

PODER DE POLICIA - Concepto / CONCEJO DE BOGOTA D.C. - Facultades para expedir reglamentos de policía

El caso en estudio, se refiere al ejercicio del poder de policía, como facultad de regular las libertades públicas, potestad que por excelencia, corresponde al Congreso de la República, sin perjuicio de la asignación de funciones en esta materia a otras autoridades, con sujeción a lo que para el efecto disponen la Constitución y la ley. Esta Sección, en Sentencia de 18 de mayo del 2000, Expediente No. 5280, M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, se refirió al ejercicio del poder de policía como: "...aquella actividad de índole normativa que tiende a reglamentar las libertades y los derechos individuales, a fin de compatibilizarlos entre sí, y con los que corresponden a la colectividad como tal, constituyendo un orden jurídico especial resultante de la sanción de leyes formales, por medio del órgano o Poder Legislativo..." Ahora bien, en cuanto al poder de policía atribuido al Concejo Municipal de Bogotá, se comparte lo señalado por el a quo, en el sentido que este tiene las mismas facultades otorgadas a las Asambleas Departamentales, en los términos del decreto 1421 de 1993, por el cual se dicta el régimen especial de Santafé de Bogotá D.C, artículos 7 y 12, numerales 18 y 23, cuyo tenor es: Artículo 7º. Autonomía. Las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital, en lo que fuere compatible con el régimen especial de este último, y sin perjuicio de las prerrogativas políticas, fiscales y administrativas que el ordenamiento jurídico concede al departamento de Cundinamarca. Artículo 12. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley: 18. Expedir los Códigos Fiscal y de Policía 23. Ejercer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º del presente estatuto, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a las asambleas departamentales. Al respecto, esta Sección se ha pronunciado sobre el ejercicio del poder de policía del Concejo de Bogotá D.C., en Sentencia de 5 de diciembre de 2002, Exp. 7264, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, precisando lo siguiente: "...No puede alegarse la falta de competencia del Concejo Distrital para expedir la norma cuestionada, pues el artículo 12, numeral 23, del Decreto 1421 de 1993, otorga a dicha corporación la facultad de ejercer las atribuciones que la Constitución y la ley le asignan a las asambleas departamentales, dentro de las cuales se encuentra la de "Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal" (artículo 300 de la Constitución Política). "...el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá tiene competencia para expedir reglamentos secundarios o complementarios, los cuales, al tenor del artículo 9º del decreto ley 1355 de 1.970 tienen por finalidad precisar el alcance y lograr la cabal aplicación de los reglamentos autónomos o principales de policía, reservados a la ley (art. 150, núm. 25 de la Constitución); y al Concejo Distrital, que por mandato de los artículos 7 y 12, numerales 18 y 23 del decreto 1421 de 1.993 le corresponden las atribuciones que el artículo 300, numeral 8, de la Constitución le asigna a las Asambleas Departamentales..." (Subrayado fuera de texto). Nótese que el citado pronunciamiento, aunque hace referencia a que el Alcalde desarrolla la función complementaria de policía, mediante la expedición de reglamentos secundarios, precisa que, dentro de las autoridades que emiten los reglamentos principales o

primarios de policía, se encuentra el Concejo de Bogotá D.C., en atención a las normas allí citadas.

CONSUMO DERIVADOS DEL TABACO - Limitante en lo que respecta al consumo, comercio y publicidad de cigarrillos y derivados del tabaco / REITERACION JURISPRUDENCIAL

Con respecto a las medidas de los numerales 1º, 2º, y 3º, de la norma demandada, para la Sala es evidente que su finalidad es garantizar que los menores de edad eviten el contacto prematuro con un producto del que sobra repetir sus efectos perjudiciales para la salud, de forma tal que se reconoce prevalencia al derecho fundamental a la salud de la niñez, según lo expone con acierto el a quo, en atención a que es la Constitución Nacional en su artículo 44, la que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los de los demás¹. En este frente el estudio de proporcionalidad referente a que la limitación a la libertad de vender u ofrecer tabaco y sus derivados a los menores pueda resultar excesiva ante el fin protector perseguido, hace concluir sin mayor esfuerzo, que aquel es superado al ser las medidas razonables, necesarias y útiles siguiendo los criterios expuestos por las Jurisprudencias citadas, puesto que, se reitera, las medidas cuestionadas protegen un derecho de superior rango al de la libertad económica de vender el producto, cual es la salud del menor y ello se logra obstaculizando su acceso al mismo, tal como lo ordenan las normas en comento. Por otro lado, con respecto a la medida del numeral 4º del artículo 26 del Código de Policía de Bogotá, relativa a “no promocionar tabaco y sus derivados en vehículos rodantes”, tampoco se observa transgresión alguna a la Constitución Nacional o a la legalidad, pues es sabido que la publicidad puede ser un eficaz inductor al consumo del producto promocionado, y en este caso, lo que persigue la medida es proteger la salud pública, restringiendo mecanismos publicitarios que inciten a consumir sustancias que claramente atentan contra aquella. En lo que respecta a la prohibición de fumar en los sitios que indica el numeral 5º de la disposición demandada, también resulta evidente la protección a la salubridad e interés general asociados a un ambiente sano, que propenda por la preservación de la salud pública. Ahora, si bien se vislumbra una limitación a la libertad de fumar en ciertos espacios, la Sala estima que dicha libertad no es susceptible de protección por parte del Estado, en perjuicio del derecho de los demás a la salud, como surgiría de la exposición del apelante, toda vez que, el respeto por el derecho a gozar de un ambiente sano y que no provoque un menoscabo a la salud

¹ Además, el artículo 20 numeral 3º del Código de Infancia y la Adolescencia dispone:

“Derechos de protección. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

(...)

3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización...”

pública, prevalece necesariamente sobre la libertad de fumar en los espacios a que alude la norma. Vale la pena traer a colación lo que ha señalado esta Sección con respecto a la posibilidad de restringir ciertas libertades públicas por parte del Concejo Distrital, en pro de la preservación del orden público, salubridad y moralidad públicas, mediante Sentencia de 30 de abril de 1998, Expediente No. 3456, M.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz: "Para la Sala la disposición acusada no es más que la expresión del ejercicio del poder de policía que tienen las autoridades administrativas, en este caso el Concejo de Santafé de Bogotá, D.C., para garantizar la tranquilidad, salubridad, moralidad y seguridad de los habitantes, con miras a preservar el orden público, que es, en últimas, lo que asegura una "convivencia pacífica", cometido éste que postula el art. 2o. de la Carta Política, como uno de los fines esenciales del Estado. En orden a cumplir con dicha garantía deben los Concejos Municipales y Distritales adoptar las medidas de policía necesarias. Pueden limitar el ejercicio de las libertades públicas, entre otras, las relativas al ejercicio del comercio, o restringir el ejercicio de la actividad económica de los particulares dentro del área de su jurisdicción..."

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 79 DE 2003 (14 de enero) / ARTICULO 26 - CONCEJO DE BOGOTA D.C. ACUERDO 79 DE 2003 (14 de enero) / ARTICULO 164 - CONCEJO DE BOGOTA D.C.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C. diez (10) de mayo del año dos mil doce (2012)

Radicación número 25000232400020060030901

Actor: BRITISH AMERICAN TOBACCO SOUTH AMERICA LIMITED

Demandado: BOGOTA D.C.

Referencia: RECURSO APELACION

EL señor Juan Pablo Cardona González, actuando como apoderado de la Sociedad British American Tobacco Colombia Limited, presentó ante esta Corporación, recurso de apelación contra la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca de 31 de julio de 2008, en la que niega la nulidad del Acuerdo 79 de 14 de enero de 2003, por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D-C., en su artículos 26 y 164, numerales 1,2,3,4,6,9,10 y 14 al 19; declara la legalidad condicionada de las expresiones del numeral 5, acápite 2.5, numeral 11, acápite 2.8, del artículo 164; y ordena estarse a lo resuelto en sentencia de 2 de noviembre de 2006 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respecto de los numerales 12 y 13 del artículo 164 del Código de Policía de Bogotá.

ANTECEDENTES

1.- El señor Juan Pablo Cardona, instauró demanda, ante esta Jurisdicción, contra el Concejo de Bogotá, con el objeto de lograr la nulidad del artículo 26 del Acuerdo No. 79 de enero 14 de 2003, por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D.C., el cual se refiere esencialmente a restricciones en materia de consumo, comercio y publicidad de cigarrillos.

2.- Los fundamentos del demandante, se resumen en que la norma demandada contraría lo dispuesto por normas de superior jerarquía al establecer sustanciales limitantes en lo que respecta al consumo, comercio y publicidad de cigarrillos y productos derivados del tabaco en los siguientes aspectos:

A) Comercio: cuando se haga o realice hacia menores de edad.

B) Publicidad de cigarrillos y productos derivados del tabaco: para que ésta no se realice en vehículos rodantes.

C) Restricciones a la libertad individual y pública del fumador: para que no lo haga en determinados sitios.

D) Obligaciones a cargo de los establecimientos de comercio donde se expendan y consuman cigarrillos: para que éstos habiliten y acondicionen zonas al aire libre para fumadores, como terrazas.

E) Medidas correctivas: según el párrafo segundo del artículo 26 del Acuerdo Distrital 079 de 2003, se pueden aplicar discrecionalmente por las autoridades de policía sanciones – medidas correctivas – no prescritas por la ley ni autorizadas por esta, para sancionar al fumador, a los comerciantes, o a los establecimientos de comercio. El uso de la fuerza en un estado de derecho es y debe ser siempre una potestad reglada, sometida por entero a la constitución y a la ley. Las autoridades de policía en un Estado de derecho no pueden actuar de modo discrecional imponiendo la medida correctiva que les plazca, como por ejemplo,

sellar un establecimiento de comercio cada vez que sorprenden in fraganti a una persona fumando dentro del mismo.

3. El demandante invoca la Sentencia C-593 de 9 de junio de 2003, en la que se declaró inexecutable la expresión “o en el reglamento” contenida en el artículo 226 del decreto 1355 de 1970 – Código Nacional de Policía -. La norma parcialmente demandada disponía: “la medida correctiva aplicable será en cada caso, la indicada en la ley o en el reglamento”. En dicha Sentencia la Corte reafirmó la reserva de ley en materia del establecimiento de limitaciones a los derechos constitucionales mediante la adopción de normas generales como manifestación del poder de policía y del poder punitivo del Estado, según los artículos 29, 150-2 y 300-8 de la Constitución, por lo que las autoridades administrativas, como los concejos municipales, no tienen competencia para establecer limitantes a las libertades individuales y públicas.

4. El demandante invoca como normas violadas, las siguientes:

4.1. Constitución Política, artículos 1º, 6º, 13, 29, 84, 121, 113, 150 numerales 1º y 2º, 300 numeral 8º, 313 numerales 7º y 9º.

4.2. Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970, artículos 8º, 226, 186, 187, 188.

4.3. Ley 232 de 1995, artículos 1º y 2º; y ley 962 de 2005, artículos 1º y 27.

5. El concepto de violación se sintetiza en los siguientes términos:

5.1. Cargo Primero: El Concejo Distrital de Bogotá no tiene competencias de carácter constitucional, poder de policía, para dictar normas de conducta limitantes de las libertades individuales y públicas de la ciudadanía en aquellas materias que no lo ha hecho la ley.

El artículo 26 del Acuerdo No. 079 de 2003, impone prohibiciones a la ciudadanía en materia de comercialización y consumo de tabaco, las cuales no han sido determinadas por la ley ni autorizadas por ésta.

