga a sus propietarios a disponer de unidades sanitarias permanentemente (v.gr. restaurantes, instituciones educativas, de servicios de salud, entre otras), la misma deben ajustarse a los postulados de diseño universal que garanticen la accesibilidad por parte de las personas en condición de discapacidad.

La insuficiencia argumentativa de la demanda, sumada a la inexistencia de referentes normativos que indiquen que la redacción de la disposición acusada sea “discriminatoria y excluyente de la garantía constitucional al goce efectivo del derecho a la igualdad” –en palabras del actor–, impide hacer el juicio de contradicción normativa.

Así, lejos de explicar la razón por la que considera que el legislador tenía un deber específico para tratar la materia, se evidencia que aquel lo ha acatado al punto de incluir acciones afirmativas propias de la protección especial impuesta por la misma Constitución Política.

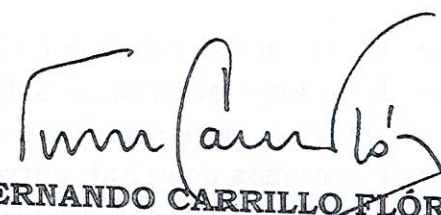
c. Conclusión.

De lo expuesto, el Ministerio Público advierte que analizado el aparte demandado, que impone una obligación a los establecimientos de comercio abiertos al público consistente en prestar el servicio de baño a niños, mujeres en evidente estado de embarazo y personas de la tercera edad, a la luz del cargo formulado, no presenta los elementos suficientes para provocar un juicio de constitucionalidad, por lo que la Corte Constitucional debe inhibirse frente a su estudio.

4. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público respetuosamente solicita a la Corte Constitucional declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo en relación con el cargo de inconstitucionalidad formulado contra el artículo 88 de la Ley 1801 de 2016, *“Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”*.

De los Señores Magistrados,



FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

LOM/amf