



Honorables

Magistrados Corte Constitucional de Colombia

Magistrado ponente **Alberto Rojas Ríos**

E.S.D

Referencia: Expediente número D-13112 Acción pública de inconstitucionalidad, contra núm. 6 (P) del Art. 140 del Código de Policía.

Demandantes: **Alejandro Badillo y otros.**

Asunto: Intervención ciudadana según el Art. 7 del D. 2067/91.

Jorge Kenneth Burbano Villamarin actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá.** **Javier Enrique Santander Díaz** actuando como ciudadano y **coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre.** Ambos identificados como aparece al pie de nuestras firmas y vecinos de Bogotá, presentamos la siguiente intervención en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991, según el término señalado en auto del 12 de marzo de 2019 y de conformidad con lo establecido en el núm. 1, art. 242 de la ConstPol y el art. 7 del D.2067/91.

A. Normas legales demandadas

Resaltamos los apartes de la norma legal demandada:

Ley 1801 DE 2016

(julio 29)

Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

Resumen de Notas de Vigencia

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 140. COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS AL CUIDADO E INTEGRIDAD DEL ESPACIO PÚBLICO. <Artículo corregido por el artículo 11 del Decreto 555 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Los siguientes comportamientos son contrarios al cuidado e integridad del espacio público y por lo tanto no deben efectuarse:

6. Promover o facilitar el uso u ocupación del espacio público en violación de las normas y jurisprudencia constitucional vigente.

B. Cargos de inconstitucionalidad planteados por los demandantes

Para los demandantes la promoción o facilitación del espacio público regulada por el Código de Policía es exequible solo si cumple con los razonamientos planteados por los libelistas. Según ellos, la norma tiene un amplio margen de interpretación que permite a las autoridades de policía multar tanto al consumidor como al vendedor informal. Estas sanciones son inconstitucionales y deben aplicarse solamente a quienes mediante acciones concretas busquen ocupar, por lo menos arbitrariamente, el espacio público. La norma no se debe interpretar en el sentido de corregir a quien desarrolla en el espacio público una actividad laboral legítima o al consumidor del bien que es proveído por el vendedor ambulante.



C. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre

Apoyamos la conclusión a la que llegan los demandantes. La norma demandada del Código de Policía (en adelante CódPol) es exequible condicionadamente, siempre que se razone sobre dos puntos de análisis -no explicados en la demanda-: a) la política discriminatoria o de censura indirecta y generalizada hacia el vendedor ambulante y en especial a aquellos vendedores informales que si desarrollan su actividad con los permisos correspondientes; y b. las medidas usadas por el poder de policía para restringir la libertad del consumidor a elegir qué y en donde comprar.

Antes de hacer el análisis planteado es necesario interpretar la norma demandada. El núm. 6 del Art. 140 del CódPol establece que promover o facilitar el uso u ocupación del espacio público está prohibido y no debe efectuarse. Promover o facilitar el uso indebido está prohibido pues atenta contra la integridad y cuidado del espacio público. Sin embargo, la prohibición que trae la norma está condicionada. Solo está prohibido promover o facilitar el uso indebido del espacio público si con ello se violan “las normas y jurisprudencia constitucional vigente”. Parece que la condición del núm. 6 está sujeta al principio de legalidad. Solo serán prohibidos y sancionados los usos indebidos del espacio público que fijen las normas y la jurisprudencia. Las preguntas para este caso son varias entre ellas: ¿Qué es usar debida o indebidamente el espacio público? ¿Cuándo la compraventa ambulante es un uso indebido del espacio público? Y también se hace necesario precisar ¿Qué está prohibido por las normas o la jurisprudencia? ¿Qué implicaciones correctivas o sancionatorias tiene comparar o consumir bienes en espacio público? ¿Qué tipo de bienes? ¿Comercializar bienes o servicios en el espacio público qué alcance o restricciones tiene y por qué? ¿Qué norma o jurisprudencia en Colombia prohíbe vender y consumir productos en la calle? Si no están prohibidas ¿Están permitidas? Y si están permitidas jurídicamente ¿Por qué se sanciona con multas y remoción de bienes tanto al consumidor como al vendedor informal -Par.2, Art. 140 CódPol-?