El demandante cita varias sentencias de la Corte Constitucional como las C-024 de enero 27 de 1994, C-087 del 2000, ratificada por la C-1444 de 2000, para señalar la absoluta falta de competencia que tienen los organismos del poder ejecutivo para establecer limitantes a las libertades públicas y derechos fundamentales donde no lo ha hecho la ley, esto es, una ley de alcance nacional expedida por el Congreso de la República.

Indica que, en consecuencia, el artículo 26 del Acuerdo 079 de 2003 demandado vulnera el artículo 1º de la C.N., al contener disposiciones diferentes y más gravosas a las que rigen en todo el territorio nacional, adoptadas por leyes, o actos con fuerza material de ley.

La norma demandada introdujo toda una serie de conductas contravencionales de policía, en lo que respecta al comercio y consumo de cigarrillos únicamente para la ciudad de Bogotá, las cuales no han sido autorizadas por el legislador nacional, ni dispuestas por éste, por lo que la disposición viola el principio de reserva de ley establecido por el artículo 150 del Estatuto Superior.

El Concejo de Bogotá, al igual que los restantes concejos municipales del país, en materia de policía, solamente están autorizados constitucionalmente para dictar normas de policía respecto de: i) *“Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”*. Así como para ii) *“Dictar las normas de policía necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del Municipio”*. Esto según los artículos 313 numerales 8º y 9º de la C.N. y se apoya el demandante en lo señalado al respecto por la Sentencia C-024 de enero 27 de 1994.

Los denominados por el Concejo de Bogotá *“Comportamientos en relación con el tabaco y sus derivados. Los siguientes comportamientos favorecen la salud propia y ajena”*., enunciados en el artículo 26 del Acuerdo 079 de 2003, son normas de conducta de carácter permanente impuestas a los particulares, que en caso de ser vulneradas por la ciudadanía dan lugar a la aplicación discrecional de medidas correctivas por parte de las autoridades de policía; por lo tanto el texto demandado introduce contravenciones de policía no autorizadas ni presupuestadas por la ley, lo que vulnera los artículos 6º, 29, 121, 150 numerales 1º y 2º, 300 numeral 8 y 313 numerales 7º y 9º de la C.N.

El artículo 6º de la C.N., es violado pues los particulares solamente pueden ser responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, de ser contraria la intención del constituyente hubiera involucrado el término reglamentos.

El artículo 29 resulta también violado por cuanto según éste, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y la norma demandada vulnera el principio de legalidad contravencional, pues tanto los delitos, como las contravenciones solamente pueden ser establecidas por el legislador, ya que estas normas por sus implicaciones forman parte esencial de la potestad punitiva del Estado y de la política criminal del mismo. Al respecto, cita el demandante la Sentencia C-301 de mayo 5 de 2009.

Igualmente, en cuanto a la violación al artículo 29 de la C.P., el Parágrafo 2º del artículo 26 del Acuerdo 079 de 2003 señala: *“La inobservancia de los anteriores comportamientos dará lugar a las medidas correctivas contenidas en el libro Tercero Título III de este Código”*. Ninguna competencia de orden constitucional tenía el Concejo Distrital de Bogotá para establecer sanciones de policía denominadas por el legislador extraordinario *“medidas correctivas”*, que por su materia y sus implicaciones forman parte de la potestad punitiva del Estado.

Por su parte, el artículo 121 de la C.N., es vulnerado ya que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, y el Concejo Distrital de Bogotá no tiene la función constitucional y legal de dictar de manera permanente normas de conducta, contravenciones de policía, limitantes de las libertades individuales y públicas de la ciudadanía. El Concejo de Bogotá ejerció así funciones privativas del Congreso de la República en violación de esta norma constitucional.

El artículo 150 numerales 1º y 2º de la C.P es violado, pues en concordancia con lo anterior, corresponde al Congreso hacer las leyes, así como dictar códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. Por consiguiente, no podía el Concejo dictar un código de policía cuyas disposiciones, como el artículo 26, desconocen las normativas nacionales.

El Concejo de Bogotá violó el artículo 300 numeral 8º de la C.N., pues de conformidad a lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 1421 de 1993 *“las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes le confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital”*, de manera que corresponde al Concejo del Distrito Capital *“Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”* en igualdad de condiciones con las Asambleas Departamentales, de modo que se violó ese canon constitucional al establecer normas de conducta, constitutivas de contravenciones y medidas correctivas de policía, aspectos todos que son de estricta disposición legal por el legislador.

Señala el demandante que todos estos aspectos fueron clarificados por la Sentencia C-593 de junio 9 de 2005, al indicar que *“el poder de policía, entendido como la potestad de dictar normas generales que restringen el ejercicio de los derechos fundamentales, radica en cabeza del Congreso de la República...”*

De la copiosa jurisprudencia en este sentido que cita el actor, se destaca nuevamente la Sentencia C-021 de 1994, en la que se agrega que *“no pueden las Asambleas Departamentales, en consecuencia, dictar normas de policía que establezcan sanciones diferentes a las previstas o autorizadas por el legislador nacional, dado que las medidas correctivas de policía, por su naturaleza, función e implicación, constituyen limitaciones o restricciones de derechos constitucionales...”*

Ahora, en relación con las facultades del Distrito Capital para expedir normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal, trae a colación la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de enero de 27 de 1977, M.P. Luis Sarmiento Buitrago, en la que se señala que *“ni el legislador ordinario ni mucho menos el extraordinario pueden autorizar al gobierno o a los Concejos, así sea al de la Capital de la República para reglamentar el ejercicio de la libertad en aquellas materias de que no se haya ocupado la ley”*.

5.2. Cargo Segundo: El Parágrafo Primero el artículo 26 del Acuerdo Distrital 079 de 2003 viola la ley 232 de 1995, la ley 962 de 2005, y el artículo 84 Superior. Los requisitos que deben cumplir los establecimientos de comercio solamente pueden ser fijados por el legislador, están protegidos por el principio de reserva de ley o legislativa, en consecuencia, el Concejo de Bogotá no tiene competencia para fijarlos de manera permanente, mediante reglamentos de policía – actos administrativos de carácter general.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1º de la ley 232 de 1995 *“ninguna autoridad podrá exigir licencia o permiso de funcionamiento para la apertura de los establecimientos comerciales definidos en el artículo 515 del Código de Comercio, o para continuar su actividad si ya la estuvieren ejerciendo, ni exigir el cumplimiento de requisito alguno, que no esté expresamente ordenado por el legislador.*

La misma ley, enlista en el artículo 2º, los requisitos que deben cumplir los establecimientos públicos abiertos al público en el territorio nacional; ninguno de ellos le impone al comerciante la obligación de *“habilitar zonas al aire libre para fumadores”*, por esta razón la expresión demandada viola la reserva de ley consagrada por el artículo 1º de la ley 232 de 1995, al imponer ese requisito adicional.

La expresión “*al aire libre*” también vulnera la ley 962 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, pues en su artículo 1º dispone:

“Reserva legal de permisos, licencias o requisitos. Para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, únicamente podrán exigirse las autorizaciones, requisitos o permisos que estén previstos taxativamente en la ley o se encuentren autorizados expresamente por esta. En tales casos las autoridades públicas no podrán exigir certificaciones, conceptos o constancias.

Las autoridades públicas no podrán establecer trámites, requisitos o permisos para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, salvo que se encuentren expresamente autorizados por la ley; ni tampoco podrán solicitar la presentación de documentos de competencia de otras autoridades”.

En este mismo sentido, el artículo 27 de la misma ley dispone, ratificando la ley 232 de 1995:

“Requisitos para el funcionamiento, de establecimientos de comercio. Las autoridades y servidores públicos correspondientes se sujetarán únicamente, a lo dispuesto en la [Ley 232 de 1995](#), por la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales, en cuanto a los requisitos exigibles para la apertura y funcionamiento de los establecimientos de comercio.

No podrá condicionarse el cumplimiento de los requisitos legales a la expedición de conceptos, certificados o constancias que no se encuentran expresamente enumerados en la citada ley”.

Lo anterior confirma que los requisitos que deben cumplir los establecimientos de comercio solamente pueden ser fijados o dictados por el legislador, en consecuencia están amparados por el principio de reserva de ley y no pueden ser obligaciones impuestas mediante reglamentos de policía, como el de habilitar zonas al aire libre para fumadores, al no estar establecidas en las mencionadas leyes.

Igualmente, es violado el artículo 84 Superior, según el cual, cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer requisitos adicionales para su ejercicio.

En cuanto a la reserva de ley a que se someten los establecimientos de comercio, cita la Sentencia C-492 de junio 26 de 2002 en la que se señala que “... *ni los alcaldes municipales ni los miembros de la Policía Nacional pueden restringir el ejercicio de esta actividad por fuera de lo previsto en la ley 232 de 1995...*”

5.3. Cargo Tercero: El artículo 26 tiene expresiones ambiguas que se prestan para múltiples interpretaciones, las cuales deben ser declaradas nulas por su falta de claridad, pues violan el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la C.N.

Las expresiones demandadas del artículo 26 del Acuerdo Distrital 079 de 2003 como son: *No fumar o consumir tabaco o sus derivados, en cualquiera de sus formas, en los siguientes sitios: Los destinados a actividades culturales, recreativas, deportivas o religiosas que funcionen como recintos cerrados; recintos cerrados públicos y abiertos al público;* estas expresiones establecen de manera no clara, imprecisa y ambigua, prohibiciones para el consumo de tabaco en lugares destinados a “*actividades culturales, recreativas, deportivas o religiosas, que funcionen como recintos cerrados*”. De ahí que sean proclives a prestarse para múltiples interpretaciones por parte de los oficiales de policía y por la ciudadanía en general, pero lo cierto del asunto es que ninguna norma legal o reglamentaria ha precisado qué debe entenderse por las mismas o qué lugares comprende.

Las normas jurídicas restrictivas de derechos y de las libertades públicas deben ser claras, pues son de interpretación exegética restringida.

Para sustentar este cargo, el actor anexa derecho de petición por él suscrito ante el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, con su respectiva respuesta donde explica el porqué son sellados establecimientos de comercio por encontrarse la clientela fumando en su interior así como un número de establecimientos sellados por ese motivo².

5.4. Cuarto Cargo: El Parágrafo 2º del Artículo 26 del Acuerdo Distrital 079 de 2003 debe ser declarado nulo, se refiere a la aplicación de medidas correctivas contra los particulares que vulneren los comportamientos ciudadanos dispuestos en el artículo 26. Los medios correctivos o castigos de policía tienen estricta reserva de ley pues implican restricciones a las libertades públicas y derechos fundamentales de la ciudadanía.

² Folios 84 a 96 del cuaderno No. 2 del expediente.

Según este Parágrafo, *“la inobservancia de los anteriores comportamientos dará lugar a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III de este Código”*.

El actor reitera que ha sido prolija la jurisprudencia constitucional que determina que los delitos y las contravenciones solamente pueden ser dispuestas por el legislador; por ser esta una de las expresiones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la potestad de configuración del Estado en materia punible, la cual corresponde al legislador. Al efecto, cita nuevamente Sentencias de la Corte Constitucional como la C-593 de junio 9 de 2005, que unificó la jurisprudencia constitucional vigente al señalar que los medios correctivos tienen estricta reserva de ley, e igualmente la Sentencia C-671 de junio 28 de 2005.

