T-425-92

Sentencia No. T-425/92

ACCION DE TUTELA/ACTO POLICIVO/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Improcedencia

Es procedente la acción de tutela para reclamar la protección del derecho al trabajo que se presume violado por el acto acusado, a fin de que se examine la decisión allí contenida, teniendo en cuenta que se da el requerimiento constitucional de no existir contra ellas un mecanismo de defensa judicial distinto, por cuanto de acuerdo con lo normado en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo "la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley". Por tanto la Resolución impugnada por vía de tutela carece de control jurisdiccional para verificar su adecuación a la normatividad jurídica por disposición expresa del legislador y no puede perseguirse entonces su nulidad ni el restablecimiento del derecho por haber sido asimiladas dichas providencias a actos jurisdiccionales, en atención a que definen la responsabilidad contravencional.

De la interpretación armónica de los postulados mencionados no se puede colegir que desapareció la facultad que tenían los concejos para reglamentar el ejercicio de las actividades que realizan los ciudadanos con fines de explotación económica dentro del respectivo municipio, pues la ley fundamental vigente les reconoce autonomía de gestión para el manejo de los asuntos de interés local con arreglo tanto a ella como a la ley.

Es claro, entonces, que la autonomía administrativa de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro del marco señalado en la Carta y con observancia de las condiciones que establezca la ley (art. 287 C.N.) como corresponde dentro de un Estado de Derecho constituído en forma de República unitaria. Pues dentro de este sistema jurídico político de organización institucional las Corporaciones de elección popular que rigen la vida de las entidades territoriales tiene carácter administrativo y carecen por tanto de potestad legislativa porque ella está concentrada en el Congreso de la República.

PODER DE POLICIA-Límites/JUEGOS ELECTRONICOS/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

El poder de policía, en sus diversas manifestaciones tiene límites claros que se derivan de su objeto específico de mantener el orden público. Sin negar que las autoridades locales sean competentes para establecer algunos gravámenes por la explotación de una actividad económica, esta Corte estima que no es propio de la naturaleza del poder de policía, por cuanto nada tiene que ver con el mantenimiento del orden público en sus diversas manifestaciones, que en su desarrollo se llegue hasta establecer pautas ajenas por entero a dicho orden, como los atinentes a la comercialización de la actividad o servicio de juegos de razonamiento abstracto. Por tanto, se ha producido un desbordamiento o desvío de tal poder que esta Corte no puede ignorar.

LIBERTAD ECONOMICA

Por expreso mandato de la Ley Fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso, como quiera que ellas desbordan el marco propio del orden público cuyo mantenimiento corresponde a las autoridades de policía, por las razones que atrás hemos señalado. Las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, comoquiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio. En consecuencia, en la misma proporción en que se ha ampliado el ámbito de la libertad aludida, se ha reducido proporcionalmente el ejercicio del poder de policía en el contexto específico de la actividad económica.

Esta Corte ve con preocupación que las autoridades locales hagan exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica, las cuales, como en el caso del presente fallo, llegan hasta determinar el lugar y las condiciones de mercadeo de un servicio sin que, de otra parte, haya claridad necesaria acerca de las razones de tales normas.

SALA DE REVISION No 7

EXPEDIENTE T-736

PETICIONARIO: MAURICIO NICOLAS SANCHEZ MOLANO Y FABIO ROJAS ISAZA

MAGISTRADO: CIRO ANGARITA BARON

Santafé de Bogotá, D.C., 24 de junio de 1992

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Jaime Sanín Greiffenstein, Ciro Angarita Barón y Eduardo Cifuentes Muñoz ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de acción de tutela instaurado por Mauricio Nicolás Sánchez Molano y Fabio Rojas Isaza y fallado en primera instancia por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá.

I.ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Nacional y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de selección correspondiente de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia

Por reparto le correspondió el presente negocio a esta Sala, la cual recibió formalmente el expediente el día 17 de marzo del año en curso.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591, esta Sala de Revisión de la Corte entrará a dictar sentencia de revisión.

A. Fundamentos de la acción

En escrito dirigido al Juez Civil del Circuito y por conducto de apoderado judicial, los accionantes manifiestan que con gran esfuerzo lograron construir dos máquinas de video para juegos recreativos y de razonamiento abstracto y las instalaron en un establecimiento comercial que tenía licencia de funcionamiento. Cuando ya estaban operando llegó la Policía y sin orden escrita allanó el establecimiento y se llevó las máquinas de video con los cajones

receptores de las monedas y con el dinero que habían recogido durante los días en que estuvieron trabajando.