Por ello, solicitamos a la CortConst realizar un ejercicio bajo la teoría de derecho viviente para declarar inexecutable la interpretación que la Policía Nacional le ha dado al Núm. 6 del Art. 140 y a su Parágrafo segundo. Esto es: declarar inexecutable la interpretación del CódPol que sanciona al consumidor ambulante en espacio público; y también, declarar inexecutable la interpretación del CódPol que sanciona al comerciante informal que trabaja con los permisos legales. Por el contrario, solicitamos que se mantenga vigente la sanción policiva solo contra el comerciante informal que promueva o facilite el uso indebido e ilegal del espacio público en forma arbitraria, siempre que la sanción respete el principio de proporcionalidad, siendo necesario y precedente a la imposición de la medida, que las autoridades de policía hayan hecho las verificaciones, conforme a la jurisprudencia constitucional, sobre las especiales circunstancias en que se puedan encontrar los vendedores informales.

1. Invisibilizar al vendedor ambulante estigmatizando su clientela: libertad del elección consumidor ambulante



Multar¹ a quien compra mercancía en la calle es un ejercicio de censura indirecta que afecta tanto la libertad económica del vendedor ambulante, como la libertad de elección del consumidor. La coerción al comprador desacelera y desincentiva la actividad económica del comerciante informal. La sola sanción reprime al comprador convirtiéndolo en un cómplice de algo aparentemente ilegal. Al ser señalado como contraventor, la persona preferirá no volver a comprar al comerciante ambulante pues sabe que allí lo pueden multar. La alternativa lógica sería preferir el comercio formalizado y legal ofrecido en un establecimiento de comercio. La censura indirecta se da por una política prohibicionista contra el consumidor originada en la malinterpretación del ordenamiento jurídico. La política del CódPol busca tratar como delincuente al consumidor solo por comprar en espacio público y obligarlo a comprar solo en mercados regulados. La finalidad aparente de la política es que, si se desincentiva el comercio en los mercados informales, se potencia el mercado formalizado. El mercado formalizado sería el único sitio seguro donde el consumidor no sería multado por comprar un bien o servicio. Nada más arbitrario que esto.

La libertad del consumidor obedece también a lógicas de mercado. El consumidor define qué empresa o servicio prevalecerá en el mercado² según sus necesidades. El consumidor define en el mercado la oferta y la demanda de un bien o servicio³. La soberanía del consumidor en el mercado es una libertad de elección en términos jurídicos⁴.

En Colombia el consumidor tiene derecho a elegir libremente el bien o servicio que requiera⁵. Esa elección está protegida por el principio de buena fe constitucional. Cuando un consumidor elige comprar un bien a un mercader ambulante, este lo hace de buena fe. El consumidor no tiene por qué saber si un vendedor ambulante tiene permiso o no para distribuir sus bienes o si su establecimiento está ubicado en una zona territorialmente no apta. La sanción, como lo veremos, debe ser al comerciante informal que de manera arbitraria incumple la normatividad y solo hasta agotar con las reglas del principio de proporcionalidad. Por tanto, es deber del comerciante informar a su clientela, o por lo menos exhibir, los permisos o autorizaciones institucionales que lo habilitan para comercializar en el espacio público. No hacerlo es una falta contra el deber de información hacia sus consumidores. La omisión del comerciante ambulante no debe ser compensarse atacando al consumidor de buena fe.