En consecuencia, dicho Parágrafo debe ser declarado nulo, por cuanto el Concejo Distrital de Bogotá no tiene competencias de orden constitucional o legal para establecer sanciones de policía, las cuales por sus implicaciones solamente pueden ser dictadas de manera válida por el Congreso de la República mediante leyes.

Igualmente, el Parágrafo 2º de la norma demandada, debe ser declarado nulo por contener expresiones ambiguas, al remitir a las medidas correctivas del Libro Tercero, Título II del mismo Código. En el ordenamiento jurídico están proscrita las medidas de policía vagas, imprecisas, ambiguas. El parágrafo habla de unas medidas correctivas pero no dice cuál en concreto, dejando un amplísimo margen de discrecionalidad para la aplicación de los castigos de policía por parte de los servidores públicos que aplican tales normas sancionatorias.

Las medidas correctivas no se pueden conmutar unas por otras según el arbitrio caprichoso y discrecional del policial, la función de policía es por naturaleza reglada, no discrecional pues es una expresión inequívoca del uso de la fuerza, cualquier trasgresión al respecto implica una violación al principio de legalidad, elemento fundamental al debido proceso.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El apoderado del Distrito Capital se pronuncia frente a la demanda, señalando que el artículo 26 de Código de Policía del Distrito Capital se ajusta al ordenamiento jurídico, en síntesis, por lo siguiente:

2.1. Competencia del Concejo de Bogotá para expedir el Acuerdo 79 de 2003.

Esta competencia se encuentra contenida en el numeral 18 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993, por medio del cual se expidió el Régimen Especial del Distrito Capital.

Esta norma fue expedida por el Presidente de la República en desarrollo directo de la Constitución Nacional, mediante un Decreto sustitutivo de Ley y más concretamente en ejercicio de las facultades a él conferidas por el artículo 41 transitorio de la Carta, que dispuso: *“si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta C.N., el Congreso no dicta la ley a que se refieren los arts. 322, 323 y 324 sobre el régimen especial del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Gobierno por una sola vez expedirá la norma correspondiente”*.

De otra parte, es obvio que el artículo 79 de 2003 respeta el principio de legalidad y, en ese sentido, las normas aquí consagradas se encuentran circunscritas a los parámetros y demás normas de orden superior, en especial las consagradas en el Código Nacional de Policía.

Por tal razón, el artículo 254 del Acuerdo 79 de 2003 expresa lo siguiente:

“Concordancia con el Código Nacional de Policía Decreto Ley 1355 de 1970 y las Leyes. El presente Código se expide sin perjuicio de lo prescrito por el Código Nacional de Policía Decreto Ley 1355 de 1970, adicionado por el Decreto Ley 522 de 1971 y las demás leyes, cuyas disposiciones, en caso de contradicción, prevalecen sobre las de este Acuerdo. No obstante, si éste fuera modificado, sustituido o subrogado por una nueva ley, el Concejo Distrital de Bogotá, D.C, si fuera necesario, ajustará las normas del presente Acuerdo a las del nuevo Código Nacional”.

2.2. Razones que justifican la expedición del Código Nacional de Policía para el Distrito Capital.

Los temas objeto de regulación en el Código de Policía Distrital aluden a asuntos en los que están involucradas las relaciones de vecindad y de convivencia de los habitantes del Distrito Capital, los cuales, dado el ámbito territorial se relacionan más con la ciudad que con la Nación. En ese sentido, es necesario reconocer que las condiciones de habitabilidad que imperan en Bogotá D.C., son muy diferentes a las de los demás municipios del país; es, a manera de ejemplo, una de las más densamente pobladas, de las más desarrolladas y contaminadas, etc.

Así las cosas, elementos cotidianos en la vida de la ciudad no tienen la misma trascendencia para el nivel nacional de gobierno, y son precisamente estos aspectos de la vida cotidiana de la ciudad los que se encuentran regulados en este Código de Policía de Bogotá

2.3. En cuanto a los cargos formulados indica, en primer término, que el propósito esencial del artículo 26 del Acuerdo 079 de 2003, es garantizar el derecho que tienen las personas no fumadoras a ejercer sus derechos a la salud, a la vida y a disfrutar de un ambiente sano.

De ninguna manera se pretendió desconocer el derecho que les asiste a las personas consumidoras de tabaco y sus derivados y el derecho que tienen los establecimientos de comercio y los comerciantes de vender o distribuir esta clase de productos.

Se trata, entonces, de procurar que los menores de edad se encuentren lo más alejados posible de este peligro, mientras que tienen la edad suficiente para decidir de manera consciente y responsable si fuman o no.

De otra parte, el artículo señala una serie de lugares o recintos en los que conviene no consumir tabaco y sus derivados. Sobre algunos de estos lugares ya existen disposiciones de orden nacional que prohíben la ingestión de estos productos; además, no es necesario que una disposición de orden legal imponga esta clase de prohibiciones porque la misma actividad así lo exige.

Respecto de los otros lugares señalados en el artículo atacado, el Cabildo Distrital encontró que en los destinados a actividades culturales, recreativas, deportivas o religiosas que funcionen como recintos cerrados; en escuelas, colegios, universidades, entre otros, es indispensable que sus propietarios, administradores y dependientes habiliten zonas al aire libre para los fumadores.

De esta manera se intenta garantizar que los no fumadores, entre los que se cuentan los menores de edad, inhalen el cúmulo de toxinas que se producen con el consumo de cigarrillos y de esta manera efectivizar derechos constitucionales de rango colectivo como la salud pública y el medio ambiente sano, que venían siendo vulnerados por las personas fumadoras que, con o sin intención, no se percataban del daño que causaban a los demás.

Señala que con antelación a la expedición del actual Código de Policía ya existían disposiciones que restringían el consumo de tabaco y de sus derivados en determinados lugares, como el Acuerdo 18 de 1989 que prohibía la venta y consumo de derivados del tabaco en coliseos cubiertos, salas de cine, teatros, bibliotecas públicas, museos y cualquier otro recinto cerrado con acceso al público, que esté dedicado a actividades culturales, deportivas o religiosas.

Adicionalmente, el artículo 209 del Código Nacional de Policía incluye entre las contravenciones que dan lugar a la expulsión de sitio público o abierto al público la de contrariar la prohibición de fumar. Entonces, El Concejo de Bogotá, en procura de garantizar el derecho a la salud y a un ambiente sano, decidió en ejercicio de la función de policía que ostenta, establecer ciertas normas de comportamiento en relación con el tabaco y sus derivados.

Ahora, los lugares señalados en el numeral 5.1. del artículo 26 demandado, a pesar de indicarse que funcionen como recintos cerrados son en verdad establecimientos abiertos al público. Entonces aunque funcionen como recintos cerrados, es entendible que la intención era referirse a aquellos lugares donde concurren personas que tienen en común un mismo propósito o actividad cultural, recreativa, deportiva o religiosa.

No es cierto que la disposición contenida en el Parágrafo Primero del artículo 26 del Acuerdo 079 de 2003 viole el artículo 13 Superior. Primero, porque los espacios al aire libre para que los fumadores desarrollen su actividad y su personalidad de manera libre, ya han venido siendo implementados en la mayoría de establecimientos y recintos públicos y abiertos al público por iniciativa propia de sus propietarios y administradores ante las reiteradas reclamaciones de los no fumadores, fundadas a su vez, en el auge que mundialmente han tomado las campañas en contra del consumo de cigarrillo. En ese sentido, la norma demandada responde a un clamor ciudadano que reclama el derecho a la salubridad pública y a un ambiente sano.

Por su parte, la norma es clara en el sentido de exigir a todos los lugares públicos y/o abiertos al público donde pueden consumirse derivados del tabaco que se

habiliten zonas al aire libre para que los fumadores puedan hacerlo sin perturbar los derechos de los demás.

2.4. En relación con el Parágrafo 2º del artículo demandado indica que las medidas correctivas señaladas en el Libro Tercero, Título III del Acuerdo 079 de 2003, coinciden con las establecidas en el Código Nacional de Policía.

Así, teniendo en cuenta que el artículo 187 del Código Nacional de Policía establece que *“ninguna autoridad de policía podrá imponer medidas correctivas diversas de las previstas en el artículo anterior”*; y, el artículo 188 señala que *“cuando según los artículos 8º y 10, el Gobierno Nacional, las asambleas, los concejos, los intendentes y los comisarios expidieren reglamentos de policía no podrán estatuir medidas correctivas distintas a las descritas en este decreto”*, el apoderado del distrito hace un parangón entre las medidas contenidas en el Estatuto Nacional y su correspondiente en el orden distrital, esto es, en el Acuerdo 079 de 2003, para mostrar que, en general, hay coincidencia.

Así, concluye que aunque las medidas correctivas de compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana y la asistencia a programas pedagógicos de convivencia ciudadana no encuentra referente exacto en el Estatuto Distrital de Policía, resulta lógico que quien es amonestado en privado o reprendido en audiencia pública o se ha comprometido a observar buena conducta (en los términos del Código Nacional de Policía), obviamente se compromete a cumplir las reglas de convivencia ciudadana.

Asimismo, las medidas de restitución del espacio público, retiro o desmonte de publicidad exterior visual y programas de reducción o mitigación de las fuentes generadoras de contaminantes, no encuentran correspondencia con las medidas correctivas listadas en el artículo 186 del Código Nacional de Policía.

Sin embargo, estas medidas policivas se encuentran consagradas en leyes diferentes al Código Nacional de Policía, entre ellas, la ley 99 de 1993 y la ley 66 de 1968. Por tanto, en este caso específico el Acuerdo 79 de 2003 lo que hace es una labor de compilación.

III.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante Sentencia de 31 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió, en esencia: i) Negar la nulidad del artículo 26 del Acuerdo 79 de 14 de enero de 2003 expedido por el Concejo de Bogotá D.C.; ii) Negar la nulidad de las siguientes disposiciones del artículo 164 del Código de Policía de Bogotá D.C.: Lo numerales 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10 y 14 a 19. Esta declaración produce efectos única y exclusivamente en relación con el artículo 26, parágrafo segundo, del mismo código; iii) Declarar la legalidad condicionada de las siguientes expresiones del artículo 164 del Código de Policía de Bogotá D.C.: “de carácter ecológico, de pedagogía ciudadana o de asistencia humanitaria” del numeral 5, en los términos del acápite 2.5; “Suspensión de autorización” del numeral 7, en los términos del acápite 2.7; “suspensión de actividades comerciales” del numeral 8, en los términos del acápite 2.8; y, “clausura de establecimiento comercial que preste servicios turísticos” del numeral 11, en los términos del acápite 2.8. La legalidad condicionada de estas normas produce efectos única y exclusivamente en relación con el artículo 26, parágrafo segundo, del mismo código; iv) declara estarse a lo resuelto en la Sentencia de esa Corporación, de 2 de noviembre de 2006, con respecto a los numerales 12 y 13 del artículo 164 del Código de Policía de Bogotá D.C.; v) Deniega las demás pretensiones de la demanda.

La demanda se fundó en lo siguiente para fallar en el sentido arriba señalado:

3.1. En primer lugar, precisa que pese a que el actor desarrolla cuatro cargos en la demanda para sustentar la ilegalidad del artículo 26 del Acuerdo 79 de 2003, el a quo, para efectos de una exposición ordenada de los argumentos de la actora, considera adecuado fusionarlos en dos cargos que estudiará de manera independiente.