Luego de la incautación, la Inspectora de Policía y Tránsito de Chía dictó la Resolución acusada, en la cual se sanciona a los peticionarios por violación del Decreto 46 de 1986 y 73 de 1991, sin señalar por qué razón estimó violadas las normas de carácter local. Por esta razón y sin ser necesario, el apoderado se refiere en términos bastante desobligantes a la Inspectora de Policía.

Prosigue diciendo que contra la Resolución acusada interpuso recurso de reposición, argumentando que el artículo 333 de la Constitución Nacional prohibe a las autoridades administrativas exigir permisos, autorizaciones o requisitos similares, cuando una actividad económica ha sido reglamentada de manera general por el Congreso y que los principios fundamentales deben respetarse antes que las órdenes o resoluciones del alcalde o de los Acuerdos de los Concejos Municipales y que además los juegos de video fueron autorizados por el Decreto 624 de 1989 y la Ley 49 de 1990, como una actividad económica lícita.

Dice que a pesar de los citados argumentos, la Inspectora se negó a reponer la Resolución impugnada, invocando el artículo 338 de la C.N. que en nada se refiere a la materia en discusión, pues consagra la facultad de los Concejos para imponer contribuciones fiscales y en relación con el artículo 333 de la C.N. se arroga la potestad de definir el “bien común” para concluir que los juegos de video no encajan dentro de ese concepto y como corolario de ello se pregunta, que si los juegos de video son contrarios al bien común y al interés social, por qué el Congreso los autorizó y el Presidente sancionó la ley y por qué funcionan en las principales ciudades del país con la venia de las autoridades.

Se refiere despectivamente a la providencia de la Inspectora para señalar que es inconstitucional e ilegal, toda vez que priva a sus representados de un medio de subsistencia lícito pues ellos no estarían en capacidad de competir económicamente en una ciudad como Santafé de Bogotá y además, genera un problema social pues propicia la emigración a las grandes ciudades y las actividades al margen de la ley.

Pide la suspensión inmediata de la Resolución No. 8191 de 1991 que causa perjuicio irremediable a sus representados en su economía, salud y educación y en la de sus familias, que se restablezca su derecho al trabajo, que se requiera a las autoridades de Chía para que

no vuelvan a incurrir en acciones violatorias de sus derechos y se condene a la Inspectora en abstracto al pago de la indemnización por el lucro cesante y el daño emergente.

Como pruebas presentaron fotocopias de la Resolución cuestionada y de la que desató el recurso de reposición.

B. La actuación en la primera instancia

Correspondió al Juzgado Sexto Civil del Circuito conocer de la presente acción de tutela y en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 7o. del Decreto 2591 de 1991 suspendió transitoriamente la aplicación de la Resolución impugnada, mientras se pronunciaba definitivamente sobre la tutela impetrada, por considerar ab-initio que la medida adoptada entorpecía la actividad de los accionantes lesionando su derecho al trabajo.

No obstante, al concluir la actuación denegó la tutela por considerar que los juegos son una actividad económica que ha estado de ordinario sometida al control y vigilancia de la Policía, lo cual no significa que estén prohibidos por norma general; sino simplemente que su ejercicio está reglamentado por las autoridades locales mediante normas dictadas en desarrollo de facultades constitucionales y legales, las cuales para el caso exigen obtener licencia de funcionamiento y pagar los impuestos decretados por el Concejo y por consiguiente los accionantes estaban obligados a cumplir esos dos requisitos.

Finalmente señala el Juez que la Resolución dictada por la Inspectora no es arbitraria porque no prohibe el funcionamiento de los juegos, sino que ordena devolver las máquinas una vez cancelada la multa y tampoco vulnera el derecho de defensa porque dentro de la actuación policiva se oyó en descargos a los sancionados.

Al día siguiente de la notificación del fallo que denegó la tutela, el apoderado pidió complementarlo por considerar que el Juez no se había pronunciado sobre la decisión de la Inspectora que privó de la actividad laboral a sus representados, la cual había glosado inicialmente ese Despacho por ser violatoria del derecho al trabajo y por no haber indicado la razón por la cual se estimaban violadas las disposiciones de la administración municipal en que se basó la multa y censuraba el hecho de que la inspectora se hubiese arrogado la competencia de definir lo que debe entenderse por “bien común”.