Las libertades económicas de consumo-distribución están protegidas y a su vez limitadas: no son libertades absolutas. El estado puede limitar el comercio de bienes o servicios mediante: a. restricciones comerciales; o, b. por políticas prohibicionistas. La primera forma, la restricción, sería sobre aquellos bienes o actividades comerciales sobre la cual el estado reconoce la necesidad de intervenir, pero, respetando la libertad de comercializar y la libertad del consumidor de adquirirla o no. Un consumidor es libre de

¹ Entre las muchas apariciones en medios, se puede buscar: Periódico El Tiempo “¿Es válido que lo multen por comprar una empanada en la calle?”. Cfr.: <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/es-valido-que-lo-multen-por-comprar-una-empanada-en-la-calle-327248> ; Canal Red + “¿Multa por comprar comida en la calle evidencia falta de control de las autoridades?” Cfr.: <http://www.redmas.com.co/bogota/multa-comprar-comida-la-calle-evidencia-falta-control-las-autoridades/>

² RUIZ, Gonzalo. Soberanía del consumidor y libertad de elección en países en desarrollo. Revista de Economía Institucional. Vol. 20, No. 38. Primer semestre. Pág. 71-95.

³ RUIZ, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 73.

⁴ RUIZ, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 77-78.

⁵ Ley 1480 de 2011 -Estatuto del consumidor-. Art. 3. Núm. 1.7.



adquirir, por ej. armas⁶ o alcohol⁷, pero el monopolio y las restricciones comerciales las conserva el Estado y las sanciones se dirigen contra el comerciante o productor, nunca contra el consumidor [A menos que el consumidor lo haga ilegalmente]. La segunda forma, la política de prohibición, la libertad de consumo y comercio no existe pues por política de estado ambas actividades están prohibidas, por ej. El comercio, consumo o uso de estupefacientes, drogas prohibidas o material radiactivo⁸. En este caso la libertad de consumir o vender existe, pero quien lo realice, tendrá consecuencias, por lo general, penales. Esta segunda forma incluso tiene sus matices. Por ej. Consumir estupefacientes no está del todo prohibido: la persona puede consumir lo que desee y lo que su salud me permita. Lo prohibido es por ej., el porte de cantidades no permitidas. Lo que queremos resaltar es que incluso en eventos de estricta prohibición económica no se suele criminalizar al consumidor, en muchos eventos se le respeta.

Las libertades económicas también se pueden limitar según el espacio geográfico. Los planes de ordenamiento territorial (POT) suelen definir qué sitios de un determinado ente territorial se destinan para las actividades comerciales⁹ y en cuales sitios se prohíben ciertas actividades¹⁰. Estas normas, al igual que las descritas anteriormente, tampoco sancionan al consumidor: Pensemos en el Caso del prostíbulo en Chinácota ¿La persona que acudió al prostíbulo que está ubicado cerca de un colegio debe ser sancionado por consumir en un área no permitida por el POT? o ¿La sanción debe ser al comerciante dueño del prostíbulo por ejercer una actividad económica legal pero ubicada territorialmente en un área no permitida?

Resulta difícil creer que el CódPol, y sus interpretaciones por derecho viviente, no respeten las libertades del consumidor. Entendemos que el comerciante informal está restringido por políticas de ordenamiento territorial y que este debe orientarse hacia ellas. Sin embargo, el comercio ambulante existe pues existen consumidores que demandan de esa clase de bienes y servicios que en su mayoría están permitidos a nivel comercial. Es el consumidor quien elige comprar en un mercado ambulante o en uno institucionalizado. Esa elección no es ilegal. Por ello, es inconstitucional atacar al consumidor ambulante y desincentivar el comercio informal estigmatizándolo como una actividad prohibida, más aún en un Estado donde hay desempleo. Ese estigma es censura indirecta. Nuestro punto es que la sanción de policía debe perseguir al comerciante ilegal y no al consumidor de buena fe.

2. El derecho y los “Street markets - Street selling”. Libertades reguladas o prohibicionismo

⁶ El D.2535 de 1993 fija normas sobre armas, municiones y explosivos. Los Art. 2 y Art. 3 establecen que los particulares pueden poseer armas solo si tienen un permiso estatal. La actividad comercial armamentista es exclusiva del estado. Ver: RCN Radio. ¿Qué tan fácil es comprar un arma en Colombia? 05 Mar 2018 - 10:43 Am: <https://www.rcnradio.com/recomendado-del-editor/que-tan-facil-es-comprar-un-arma-en-colombia>

⁷ L. 1816/16. Si bien el monopolio rentístico del alcohol es exclusivo del estado, este lo puede explotar - comercializar- a través de terceros. Solo el estado define quien puede consumir alcohol mediante, por ejemplo, la edad de consumo mínimo.