3.2. Primer Cargo. Falta de competencia del Concejo de Bogotá D.C. para regular aspectos relativos a la forma de comerciar y publicitar el tabaco.

Parte de considerar que el presente caso se refiere, en realidad, a la valoración sobre la legalidad de una restricción de derechos, relativos al ejercicio de ciertas libertades entre las cuales figura la de empresa, en tanto se restringe la venta y oferta de tabaco y sus derivados a menores de edad, el suministro de muestras gratuitas a los mismos y la venta en máquinas a los que éstos puedan tener acceso; la libertad de expresión, en tanto se limita la publicidad del tabaco y sus derivados en vehículos rodantes; y el libre desarrollo de la personalidad en la medida en que prohíbe el consumo de tabaco o sus derivados, en cualquiera de sus formas, en varios sitios públicos o abiertos al público que, en todo caso, trascienden el ámbito de lo privado. No obstante, las restricciones de la norma acusada, cabe señalar que la misma establece la posibilidad de que en algunos de tales sitios sí sea posible el consumo de tabaco o sus derivados, en cualquiera de sus formas, siempre que se habiliten zonas al aire libre para los fumadores y se

señale con un símbolo mensaje los lugares donde se prohíbe fumar. También se establece, en caso de inobservancia de las normas aludidas, la imposición de medidas correctivas.

La norma pretende resolver la contradicción del principio de vigencia del interés público, apelando a los fines constitucionales en los cuales se apoya, y ellos son el carácter fundamental de los derechos del niño y en especial, el principio según el cual los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, que encuentra una manifestación en el inciso final del artículo 49 de la Carta, según el cual toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y el de su comunidad; y el numeral 1º del artículo 95 de la Constitución de acuerdo con el cual es deber de la persona y el ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

En este orden, el Concejo de Bogotá, con la expedición de la norma que se acusa, desarrolla valores constitucionales que se expresan en cláusulas de la Carta, lo que brinda a la administración un principio de legitimidad para establecer como contravenciones conductas que lesionan derechos de los menores de edad y que afectan a la salud pública, motivos que respaldan la intervención en la actividad privada de las personas.

Por su parte el interés de la Constitución por asegurar que las restricciones a las libertades se efectúen de manera directa por el legislador se deriva del principio de estado unitario y de la garantía de que sólo un órgano, el legislativo, sea el facultado por la Constitución para imponer tales restricciones.

En este sentido, la Corte Constitucional precisó el contenido del concepto de poder de policía, al señalar que el mismo debe entenderse como la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad, de lo cual se colige que el poder de policía es normativo, legal o reglamentario y corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad, en cabeza del órgano legislativo.

Empero la Corte matizó los alcances de esa afirmación al sostener que la Constitución no establece una reserva legislativa frente a todos los derechos constitucionales ni frente a todos los aspectos relacionados con la regulación de los derechos pues existen ámbitos de los derechos constitucionales en los cuales algunas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de policía subsidiario.

Así, la Corte Constitucional le reconoce a las asambleas departamentales la competencia para ejercer un poder de policía subsidiario pero ese poder no puede extenderse a materias en las cuales la ley no lo haya hecho y exista una reserva legal. Entonces, el juez que valore la validez de tal manifestación del poder de policía debe constatar no sólo que la materia no haya sido ya regulada por la ley sino que respecto de la misma no exista reserva de ley pues la simple omisión legislativa, se insiste, no es argumento suficiente para que la administración regule.

Sobre la limitación a las libertades individuales y públicas de la ciudadanía, como las que son objeto de demanda, señala el a quo, que el numeral 8 del artículo 300 de la C.N., establece como competencia de las asambleas departamentales la de *“dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”*. Debido al carácter sui generis de Bogotá D.C., el numeral 23 del artículo 12 del decreto 1421 de 21 de julio de 1993 dispuso que corresponde al Concejo de Bogotá D.C. *“Ejercer (...) las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a las asambleas departamentales”*, de donde se deriva que en materia de poder de policía el Concejo de Bogotá D.C, goza de las mismas facultades atribuidas en dicho campo por la Constitución a las asambleas departamentales, es decir, le compete a dicha corporación, ejercer poder de policía.

Entonces, si bien debe aceptarse la tesis de que derechos como los restringidos por la norma demandada en principio deben ser objeto de regulación por la ley, no lo es menos que hay aspectos relacionados con la regulación de tales derechos, y más exactamente, ámbitos de los derechos constitucionales mencionados, en los cuales algunas autoridades administrativas sí pueden ejercer un poder de policía subsidiario en especial.

Las restricciones y prohibiciones a las libertades de empresa, expresión y libre desarrollo de la personalidad a las que se viene aludiendo encuentran apoyo en una norma de rango legal que permite la reglamentación del ejercicio de una libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda lo privado, se trata del artículo 7º del Código Nacional de Policía cuyo texto señala:

“Podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda de lo privado”.

Es decir la propia ley prevé la posibilidad de que a través de una norma de carácter reglamentario, no legal, se regule el ejercicio de una libertad en cuanto ella se desarrolle en lugar público o abierto al público, caso de las normas materia de impugnación, y en el caso de la publicidad que se prohíbe, la que se lleva a

cabo en vehículos rodantes, implica, por antonomasia, también ese mismo tipo de sitios.

A renglón seguido, el artículo 8º del Código Nacional de Policía dice que dicha facultad se extiende a las asambleas departamentales cuando señala que éstas “podrán hacerlo en relación con lo que no haya sido objeto de regulación en la ley”.

En estas condiciones, el Concejo de Bogotá, al expedir la norma acusada, no hizo cosa distinta que cumplir con la atribución prevista en los artículos 7º y 8º del Código Nacional de Policía, es decir, contó con suficiente apoyo en la ley para expedir la reglamentación que se impugna. El Concejo de Bogotá D.C., ejerció un poder subsidiario de policía porque así lo establece el propio artículo 8º citado, que permite que el ejercicio de esos derechos, es decir, los relativos a circunstancias de lugar, lugar público o abierto al público, sea regulado mediante reglamento y en ejercicio del poder subsidiario de policía.

Incluso, señala el a quo, que no era necesario que el Concejo de Bogotá emprendiera la tarea de verificar si la regulación de esas conductas había sido regulada por la ley y si tenía reserva de ley, pues el propio legislador le indicó, a través de los artículos 7 y 8 del Código Nacional de Policía, los “aspectos” o “ámbitos” de los derechos constitucionales que podían ser objeto de reglamentación en ejercicio de las competencias de que goza conforme al artículo 300, numeral 8, de la Constitución y 12, numeral 23, del decreto 1421 de 1993 que le confiere ciertas facultades a las asambleas departamentales.

Por otro lado, tampoco puede sostenerse la tesis de que el Concejo de Bogotá D.C., invadió las competencias que le fueron asignadas privativamente por la Constitución al Congreso de la República, pues si bien el legislador a través de la ley 232 de 1995 *“por la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales”*, no dispuso como requisito para el funcionamiento de los establecimientos de comercio en los que se expende tabaco y sus derivados, que los mismos deban tener zonas al aire libre para fumadores, la medida adoptada por el Concejo de Bogotá D.C., no riñe con la Constitución ni con la ley pues estas normas, en materia policiva, le otorgaron un poder subsidiario que le permite dictar normas en todo lo que no haya sido objeto de disposición legal.

En este mismo sentido, debe tomarse en consideración que en la fijación de exigencias para el desarrollo de determinadas actividades concurren diversos ordenamientos normativos expedidos por autoridades que no necesariamente tienen la condición de legislador, siendo un ejemplo el de los establecimientos de

comercio, que por ejemplo, deben someterse a las normas sobre usos del suelo, expedidas por los concejos distritales y municipales.

Además, la norma no prohíbe el consumo de tabaco y sus derivados en algunos de los sitios mencionados en la norma que se demanda. En realidad pretende regular su consumo mediante el establecimiento de zonas al aire libre para los fumadores de manera que el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad resulte compatible con el derecho a la salud de los demás y con el de la libre empresa, toda vez que se permite el ejercicio de la misma bajo las condiciones establecidas en el párrafo primero del artículo 26 que se acusa.

Con respecto al argumento relativo a que el Concejo de Bogotá D.C. prohibió la publicidad del tabaco y de sus derivados a través de vehículos rodantes, facultad que le ha sido conferida privativamente al legislador, el a quo, indica que el Código Nacional de Policía consagra en el artículo 110 que la *“publicidad con fines comerciales podrá ser limitada por reglamento con el fin de que por este medio no sean sorprendidos en su buena fe los compradores o consumidores. El anuncio de productos capaces de inducir a vicio, o nocivos de la salud podrá ser materia de reglamentación y de prohibición”*.

Esta disposición fija, al igual que ocurre con los artículos 7 y 8 del Código Nacional de Policía, un nuevo ámbito en el que se permite el ejercicio del poder de policía subsidiario de que goza el Concejo de Bogotá D.C.

3.3. Segundo Cargo. Falta de competencia del Concejo de Bogotá D.C., para establecer medidas correctivas.

Resume el a quo que el actor consideró que el Concejo de Bogotá se arrogó una facultad sancionatoria que no puede ser establecida mediante reglamento porque de conformidad con la Sentencia C-593 de 2005, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la expresión “o en el reglamento” contenida en el artículo 226 del decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía, de tal manera que las medidas correctivas aplicables a quienes cometan contravenciones solo pueden ser las establecidas por el legislador mediante una ley, circunstancia por la cual las medidas correctivas que deban aplicarse por las autoridades de policía en el Distrito, en materia de contravenciones, son las establecidas por el Código Nacional de Policía, y por ello debe declararse la nulidad del párrafo segundo del artículo 26 del Acuerdo 79 de 2003.

El párrafo segundo demandado remite a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III del mismo Código de Policía de Bogotá, las cuales se refieren a las del artículo 164 del mismo Código.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de los numerales 12 y 13 del artículo 164 del Código de Policía de Bogotá, mediante Sentencia de 2 de noviembre de 2006, contra la que se interpuso recurso de apelación pendiente por resolver.

Como cuestión previa indica el a quo que como el párrafo segundo del artículo 26 del Acuerdo 79 de 2003 es, en realidad, una norma de remisión, en tanto sólo tiene contenido si se lee en función de la norma a la que se remite, así ésta no haya sido expresamente demandada, el estudio de legalidad se debe hacer sobre el artículo 164, pues él contiene las medidas correctivas del Libro Tercero, Título III del Código de Policía de Bogotá D.C.

Ahora, el fallo sobre legalidad a proferir no tiene efectos sino sólo y exclusivamente en relación con las contravenciones del artículo 26, pues no puede extender su alcance a otras hipótesis de aplicación de las medidas correctivas del artículo 164, dado el carácter rogado de esta Jurisdicción.

Al adentrarse en el análisis del cargo, indica el a quo que la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-593 de 9 de junio de 2003, permite advertir que la Constitución, tratándose de la expedición de medidas correctivas de policía fijó la más estricta reserva legal. Tal prevención puede explicarse en el temor de que las autoridades administrativas establezcan medidas correctivas distintas de las que consagra la ley lo cual llevaría a una riesgosa dispersión en el ejercicio del poder punitivo, así sea contravencional, peligrosa para la vigencia de los derechos y las libertades.

Dejar, entonces, a la competencia de las autoridades territoriales este aspecto del poder de policía se consideró contrario a la Carta porque abría un campo para la creación de medidas correctivas sui generis, asunto que afecta las garantías constitucionales del contraventor.