En esa oportunidad insistió el apoderado en que los Concejos Municipales no tenían competencia, dentro del nuevo orden constitucional, para exigir requisitos distintos de los establecidos en la ley para el ejercicio de una actividad económica, al tenor de lo dispuesto en los artículos 84 y 333 de la Carta Fundamental y que el conflicto normativo entre las disposiciones municipales y las superiores debía resolverse en favor de éstas en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 4o. ibidem.

El Juzgado advirtió que el peticionario pretendía la revocatoria del fallo y no propiamente su adición y negó la solicitud aduciendo que el pronunciamiento era claro, en cuanto a que el derecho reclamado está reglamentado a nivel local y que los interesados no cumplieron los requisitos exigidos en esa normatividad.

C. La segunda instancia

El apoderado impugnó el fallo con fundamento en los mismos argumentos en que se sustentó desde un comienzo la violación del derecho al trabajo y a la defensa de sus representados, pero el Tribunal del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá inadmitió el recurso por haberse presentado por fuera del término señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Después del reparto del expediente al Magistrado Sustanciador para su revisión, llegó un memorial suscrito por el apoderado judicial, al cual anexa, en fotocopia auténtica, 13 folios correspondientes a la actuación que se surtió en el Tribunal, luego de que éste rechazara el recurso de apelación por extemporáneo.

Los documentos aportados se refieren al recurso de súplica que se interpuso contra la providencia del Tribunal, por considerar que éste incurrió en el error de contabilizar el término para la formulación del recurso de apelación a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia y no de su notificación y sin tener en cuenta que la petición para que se adicionara o complementara dicho fallo interrumpió el término de ejecutoria, el cual debía empezar a contarse de nuevo desde la notificación de la providencia que resolvió la solicitud.

Posteriormente, el apoderado desistió del recurso de súplica por estimarlo improcedente, puesto que la sentencia ya había sido firmada por la Sala y en su lugar interpuso recurso de

reposición. El Tribunal aceptó el desistimiento de la súplica y negó la reposición por no estar contemplada en el Decreto 2591 de 1991.

II.CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. La acción de tutela

La acción de tutela fue consagrada en el ordenamiento constitucional con el claro propósito de garantizar la protección de los derechos constitucionales fundamentales y asegurar su efectiva aplicación frente a eventuales violaciones o amenazas por el ejercicio arbitrario de la función pública o por la acción de los particulares. Es así como, mediante la acción de tutela es posible reclamar la defensa de los derechos que han sido desconocidos por la acción u omisión de las autoridades públicas o vulnerados por la actividad de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o que afecte gravemente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en condiciones de subordinación o indefensión, en las circunstancias que determine la ley.

Según las prescripciones de la Ley Fundamental, la acción de tutela puede promoverse ante los jueces en todo tiempo y lugar a fin de que éstos mediante un fallo de inmediato cumplimiento impartan orden para que el funcionario o el particular contra quien se dirige la acción actúe o se abstenga de hacerlo y así lograr el reconocimiento del derecho lesionado o evitar que se llegue a producir su transgresión.

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confirió el literal c) del artículo 5o transitorio de la Constitución y con la no improbación de la Comisión Especial expidió el Decreto 2591 de 1991 mediante el cual reglamentó la acción de tutela definiendo las competencias generales y especiales y los trámites para su conocimiento y decisión.

Así mismo señalo los principios que deben regir la actuación del juez, entre ellos estableció el de “publicidad”y el de “prevalencia del derecho sustancial”, los cuales armonizan con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución que exige que a éstos mismos principios se sujeten los procedimientos que cumplen los órganos encargados de la alta misión de administrar justicia.

Dispone el Decreto citado en el artículo 37, como regla general, que son competentes para

conocer de la acción de tutela en primera instancia los jueces o tribunales “con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud” y radicó en “el superior jerárquico correspondiente” la competencia para decidir en segunda instancia las impugnaciones que se formulen contra el fallo de tutela, siguiendo los lineamientos legales en materia de competencia funcional, para cumplir con la voluntad del constituyente que si bien quiso que el fallo fuese de inmediato cumplimiento para remediar con prontitud el desconocimiento del derecho o evitar su violación, también fue su propósito consagrar la posibilidad de recurrir esa decisión para precaver eventuales yerros del juzgador en detrimento de los derechos constitucionales fundamentales.