⁸ El Código Penal regula estos temas. Ver Art. 358 y ss. O el delito de tráfico de estupefacientes (Art. 375 y ss.).

⁹ Ley 338 de 1997 y demás normas sobre ordenamiento territorial como la Ley 232 de 1995 -normas sobre funcionamiento de establecimientos comerciales-.

¹⁰ Ver el caso de la sentencia de Chinácota, plan de ordenamiento territorial y prostitución. Corte Constitucional. Sentencia T-073 de 2017.



Entendida la posición del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional frente al consumidor ambulante, analicemos la posición de los mercaderes ambulantes. Los mercados, ventas y comercio informal están regulados mas no prohibidos. Los estudios sugieren que la incorporación de las economías informales, incluidas las ventas ambulantes, en los planes de urbanización, son esenciales para la buena gobernanza económica y la buena gerencia urbana¹¹.

Una política pública debe regular y catalizar los intereses tanto de los vendedores informales, como la defensa del espacio público. Tal política debe ser reactiva en cuanto a las zonas de venta ambulante y desarrollo urbano; debe proveer facilidades y medidas apropiadas para usar e identificar los espacios de venta ambulante; evitar la imposición de límites numéricos de puestos de venta ambulante sujetos a licencias, y, en cambio, acudir a un servicio remunerado donde los vendedores ambulantes paguen un permiso según la demanda económica que cada zona necesite; volver a los vendedores ambulantes componente esencial de la economía urbana y del desarrollo territorial; promover el auto acatamiento de la ley por parte de los vendedores informales y no políticas prohibicionistas; fomentar las agremiaciones y la participación de estos grupos en la toma de decisiones fundamentales en todos los niveles: desde lo policivo hasta en la administración; implementar planes para los niños vendedores ambulantes; vincular a los vendedores informales y sus familias al sistema de seguridad social¹², entre otros.

En Colombia, la política pública de ventas ambulantes existe y está regulada. Por ejemplo, la Alcaldía de Bogotá en su momento expidió el Art. 2 del D. 098/04¹³. Con esta norma se permitieron las ventas ambulantes o estacionarias siempre que los comerciantes tuvieran un permiso expedido por la autoridad competente. Así, la norma solo prohibía el comercio ambulante o estacionario que no contara con permiso. También existen políticas públicas consolidadas en el documento CONPES No. 3718 de enero 31 de 2012 sobre políticas públicas y espacio público¹⁴. Existen también sentencias que ya han tratado el tema de ventas ambulantes¹⁵.

En conclusión, los mercados y ventas ambulantes informales son legales, están regulados y se rigen por el principio de intervención del estado en la economía informal. Existen muchas fuentes jurídicas que han aportado a este fenómeno social. Sin embargo, solo hasta ahora se propone un escenario constitucional distinto: el consumidor ambulante como posible promotor de usos indebidos del espacio público dentro del mercado informal callejero.

3. El Núm. 6 del Art. 140 Código de policía debe mantenerse vigente, pero interpretarse y aplicarse distinto: principio de proporcionalidad

¹¹ KUSAKABE, Kyoko. Street-vending policies and practices: A case study of Bangkok. Asian Institute of Technology, Pathumthani, Thailand. 2014. Pág. 1. Citando a "Gough, Jamie, Aram Eisenschitz, and Andrew McCulloch (2006). Spaces of social exclusion. Routle"

¹² KUSAKABE, Kyoko. Op. Cit. Pág. 5.

¹³ DECRETO NUMERO 098 del 12 de Abril de 2004 "Por el cual se dictan disposiciones en relación con la preservación del espacio público y su armonización con los derechos de los vendedores informales que lo ocupan".