Sin embargo, la limitación planteada por la Corte Constitucional a las autoridades administrativas se orientó, en concreto, a que dichas autoridades pudieran establecer medidas correctivas de policía. Pero cuando, como en el presente caso, las medidas contempladas en el artículo 164 del Código de Policía de Bogotá D.C., son, fundamentalmente, las mismas que prevé el Código Nacional de

Policía, norma con rango legal, entonces no nos encontramos en presencia de medidas correctivas dictadas por el Concejo de Bogotá D.C, sino frente a normas con fuerza de ley que son las contempladas en el Código Nacional aludido.

Con base en esta premisa, el a quo efectúa un cotejo entre las medidas correctivas del Código de Policía de Bogotá D.C., y las del Código Nacional de Policía, del que concluye la negativa de la solicitud de nulidad de las disposiciones demandadas del artículo 164 del Código de Policía de Bogotá y declara la legalidad condicionada de las siguientes expresiones del artículo citado, resumiendo las razones esbozadas por el a quo para el efecto así:

“Numeral 5: de carácter ecológico, de pedagogía ciudadana o de asistencia humanitaria”, en los términos del acápite 2.5; por cuanto esta segunda parte del numeral, ofrece dudas en cuanto a su legalidad pues tal aspecto no se encuentra previsto como medida correctiva en el Código Nacional de Policía. Sin embargo, se ajusta a la legalidad pues las expresiones allí contenidas ejemplifican lo que puede considerarse como obra de interés público.

La medida *“suspensión de autorización”* del numeral 7, en los términos del acápite 2.7; consideró que se ajusta a la legalidad pues es la misma prevista en el numeral 12 del artículo 186 del Código Nacional de Policía: *“La suspensión de permiso o licencia”*. En consecuencia, el numeral 7 del artículo 164 se ajusta a la legalidad en tanto la autorización que se suspenda corresponda, en los términos del Código Nacional de Policía, a suspensión de *“permiso o licencia”*. Dicho de otra manera la medida correctiva en mención debe limitarse a la suspensión sólo de permisos o licencias pues únicamente de esta manera se entiende ajustada a la Constitución.

Numeral 8: *“suspensión de las actividades comerciales”* en los términos del acápite 2.8; y, *“clausura del establecimiento comercial que preste servicios turísticos”* del numeral 11, en los términos del acápite 2.8., señala que en criterio de Bogotá D.C. Secretaría General de la Alcaldía Mayor, los numerales 8,9,10 y 11 del artículo 164 que se refieren, respectivamente, a las medidas correctivas de *“suspensión de las actividades comerciales”, “cierre temporal de establecimiento”, “cierre definitivo de establecimiento”* y la del numeral 11 *“clausura de establecimiento comercial que preste servicios turísticos”* se ajustan a la legalidad porque ellos son asimilables a la medida correctiva del numeral 11 del artículo 186 del Código Nacional de Policía: *“El cierre de establecimiento”*. El Tribunal entra a precisar el significado de los verbos *“cerrar”* y *“suspender”* para inferir que la del numeral 11 se ajusta a la legalidad en tanto se entienda que dicha clausura es temporal y si bien el numeral alude a un tipo especial de establecimiento comercial, el que presta servicios turísticos, lo cierto es que la norma del Código Nacional de Policía no distingue el tipo de establecimiento que podría ser objeto

de la medida consistente en el cierre por lo que, mientras esta sea temporal, se ajusta a la legalidad.

Por otra parte, en relación con los numerales 12 y 13 del artículo 164, referentes a “*retención de los bienes utilizados*” y “*decomiso de los bienes utilizados*”, respectivamente, dispondrá estarse a lo resuelto en la Sentencia de esa Corporación, que declaró su nulidad y se encuentra surtiendo el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

Por último, frente a la pretendida ilegalidad del artículo 26 por la presunta ambigüedad de las expresiones: “5. *No fumar o consumir tabaco en cualquiera de sus formas, en los siguientes sitios: 5.1. Los destinados a actividades culturales, recreativas, deportivas o religiosas que funcionen como recintos cerrados; (...) 5.8. Recintos cerrados públicos y abiertos al público*”, el a quo estima que si bien en materia de contravenciones se aplica el principio de tipicidad de la falta de acuerdo con el cual la conducta objeto de sanción debe describirse en forma clara e inequívoca porque esta es una garantía del debido proceso en materia de derecho sancionatorio, las expresiones que se demandan no dan lugar interpretaciones anfibológicas que conduzcan a una situación de inseguridad jurídica. Se trata de expresiones que deben entenderse, como lo señala el artículo 28 del Código Civil, “...en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...”.

IV. LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante recurre la Sentencia con fundamento en las siguientes razones:

4.1. El artículo 26 del Acuerdo Distrital 079 de 2003 demandado, no es una ley de la República, ni está contenido en una de estas categorías normativas, ley, o decreto con fuerza de ley, previstos por el artículo 150 de la C.N., y siguientes de la Constitución Política.

Los reglamentos de policía dictados por el ejecutivo están sometidos a reserva legal. El artículo 26 del Acuerdo Distrital 079 de 2003: i) establece prohibiciones directas a la ciudadanía en materia de consumo de tabaco en sitios públicos. Restringe las libertades públicas de los fumadores donde no lo ha hecho la ley; ii) limita las libertades públicas de los dueños y propietarios de los establecimientos de comercio donde no lo ha hecho la ley; iii) establece medidas correctivas de policía, contraviniendo el derecho fundamental al debido proceso administrativo,

pues los asuntos relacionados con la potestad punitiva del Estado tienen reserva legal.

4.2. Improcedencia de los reglamentos de policía para restringir las libertades públicas donde no lo ha hecho el legislador.

En un Estado social de derecho como el colombiano, organizado en forma de república unitaria, donde por lo mismo debe prevalecer el principio de igualdad frente a los ciudadanos y las leyes, la seguridad jurídica, el principio de responsabilidad únicamente por la infracción a la constitución y a las leyes, (art. 6º C.N.) y el derecho fundamental al debido proceso, donde nadie puede ser juzgado y penado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, no es de recibo restringir de modo permanente el régimen de libertades públicas a través de reglamentos de policía adoptados por las asambleas departamentales así como por los concejos municipales y distritales.

El apelante cuestiona que el a quo desecha el cargo referido a la falta de competencia del Concejo de Bogotá para regular aspectos de la forma de comerciar y publicitar el tabaco, con el siguiente argumento:

“... En las hipótesis mencionadas la norma pretende resolver la contradicción entre el principio de vigencia del interés público, pues se entiende que con base en él la administración restringió el acceso a los menores de edad al consumo de tabaco prohibió su consumo en determinados lugares y la promoción del mismo a través de determinados medios este principio encuentra fines en los cuales se apoya. Ellos son el carácter fundamental de los derechos del niño y en especial el principio según el cual los derechos de las personas encuentran una limitación en los derechos de los demás...”

El Concejo de Bogotá solamente puede limitar las libertades en relación con: *“...reglamentación de los usos del suelo, control de actividades relacionadas con vivienda; dictar normas relacionadas con el control y defensa del patrimonio ecológico municipal...”*, artículo 313 numerales 7 y 9 de la C.N. Dicha norma no puede ser interpretada tan abiertamente como lo hace el Tribunal para entender que el Concejo de Bogotá puede limitar todas las libertades públicas entre ellas las relacionadas con el consumo de tabaco y sus derivados, así se trate de defender el prurito del interés general.

Para el Tribunal, el Concejo de Bogotá sencillamente tiene competencia para legislar en esta materia porque como el cigarrillo es malo y nocivo para la salud y

las normas constitucionales protegen derechos fundamentales, entonces el Concejo capitalino puede sustituir al legislador.

Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (Art. 121 C.P.). Téngase en cuenta que la Constitución de manera expresa no le atribuye a autoridades públicas administrativas competencias para ocuparse de asuntos propios de la potestad punitiva del Estado, ni de la reglamentación de todas las libertades públicas. Así sean las relacionadas con el cuestionable consumo y comercialización de cigarrillos. Al respecto, reitera la cita a las Sentencias C-097 de 2000 C-1444 de 2000, que señalan la falta de competencia que tienen las autoridades administrativas para restringir las libertades públicas donde no lo ha hecho la ley, así como para crear, modificar o adicionar las sanciones de policía establecidas por el legislador.

El apelante recuerda que había demandado parcialmente ante la Corte Constitucional el artículo 226 el decreto 1335 de 1970, el cual decía: *“La medida correctiva será en cada caso la indicada en la ley o en el reglamento”* y mediante Sentencia C-593 de junio 9 de 2005 declaró inexecutable dicha expresión. El recurrente transcribe varios apartes de dicha Sentencia, de los que se resaltan los siguientes:

“...el poder de policía entendido como la potestad de dictar normas generales que restringen el ejercicio de los derechos fundamentales, radica en cabeza del Congreso de la República.

(...)

En este punto, debe recordarse que la Constitución Política también asigna en forma expresa algunas funciones normativas en materia de policía tanto a las Asambleas Departamentales como a los Concejos Distritales y Municipales. Por una parte el artículo 300-8 de la Carta asigna a las Asambleas Departamentales la función de dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal; por otra, el artículo 313 de la Constitución faculta a los Concejos Municipales para (i) reglamentar los usos del suelo, y (ii) dictar las normas necesarias para controlar, preservar y defender el patrimonio ecológico del Municipio. Ha dicho la Corte (Sentencia C-790 de 2002) que esta atribución normativa en cabeza de las entidades territoriales referidas no puede ser entendida como el reconocimiento a dichas corporaciones de un poder de policía autónomo y absoluto para limitar de manera general derechos y libertades públicas, pues no puede olvidarse que en materia de derechos fundamentales el poder de policía está reservado al legislador, y además porque conforme a lo

dispuesto en el artículo 287 Superior las competencias de las autoridades locales deben ejercerse dentro de los límites de la Constitución y la ley.

(...)

Así las cosas, en la Carta de 1991 ya no es de recibo la tesis de la competencia subsidiaria del reglamento para limitar la libertad allí donde la ley no lo ha hecho y existe reserva legal...”

En contravía de lo señalado en la Sentencia citada considera el a quo que el artículo 7º del Código Nacional de Policía es fuente de poder de policía con la envergadura y fuente suficiente para primar y prevalecer incluso sobre el artículo 313 de la Constitución, el cual define el poder de policía asignado a los Concejos.

So pretexto de reglamentar las libertades públicas y su ejercicio cuando se realicen en sitios públicos, no pueden desconocerse las reservas legales que priman sobre la materia. Los reglamentos de policía no son leyes, están supeditados a las mismas.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca insiste en la sentencia impugnada en sostener y mantener la tesis de la competencia subsidiaria del reglamento para limitar las libertades públicas ciudadanas donde no lo ha hecho el legislador, y existe reserva legal, es decir que todo hueco o vacío normativo dejado por el legislador puede ser llenado por las autoridades administrativas a fin de dar vigencia a cualquier cláusula o derecho sea de carácter constitucional o legal. El Concejo de Bogotá puede legislar donde no lo hace el Congreso, verbigracia el tema del tabaco.

Es decir, el poder de policía lo comparten en igualdad de condiciones el Congreso y las autoridades administrativas sin ninguna diferenciación. Todos pueden reglamentar las libertades públicas, tendencia jurisprudencial regresiva.