¹⁴ CONCEPTO DADEP 20171100169321 DE 2017 (Diciembre 18) Ver:
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=75707> y también en:
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46095>

¹⁵ Entre otras: Corte Constitucional. Sentencias C-211/17; T-701/17.



Frente al anterior escenario constitucional, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional propone que las autoridades de policía actúen con proporcionalidad al interpretar el Art. 140 del CódPol. Usar el espacio público de forma indebida debe ser resuelto caso por caso. Las autoridades deben analizar si la persona tiene, conforme a los planes de ordenamiento de cada ente territorial, un permiso para desarrollar su actividad económica. De no tenerlo, la policía debe abrir un proceso de concertación donde oriente al comerciante a legalizar su actividad bien sea adquiriendo su permiso o sugiriendo una reubicación en una zona comercial permitida. En caso de reincidir, y a lo último que se debe llegar, es a multar al vendedor por no actuar conforme a las políticas de reubicación y de reorientación mercantil que cada ente territorial fije con anterioridad a la multa -principio estricto de legalidad-.

El poder de policía debe interactuar armónicamente. Antes de sancionar al consumidor o al vendedor, se debe pensar si las autoridades de policía (Congreso de la República, entes territoriales y cuerpo de policía) tienen una política pública integral para el tratamiento del espacio público versus el mercado informal-ventas ambulantes. La acción coordinada de las instituciones debe establecer mediante normas generales y particulares -como los planes de ordenamiento territorial- los medios para el ejercicio legal del comercio ambulante. El comercio ambulante existe pues el espacio público se encuentra como un foro social tradicional para mercantilizar bienes y servicios.

Es inconstitucional que los comerciantes y consumidores ambulantes sean sancionados con medidas prohibicionistas de actividades comerciales legítimas sin una regulación preexistente que limite tales libertades económicas o mercado¹⁶. El debate desde la teoría jurídica se amplía si se analiza desde la antropología y sociología jurídica. Intentar responder quien acude al comercio informal -migrantes, hombres o mujeres, desplazados, etc.- y porqué lo hace. Entender cuáles comunidades o grupos sociales acuden al comercio ambulante y los intereses que ellos defienden al distribuir sus productos usando el espacio público y no usando un establecimiento comercial.

¹⁶ En Colombia **NO existe ley** que regule el mercado informal. Lo que existen son políticas de recuperación del espacio público y acciones concretas de los entes territoriales para el manejo del comercio ambulante. Esta afirmación se encuentra en la pregunta 4 del CONCEPTO DADEP 20171100169321 DE 2017 (Diciembre 18): “No existe normatividad nacional vigente en Colombia que regule específicamente el tema de las ventas informales en el espacio público”. Han existido proyectos de ley para regular la política pública de ventas informales, ¡pero aún no hay ley! Cfr.: http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-08/P.L.100-2017C%20%28VENDEDORES%20INFORMALES%29_0.pdf



D. Petición

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la H. Corte Constitucional declarar inexecutable la interpretación del Código de Policía que sanciona al consumidor ambulante en espacio público; y también, declarar inexecutable la interpretación del Código de Nacional que sanciona al comerciante informal que trabaja con los permisos legales. Por el contrario, solicitamos que se mantenga vigente la sanción policiva solo contra el comerciante informal que promueva o facilite el uso indebido e ilegal del espacio público en forma arbitraria, siempre que la sanción respete el principio de proporcionalidad.

Del mismo modo, se solicita comedidamente a la Corte Constitucional que tratándose de las normas del Código de Policía y Convivencia, se haga una audiencia pública con la participación de los diferentes actores de la sociedad, con el propósito de lograr una adecuada interpretación de la normatividad de policía, dado que la promoción y divulgación del Código de Policía no ha sido suficiente y efectiva; ante esta falencia seguramente las demandas continuaran y los problemas con la ciudadanía se agudizarán.

De los señores Magistrados, atentamente,

Jorge Kenneth Burbano Villamarin

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

Javier Enrique Santander Diaz

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

C.C. 1014255131. Tel. 3104861528 - Correo: quiqesan@hotmail.com