4.3. Indica el recurrente que sobre el particular, existe coincidencia de criterios entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional y trae a colación un pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 297 del 10 de julio de 1989, en el que se indaga sobre la competencia del Concejo de Bogotá para dictar el Código de Policía y al respecto señala:

“...sin embargo, como ya se indicó el Concejo de Bogotá debe regular la policía local en todo aquello que no esté previsto en normas legales.”

Si las leyes como el decreto ley 1355 de 1970 han previsto un régimen completo e íntegro contravencional de policía, no tiene ninguna competencia el Concejo de Bogotá para realizar complicaciones o modernizaciones de normas legales al respecto, ni menos para crear otro régimen contravencional autónomo e independiente del establecido por el legislador. Menos aún para establecer limitaciones a las libertades públicas de consumo de cigarrillos y productos derivados del tabaco donde no lo ha hecho la ley, tampoco crear obligaciones adicionales a los establecimientos de comercio ni establecer sanciones al respecto, como en efecto aconteció en el artículo 26 del Acuerdo 079 e 2003.

El apelante también trae a colación una Sentencia de esta Corporación, de 26 de febrero de 2009, Radicado No. 110001-03-24-000-2005-00089-01, M.P., Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, referente al uso de las facultades reglamentarias del Presidente de la República de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la C.N., en la que se acota que los límites de la facultad reglamentaria se desbordan cuando se restringe, amplía o modifica el contenido de la norma objeto de reglamentación, traicionando la voluntad del legislador. El recurrente trae a colación otra Jurisprudencia en similar sentido, de la Sección Tercera, de 3 de diciembre de 2007, Radicado 24715, M.P. Dra. Ruth Stella Correa., de la que resalta que *“el poder reglamentario se encuentra limitado en función de la necesidad de la cumplida ejecución de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ellas sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su reglamento”*.

Se precisa, entonces, que en una norma como la que se demanda, artículo 26 del Código Distrital de Policía, el ejercicio de la potestad reglamentaria no puede desbordar los límites fijados por el legislador, de lo contrario termina el ejecutivo por colegislar, situación inadmisibles a través de reglamentos de policía.

4.4. El apelante subraya que, en la medida en que la demanda gravita en torno a la falta de competencia que tiene el Concejo de Bogotá para establecer “legislar” normas de conducta y preceptos sancionatorios a través de reglamentos de policía como el Acuerdo 079 de 2003, se hace necesario establecer las diferencias entre el poder de policía y la potestad punitiva del Estado.

La potestad punitiva del Estado, puede definirse como el poder de configuración del Estado en materia punible, el cual corresponde constitucionalmente al

legislador. Al respecto cita sentencias de la Corte Constitucional como la C-1080 de 2002 y C-301 de mayo 5 de 1999, que recalcan tal facultad en cabeza del Congreso de la República.

Luego de hacer esa precisión, reitera el recurrente que el poder subsidiario de policía que se confiere constitucionalmente a ciertos organismos del poder ejecutivo, como al Concejo de Bogotá, no contiene elementos esenciales de la potestad punitiva del Estado, y para apoyarse en su tesis, cita la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 21 de abril de 1982, y la Sentencia C-671, acotando esta última que:

“...resulta contraria a esa reserva de ley, la posibilidad de que las medidas correctivas de policía puedan ser establecidas mediante reglamentos generales dictados por las autoridades administrativas, las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales”.

Según la Sentencia impugnada, respecto de las medidas correctivas, no hay mayor ilegalidad por cuanto el Código de Bogotá básicamente repite las medidas consagradas por el legislador, entonces no viola la Constitución.

Dicha interpretación viola el artículo 29 de la Carta Política, por cuanto nadie puede ser juzgado y penado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Es decir, la potestad punitiva del Estado puede ser compartida por el Congreso y el ejecutivo. El Congreso hace la ley sancionatoria, el ejecutivo dicta la contravención, norma de conducta “... no fumar en...” siendo la sanción el cierre del establecimiento de acuerdo a la ley, así la ley no lo autorice.

Concluye que el ejecutivo no puede burlar ni acomodar a sus intereses la voluntad del legislador, ni tergiversar las sanciones, pues las de policía, como señaló insistentemente en el recurso, tienen reserva legal.

V.- MINISTERIO PÚBLICO

Habiéndose notificado del presente proceso al Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, el mismo no emitió concepto alguno dentro del término de traslado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- Según la potestad que tiene el ad quem para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

La norma demandada es el artículo 26 del Acuerdo 073 de 2003, por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D.C, la cual es del siguiente tenor:

“Comportamientos en relación con el tabaco y sus derivados. Los siguientes comportamientos favorecen la salud propia y la ajena:

No vender u ofrecer a menores de edad tabaco o sus derivados;

No suministrar a menores de edad muestras gratis de tabaco en los establecimientos de comercio;

No vender tabaco en máquinas a las que puedan tener acceso menores de edad;

No promocionar tabaco y sus derivados en vehículos rodantes, y

No fumar o consumir tabaco o sus derivados, en cualquiera de sus formas, en los siguientes sitios:

5.1 Los destinados a actividades culturales, recreativas, deportivas o religiosas que funcionen como recintos cerrados;

5.2 Vehículos de servicio público individual o colectivo, aviones, trenes y del sistema de transporte masivo;

5.3 Vehículos destinados a transporte de gas o materiales inflamables;

5.4 Escuelas, colegios, universidades, salones de conferencias, bibliotecas, museos, laboratorios, institutos, y demás centros de enseñanza;

5.5 En restaurantes y salas de cine;

5.6 Hospitales, clínicas, centros de salud, instituciones prestadoras de salud y puestos de socorro;

5.7 Oficinas estatales o públicas;

5.8 Recintos cerrados públicos y abiertos al público;

5.9 Lugares donde se fabriquen, almacenen o vendan combustibles, explosivos, pólvora o materiales peligrosos, en los cuales se debe siempre fijar aviso en lugar visible que advierta sobre la prohibición.

PARÁGRAFO PRIMERO. En todo caso, en los sitios enunciados en los numerales 5.1, 5.4 y 5.5 los propietarios, administradores y dependientes deben habilitar zonas al aire libre para los fumadores y señalar con un símbolo o mensaje los lugares donde se prohíbe fumar.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La inobservancia de los anteriores comportamientos dará lugar a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III de este Código”.

2.- El apelante cuestiona el Fallo del a quo en torno a los siguientes elementos esenciales: i) El Concejo de Bogotá no ostentaba competencia para ejercer poder de policía, entendido como la facultad de regular el ejercicio de las libertades públicas, pues ésta radica en el Congreso de la República. El a quo, por su parte,

indica que la norma es legal, toda vez que tiende a proteger el interés público, y principios fundamentales relativos a la salud, al medio ambiente, y particularmente vela por los derechos del niño, para lo cual, el Concejo de Bogotá sí cuenta con competencia; ii) La potestad punitiva del Estado, dentro de la cual se encuentran las medidas correctivas de policía, tiene reserva de ley. En este punto, el a quo fundamenta la legalidad de las medidas de que trata el Parágrafo Segundo de la norma demandada, en que ellas remiten a las definidas en el Código Nacional de Policía, luego no se están creando medidas correctivas diferentes a las que allí se establecen.

La Sala abordará el estudio de legalidad propuesto por el recurrente, comenzando por evaluar la competencia del Concejo de Bogotá para expedir regulaciones que limitan el consumo y comercialización del tabaco y sus derivados, bajo el amparo de las potestades de policía que cuestiona el apelante; para luego, pasar a decidir sobre la legalidad de las medidas correctivas a que hace referencia el Parágrafo Segundo del artículo 26 demandado.

3.- Es del caso delimitar el concepto de policía al que atañe el asunto bajo examen, pues esta noción puede abarcar diversas acepciones, de forma tal que resulta pertinente establecer el marco de competencia, que en materia de policía, cuestiona el apelante.

Tal como ha indicado la Corte Constitucional³, el concepto de policía tiene varias significaciones en el régimen constitucional colombiano. Denota modalidades de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público. Pero esa limitación toma diversas formas, que el Alto Tribunal, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴, resume así:

“a) El poder de policía es normativo: legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del estado de derecho es, además, preexistente; b) La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Más repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad; c) La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia del ejercicio reglado de la

³ Léase la Sentencia C-924 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Léase la Sentencia de abril 21 de 1982. M.P. Dr. Manuel Gaona Cruz.

fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía, por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.

El caso en estudio, se refiere al ejercicio del poder de policía, como facultad de regular las libertades públicas, potestad que por excelencia, corresponde al Congreso de la República, sin perjuicio de la asignación de funciones en esta materia a otras autoridades, con sujeción a lo que para el efecto disponen la Constitución y la ley. Esta Sección, en Sentencia de 18 de mayo del 2000, Expediente No. 5280, M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, se refirió al ejercicio del poder de policía como:

“...aquella actividad de índole normativa que tiende a reglamentar las libertades y los derechos individuales, a fin de compatibilizarlos entre sí, y con los que corresponden a la colectividad como tal, constituyendo un orden jurídico especial resultante de la sanción de leyes formales, por medio del órgano o Poder Legislativo...”

(...)

El poder de policía ha sido entendido entonces, como la modalidad de la función de policía traducida en competencia para expedir las normas generales, impersonales y abstractas, atinentes al orden público, por lo cual se ha expresado al perfilar sus alcances, que: “Nota característica del poder de policía es la coacción, puesto que conlleva a la restricción, aún por la fuerza, de la libertad individual en aras del bienestar común...”

La misma Jurisprudencia se pronunció sobre las competencias que en materia del poder de policía concurren en el ordenamiento jurídico, y al objeto del mismo así:

“...Esa facultad caracterizada por su naturaleza normativa, que permite limitar en general el ámbito de las libertades públicas, si bien generalmente se encuentra en cabeza del Congreso de la República, excepcionalmente también ha sido radicada por la Constitución Política en autoridades administrativas, “a las cuales se les asigna un poder de policía subsidiario o residual como en el caso de la competencia de las asambleas departamentales para expedir disposiciones complementarias a las previstas en la ley”. La preservación del orden público, entendido no sólo como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas, sino en su acepción más amplia del “bienestar general de la comunidad”, constituye la explicación y justificación del ejercicio del poder de policía. De allí deriva que la finalidad de la medida de policía se orienta a asegurar el orden público y a prevenir la presencia de situaciones que puedan afectar los elementos integrantes del mismo. Bajo esta perspectiva, resulta

evidente que la atribución del poder de policía a las autoridades territoriales parte del principio de inmediatez aplicado al objeto de las regulaciones normativas, esto es, a los aspectos particulares y propios que en cada región delimitan y precisan la noción del “bienestar general”. (Subrayado fuera de texto).

De lo indicado por la Sala, se aprecia la aceptación jurisprudencial de que las autoridades territoriales ostenten un poder de policía en función de las particularidades propias de cada región, pues resulta obvio que no todos los grupos poblacionales consultan las mismas características de convivencia, ni comparten idénticos parámetros de comportamiento, lo que de entrada hace colegir que las normas de policía a nivel nacional contempladas en el Decreto Ley 1355 de 1970, no han de desempeñar la misma finalidad práctica en todas las regiones del País. De ahí, que se establezca un poder de policía, que aunque limitado a lo que no es objeto de reserva de ley, permita a las autoridades territoriales adaptar las regulaciones de policía a las condiciones específicas requeridas en un momento dado, para preservar el orden público y facilitar el ejercicio pacífico de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, en cuanto al poder de policía atribuido al Concejo Municipal de Bogotá, se comparte lo señalado por el a quo, en el sentido que este tiene las mismas facultades otorgadas a las Asambleas Departamentales, en los términos del decreto 1421 de 1993, por el cual se dicta el régimen especial de Santafé de Bogotá D.C, artículos 7 y 12, numerales 18 y 23, cuyo tenor es:

Artículo 7º. Autonomía. Las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital, en lo que fuere compatible con el régimen especial de este último, y sin perjuicio de las prerrogativas políticas, fiscales y administrativas que el ordenamiento jurídico concede al departamento de Cundinamarca.

Artículo 12. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley:

(...)

18. Expedir los Códigos Fiscal y de Policía.

(...)

23. *Ejercer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º del presente estatuto, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a las asambleas departamentales.*

Al respecto, esta Sección se ha pronunciado sobre el ejercicio del poder de policía del Concejo de Bogotá D.C., en Sentencia de 5 de diciembre de 2002, Exp. 7264, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, precisando lo siguiente:

“...No puede alegarse la falta de competencia del Concejo Distrital para expedir la norma cuestionada, pues el artículo 12, numeral 23, del Decreto 1421 de 1993, otorga a dicha corporación la facultad de ejercer las atribuciones que la Constitución y la ley le asignan a las asambleas departamentales, dentro de las cuales se encuentra la de “Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal” (artículo 300 de la Constitución Política).

(...)

“...el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá tiene competencia para expedir reglamentos secundarios o complementarios, los cuales, al tenor del artículo 9° del decreto ley 1355 de 1.970 tienen por finalidad precisar el alcance y lograr la cabal aplicación de los reglamentos autónomos o principales de policía, reservados a la ley (art. 150, núm. 25 de la Constitución); y al Concejo Distrital, que por mandato de los artículos 7 y 12, numerales 18 y 23 del decreto 1421 de 1.993 le corresponden las atribuciones que el artículo 300, numeral 8, de la Constitución le asigna a las Asambleas Departamentales...” (Subrayado fuera de texto).

Nótese que el citado pronunciamiento, aunque hace referencia a que el Alcalde desarrolla la función complementaria de policía, mediante la expedición de reglamentos secundarios, precisa que, dentro de las autoridades que emiten los reglamentos principales o primarios de policía, se encuentra el Concejo de Bogotá D.C., en atención a las normas allí citadas.

Ahora, el parámetro legal que debe obedecer el Concejo de Bogotá al expedir la norma policiva, es el mismo establecido para las Asambleas Departamentales, en el sentido que versa sobre todo lo que no sea objeto de disposición legal, en los términos del artículo 300 numeral 8° de la C.N. Esto supone que, al contrario de lo afirmado por el apelante, el poder de policía que ostenta el Concejo Distrital no se encuentra sujeto a lo dispuesto constitucionalmente por el artículo 313 de la Carta Política⁵, que limita dicha potestad a la regulación de los usos del suelo, control de actividades relacionadas con vivienda y a las normas relacionadas con el control y defensa del patrimonio ecológico municipal, puesto que su potestad en esta materia, como se anotó, es equivalente a la de las Asambleas Departamentales y en consecuencia, su limitación se refiere a aquellas materias que no sean de reserva de ley.

⁵ Referente a los Concejos Municipales en general.

Es así como la Sala debe determinar si limitar el consumo y comercialización del tabaco y sus derivados, constituye una libertad pública cuya regulación sólo compete al Congreso de la República, como sugiere el apelante.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y la de esta Sección, coinciden en señalar que a fin de establecer si una medida policiva es acorde con la legalidad, es menester indagar sobre la proporcionalidad en la limitación del derecho de que se trate, y si la regulación correspondiente es acorde con la consecución del objetivo que se pretende lograr con ella.

La Corte Constitucional en Sentencia C-720 de 2007, M.P. Dra. Catalina Botero, señaló:

El juicio de proporcionalidad parte de la base de que el Estado sólo puede restringir los derechos fundamentales – como el derecho a la libertad personal - cuando tiene razones constitucionales suficientes y públicas para justificar su decisión. En efecto, en un Estado constitucional de Derecho, el poder público no es el titular de los derechos. Por el contrario, el Estado constitucional existe, esencialmente, para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los cuales son titulares, en igualdad de condiciones, todas las personas. En este sentido, ningún órgano o funcionario público puede restringir los derechos fundamentales sino cuando se trata de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción apareja. Cualquier restricción que no supere este juicio carecerá de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser expulsada del mundo del derecho. Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, esta Sección en Sentencia de 26 de marzo de 2004, Expediente No. 8923, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, indicó:

“La medida busca proteger la seguridad y tranquilidad ciudadana, de donde para juzgarla bajo el cargo que le ha sido formulado, es menester ponderarla siguiendo los criterios y principios previstos en el derecho público para valorar las decisiones y actividades policivas, tales como la necesidad, la adecuación de la misma a los fines que se persigue y la razonabilidad de la misma, también conocida como la proporcionalidad en estricto sentido, criterios todos que se engloban en el principio de proporcionalidad en sentido general, consagrados en los artículos 36 del Código Contencioso Administrativo...” (Subrayado fuera de texto).

Las limitaciones a las libertades públicas que cuestiona el recurrente se refieren a las relacionadas con el consumo y comercialización de tabaco, pues en su sentir, esta regulación compete al Congreso de la República, al tratarse de *“una libertad que merece garantías y protección por parte del Estado”*. Así, cuestiona el Fallo del a quo al indicar que *“como el cigarrillo es malo y nocivo para la salud y las normas constitucionales protegen derechos fundamentales, entonces el concejo capitalino puede sustituir al legislador”* (sic).

Es admisible que la regulación en comento recae sobre el ejercicio de una libertad, atinente al consumo y/o venta de tabaco y sus derivados, no obstante, es menester evaluar las medidas conforme a los parámetros que brinda la Jurisprudencia en cita.

De este modo, en cuanto a los primeros numerales del artículo 26, nótese que estos protegen a los menores de edad del fácil acceso al cigarrillo, el numeral 4º, por su parte, es el que se refiere a la publicidad en vehículos rodantes, y el 5º limita el consumo de cigarrillo en determinados sitios, aunque en su párrafo primero establece la posibilidad de adaptar zonas al aire libre para fumadores en ciertos lugares.

Con respecto a las medidas de los numerales 1º, 2º, y 3º, de la norma demandada, para la Sala es evidente que su finalidad es garantizar que los menores de edad eviten el contacto prematuro con un producto del que sobra repetir sus efectos perjudiciales para la salud, de forma tal que se reconoce prevalencia al derecho fundamental a la salud de la niñez, según lo expone con acierto el a quo, en atención a que es la Constitución Nacional en su artículo 44, la que ordena que los derechos de los niños prevalezcan sobre los de los demás⁶.

⁶ Además, el artículo 20 numeral 3º del Código de Infancia y la Adolescencia dispone:

“Derechos de protección. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

En este frente el estudio de proporcionalidad referente a que la limitación a la libertad de vender u ofrecer tabaco y sus derivados a los menores pueda resultar excesiva ante el fin protector perseguido, hace concluir sin mayor esfuerzo, que aquel es superado al ser las medidas razonables, necesarias y útiles siguiendo los criterios expuestos por las Jurisprudencias citadas, puesto que, se reitera, las medidas cuestionadas protegen un derecho de superior rango al de la libertad económica de vender el producto, cual es la salud del menor y ello se logra obstaculizando su acceso al mismo, tal como lo ordenan las normas en comento.

Por otro lado, con respecto a la medida del numeral 4º del artículo 26 del Código de Policía de Bogotá, relativa a *“no promocionar tabaco y sus derivados en vehículos rodantes”*, tampoco se observa transgresión alguna a la Constitución Nacional o a la legalidad, pues es sabido que la publicidad puede ser un eficaz inductor al consumo del producto promocionado, y en este caso, lo que persigue la medida es proteger la salud pública, restringiendo mecanismos publicitarios que inciten a consumir sustancias que claramente atentan contra aquella.

Sobre la posibilidad de establecer restricciones publicitarias en materia del consumo de tabaco, señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-830 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, lo siguiente:

“Uno de los aspectos en que se expresa las libertades económicas es la posibilidad de publicitar los productos y servicios, a fin de incentivar su consumo. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que tanto la publicidad como la propaganda son expresiones de las citadas libertades y que, por ende, logran reconocimiento constitucional como aspectos que integran tales derechos. A este respecto, la Corte ha definido a la propaganda como la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación. A su vez, ha denotado a la publicidad como la propagación de noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito antes indicado.

(...)

“...El legislador previó la prohibición total de la publicidad y promoción del consumo de tabaco, al igual que la restricción del patrocinio en eventos culturales y deportivos, cuando el mismo esté dirigido a la publicidad directa o indirecta de

(...)

3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización...”

productos de tabaco y sus derivados. Estas medidas son compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, puesto que el legislador puede imponer restricciones, incluso a nivel de prohibición, a la publicidad comercial, cuando concurran razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza. En el caso analizado, existe un consenso global acerca del carácter intrínsecamente nocivo de los productos de tabaco y sus derivados, habida cuenta el daño cierto, objetivo y verificable que provoca a la salud de quienes lo consumen y de los fumadores pasivos, al igual que al medio ambiente. Esta comprobación, aunada al hecho que la prohibición legal en comento, (i) no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados; (ii) preserva el derecho de los consumidores a conocer sobre los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes; y (iii) es desarrollo de compromisos suscritos por el Estado colombiano en materia de control de tabaco; permite concluir que las normas analizadas no contravienen las citadas libertades... (Subrayado fuera de texto).

En este orden, la Sala estima que la restricción a la facultad de hacer publicidad por el medio que contempla la norma policiva, es acorde con los lineamientos legislativos, jurisprudenciales e internacionales⁷ en materia del consumo de tabaco, además, es constatable que no se trata de una medida excesiva habida cuenta que el comerciante puede utilizar otros medios de promoción, en la medida que el único instrumento publicitario que aquí se restringe es el que invita al consumo de cigarrillo en vehículos rodantes. Así, el juicio de razonabilidad de la medida se estima también superado, pues además de que ésta no es excesiva, coadyuva a que la exposición del producto al público se vea mermada y en consecuencia, pueda resultar neutralizado su consumo, por lo que es compatible con el fin propuesto.

En lo que respecta a la prohibición de fumar en los sitios que indica el numeral 5º de la disposición demandada, también resulta evidente la protección a la salubridad e interés general asociados a un ambiente sano, que propenda por la preservación de la salud pública. Ahora, si bien se vislumbra una limitación a la libertad de fumar en ciertos espacios, la Sala estima que dicha libertad no es susceptible de protección por parte del Estado, en perjuicio del derecho de los demás a la salud, como surgiría de la exposición del apelante, toda vez que, el respeto por el derecho a gozar de un ambiente sano y que no provoque un menoscabo a la salud pública, prevalece necesariamente sobre la libertad de fumar en los espacios a que alude la norma. Vale la pena traer a colación lo que ha señalado esta Sección con respecto a la posibilidad de restringir ciertas

⁷ Colombia, mediante la Ley 1109 de 2006 adoptó el Convenio Marco de la Organización Mundial Salud OMC, por medio de la cual se aprueba el "Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco", hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003).

libertades públicas por parte del Concejo Distrital, en pro de la preservación del orden público, salubridad y moralidad públicas, mediante Sentencia de 30 de abril de 1998, Expediente No. 3456, M.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz:

“Para la Sala la disposición acusada no es más que la expresión del ejercicio del poder de policía que tienen las autoridades administrativas, en este caso el Concejo de Santafé de Bogotá, D.C., para garantizar la tranquilidad, salubridad, moralidad y seguridad de los habitantes, con miras a preservar el orden público, que es, en últimas, lo que asegura una "convivencia pacífica", cometido éste que postula el art. 2o. de la Carta Política, como uno de los fines esenciales del Estado. En orden a cumplir con dicha garantía deben los Concejos Municipales y Distritales adoptar las medidas de policía necesarias. Pueden limitar el ejercicio de las libertades públicas, entre otras, las relativas al ejercicio del comercio, o restringir el ejercicio de la actividad económica de los particulares dentro del área de su jurisdicción...”

(...)

en ejercicio del poder de policía, se puede, como ya se dijo, imponer restricciones, que en este caso resultan proporcionadas a fin que se propuso el Concejo de Santafé de Bogotá D.C. al expedir el acuerdo acusado, de proteger a los menores, pues tal medida facilita un mayor y efectivo control sobre las actividades desarrolladas en los establecimientos de comercio, con miras a preservar el orden público, salubridad y moralidad públicas...”

Así las cosas, la Sala comparte lo señalado por la Jurisprudencia en cita, toda vez que, la medida cuestionada sacrifica una libertad de menor entidad, cual es la de fumar, frente a la preservación de la salubridad pública por la que propende la norma.

Ahora bien, el examen de razonabilidad referente a que la medida sea proporcional frente al objetivo pretendido, es evidentemente superado, por cuanto, además, se señala que los establecimientos a que aquella alude, adopten lugares al aire libre para que los fumadores puedan ejercer su libertad de fumar, lo cual, dicho sea de paso, es razonable para lograr un equilibrio entre el ejercicio de los derechos de los fumadores y el de las demás personas a disfrutar de un ambiente lo más descontaminado posible de humo de cigarrillo.

De otra parte, el señalamiento del apelante en el sentido de que sólo una ley emanada del Congreso de la República, puede limitar una libertad como la del

consumo de cigarrillo, no es de recibo para la Sala, toda vez que la norma policiva no afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, y tan sólo establece una regulación que, como se indicó, permite equilibrar la libertad que el apelante defiende, frente a los derechos de los demás individuos a gozar de un ambiente sano, en pro de la salubridad pública.

No obstante, y bajo el entendido que el poder de policía atribuido al Concejo de Bogotá debe respetar la observancia a la legalidad, es menester señalar que la ley a la que debe hacer referencia dicho cuerpo colegiado, a la hora de expedir sus reglamentos, es al Código Nacional de Policía de que trata el decreto ley 1355 de 1970, y éste en su artículo 7º señala:

“Podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda de lo privado”.

Es de citar que esta Sección en Sentencia de 29 de abril de 2010, Expediente 2006-02204-01, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, aceptó en el caso de los Alcaldes⁸, que la condición para regular la libertad por parte de la autoridad policiva, es precisamente que trascienda lo privado, en los términos de la señalada norma. Al respecto indicó:

“...Teniendo en cuenta que lo realmente impugnado es la extensión del horario en el artículo enjuiciado a los clubes, es fácil apreciar que esa extensión no es absoluta sino que lo hace justamente bajo dos condiciones o supuestos, como son en primer lugar la condición o supuesto señalado en el artículo 7º del Decreto 1355 de 1970, esto es, “o de modo que trascienda de lo privado”, al establecer claramente que ese horario se aplicará “Así mismo para personas jurídicas” “bajo la denominación de CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES...” (Subrayado fuera de texto).

De este modo, si la facultad de regular ciertas libertades en cabeza de los alcaldes se admite con observancia del referenciado artículo 7º del Código Nacional de Policía, mayor será la razonabilidad jurídica para hacerlo en tratándose de una autoridad que detenta poder de policía en los términos aquí acotados.

Asimismo esta Sección, en Sentencia de 10 de febrero de 2000, Expediente 5434, M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, además de admitir la regulación de la

⁸ Quienes ostentan competencia de función de policía pero no poder de policía.

libertad bajo dicha sujeción normativa, dilucida que tal condición se presenta cuando la regulación traspasa de los límites de lo privado:

“La competencia de las autoridades administrativas para expedir reglamentos de policía está limitada naturalmente por la Constitución y la ley. El artículo 7º del Código Nacional de Policía condiciona el ejercicio de la competencia de las autoridades de policía en los términos de que “Podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda de lo privado”. A contrario, no habrá lugar a reglamentaciones de la actividad ciudadana cuando ésta se mantenga dentro de los límites de lo privado, a menos de que se esté en presencia de un régimen autoritario...”

Así las cosas, es de colegir que el Concejo de Bogotá emitió las normas contenidas en los cinco numerales del artículo 26 y en su párrafo primero, con sujeción a la legalidad, pues las reglas de conducta que allí se regulan necesariamente se desarrollan en lugares públicos o que trascienden el ámbito de lo privado, como se lee de su texto. Además, las regulaciones allí establecidas consultan la proporcionalidad y razonabilidad que reclaman las medidas adoptadas por autoridades policivas, según el lineamiento jurisprudencial citado; y, la competencia en materia de poder de policía atribuida al Concejo Distrital de Bogotá se deriva de que ellas comparten la misma facultad en esa materia de las Asambleas Departamentales, según indica el decreto 1421 de 1993, sin que se hubiere vislumbrado desbordamiento alguno de esa potestad.

4.- Finalmente, en lo que atañe al párrafo segundo de la disposición demandada se observa que ella remite a las medidas correctivas de que trata el libro 3º, título III del Código de Policía de Bogotá, el cual a su turno, hace una transcripción, casi exacta, de las medidas que prescribe el artículo 169 del Código Nacional de Policía.

En efecto, el Código de Policía de Bogotá establece las siguientes medidas:

ARTÍCULO 164.- Clases de medidas correctivas. Las medidas correctivas son:

Amonestación en privado y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana;

Amonestación en público y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana;

Expulsión de sitio público o abierto al público y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana;

Asistencia a programas pedagógicos de convivencia ciudadana y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana;

Trabajo en obra de interés público, de carácter ecológico, de pedagogía ciudadana o de asistencia humanitaria y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana;

Multa;

Suspensión de autorización;

Suspensión de las actividades comerciales;

Cierre temporal de establecimiento;

Cierre definitivo de establecimiento;

Clausura de establecimiento comercial que preste servicios turísticos;

Retención de los bienes utilizados

Decomiso de los bienes utilizados;

Suspensión de la obra;

Construcción de la obra;

Suspensión de los trabajos y obras de la industria minera;

Restitución del espacio público;

Retiro o desmonte de publicidad exterior visual, y

Programas de reducción o mitigación de las fuentes generadoras de contaminantes.

PARÁGRAFO. En el Distrito Capital de Bogotá no habrá medidas correctivas que impliquen la privación de la libertad personal. Los Miembros de La Policía Metropolitana de Bogotá D.C. podrán, como medida de protección, conducir a las personas a los lugares, por el tiempo y con los fines señalados en los artículos 145 y 146 de este Código.

Por su parte, el Código Nacional de Policía señala:

Artículo 186.- Son medidas correctivas:

1o) La amonestación en privado;

2o) La represión en audiencia pública;

3o) La expulsión de sitio público o abierto al público;

4o) La promesa de buena conducta;

5o) La promesa de residir en otra zona o barrio;

6o) La prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público;

7o) La presentación periódica ante el comando de Policía;

8o) *La retención transitoria;*

9o) *La multa;*

10) *El decomiso;*

11) *El cierre del establecimiento;*

12) *La suspensión de permiso o licencia;*

13) *La suspensión de obra;*

14) *La demolición de obra;*

15) *La construcción de obra; y*

16) *El trabajo en obras de interés público.*

17) *El arresto supletorio.*

Por su parte, el a quo efectuó un análisis minucioso, en el que confronta las medidas de ambos cuerpos normativos y se pronuncia con respecto a aquellas del Código de Policía de Bogotá, que si bien implican una leve diferencia frente a las medidas previstas en el Código Nacional de Policía, no representan la implementación de una nueva medida sustancial y distinta frente a las que éste establece. De ahí que el Tribunal declare la legalidad condicionada de las siguientes expresiones del artículo 164 del Código de Policía de Bogotá: “*de carácter ecológico, de pedagogía ciudadana o asistencia humanitaria*” del numeral 5º, en los términos del acápite 2.5.; “*suspensión de autorización*” del numeral 7, en los términos del numeral 2.7.; “*suspensión de las actividades comerciales*” del numeral 8º, en los términos del acápite 2.8; y “*clausura del establecimiento comercial que preste servicios turísticos*” del numeral 11, en los términos del acápite 2.8, agregando que la legalidad condicionada de estas normas produce

efectos exclusivamente en relación con el parágrafo 2º del artículo 26 Código de Policía de Bogotá.

Nótese que el recurrente no cuestiona el análisis comparativo entre las medidas policivas efectuado por el a quo, sino que se limita a argüir que si el Concejo de Bogotá tiene competencias para dictar normas de policía en todo aquello que no esté previsto en las leyes, entonces no tenía competencia para realizar compilaciones o modernizaciones de normas legales existentes, ni menos para crear otro régimen contravencional autónomo del establecido por el legislador en el Código Nacional de Policía. Afirma que ni el constituyente ni legislador le han concedido al Concejo facultades expresas respecto de los asuntos relacionados con la potestad punitiva del Estado.

Para la Sala, el ajuste a la legalidad del parágrafo segundo del artículo 26 del Código de Policía de Bogotá, estriba en que esa remisión a las normas del artículo 164 contenidas en el libro 3º, título III, no representa una inclusión de nuevas y diferentes medidas policivas o autónomas frente a las existentes en el Código Nacional de Policía. En efecto, este cuerpo legal dispone en su artículo 188 lo siguiente:

“Cuando según los artículos 8o. y 10º, el gobierno nacional, las asambleas, los concejos (..) expidieren reglamentos de Policía no podrán estatuir medidas correctivas distintas a las descritas en este decreto”.

Así las cosas, y aunque se reitera que el artículo 164 del Código de Policía de Bogotá no estatuye medidas correctivas nuevas frente a las del Código Nacional de Policía, es de señalar que como el recurrente no cuestionó el análisis confrontativo de cada una ellas efectuado por el a quo, y en virtud del carácter rogado de esta Jurisdicción, la Sala no entrará a abordar tal comparación nuevamente, sino a precisar que el Consejo Distrital, al efectuar esa tarea, prácticamente repetitiva de las medidas del decreto ley 1355 de 1970, no se arrogó potestad sancionatoria alguna, obedeciendo a lo dispuesto por la norma superior arriba transcrita. De este modo, puede entreverse una falta de técnica legislativa al contemplar casi que doblemente una disposición, pero no una indebida atribución de funciones que merezca la declaratoria de nulidad. En consecuencia, tampoco se observa que las medidas, en estricto sentido, remitan al reglamento como lo sugiere el apelante¹⁰, pues en últimas su aplicación normativa corresponde a las medidas correctivas estatuidas en el Código Nacional de Policía.

⁹ El artículo 10º fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 27 de enero de 1977.

¹⁰De ahí que no se esté desconociendo tampoco lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-593 de junio 9 de 2005, que declaró inexecutable la expresión “o en el reglamento” contenida en el decreto ley 1355 de 1970.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

Confírmase la Sentencia apelada

Ejecutoriada esta Providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