Cabe observar en primer término que las normas sobre competencia establecidas por el legislador para el trámite de la acción de tutela fueron rigurosamente observadas en este caso, toda vez que la acción se tramitó y decidió en primera instancia por el juez 6o Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, quien aúna jurisdicción y competencia para conocer de las acciones de tutela incoadas por transgresiones o amenazas de los derechos constitucionales fundamentales ocurridas dentro de la comprensión territorial del Municipio de Chía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o del Decreto 2270 de 1989 que modificó la división territorial judicial del país y adscribió al Circuito de Distrito Judicial de Bogotá el citado municipio, junto con los de Guasca y La Calera.

De igual manera debe precisarse previamente, en torno a la naturaleza del acto acusado, que se trata de la resolución No 8191 de octubre 31 de 1991, por medio de la cual se impuso sanción de multa a los peticionarios, como culminación de un procedimiento de carácter policivo; decisión que éstos estimaron abiertamente inconstitucional por infracción de los artículos 84 y 333 de la Carta, por haberse dictado en aplicación del Acuerdo 26 de 1986 de Concejo de Chía y del decreto No 46 de 1991 mediante el cual el Alcalde reglamentó el Acuerdo citado.

Contra el acto acusado los interesados interpusieron, por conducto de apoderado judicial, recurso de reposición, siendo éste el único medio posible de impugnación previsto en la ley para controvertir la decisión que pone fin a la actuación policiva.

Considera la Sala que en este caso es procedente la acción de tutela para reclamar la protección del derecho al trabajo que se presume violado por el acto acusado, a fin de que se

examine la decisión allí contenida, teniendo en cuenta que se da el requerimiento constitucional de no existir contra ellas un mecanismo de defensa judicial distinto, por cuanto de acuerdo con lo normado en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo "la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley". Por tanto la Resolución impugnada por vía de tutela carece de control jurisdiccional para verificar su adecuación a la normatividad jurídica por disposición expresa del legislador y no puede perseguirse entonces su nulidad ni el restablecimiento del derecho por haber sido asimiladas dichas providencias a actos jurisdiccionales, en atención a que definen la responsabilidad contravencional.

Para la Sala es evidente que la Resolución acusada, por haber sido dictada dentro de un juicio de policía puede enmarcarse dentro de la excepción prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, puesto que por medio de ella se sanciona la infracción al Decreto 46 de 1991 y dada la procedencia de la acción de tutela, es posible asumir la revisión de la decisión del juez y resolver si es del caso aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de las normas que le sirven de sustento legal, dando aplicación preferente a las normas constitucionales que se consideran quebrantadas, en guarda del principio de supremacía del orden constitucional claramente establecido en el artículo 4o de la Constitución política.

B. Otros instrumentos de protección de los derechos

La Carta vigente reordenó el Estado con propósitos de eficiencia para el logro de la prosperidad general, amplió los cauces de participación democrática en las distintas instancias de decisión que afectan la vida de la Nación garantizó el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y estableció todo un sistema para la efectiva protección de los derechos de los asociados.

Dentro del capítulo 4o del Título II denominado precisamente, "De la protección y Aplicación de los derechos" consagró la presunción de buena fé, ordenó la aplicación inmediata de los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40; institucionalizó junto con la acción de tutela, la acción ciudadana para exigir el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, las acciones populares para la protección de intereses colectivos, la responsabilidad civil del Estado por

daños de sus agentes, delimitó el ámbito de responsabilidad de los funcionarios civiles y militares y estableció la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenciones internacionales que reconocen derechos humanos y prohiben su limitación en estados de excepción.

Dentro de este catálogo de mecanismos orientados a la protección y efectividad de los derechos, debe destacarse el interés de dotarlos de la coercibilidad necesaria para hacerlos exigibles cuando no sean acatados espontáneamente por las autoridades públicas o los particulares, para evitar que su consagración en la carta se convierta en un simple enunciado teórico y desciendan de ese plano a la realidad cotidiana.

Entre las distintas formas de defensa de los derechos y actividades que desarrolla el grupo social está la prohibición contenida en el artículo 84 en el sentido de que cuando determinada actividad o derecho haya sido reglamentado de manera general, las autoridades no podrán exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. De igual manera el artículo 333 en armonía con el texto citado dispuso, en relación con la actividad económica y la iniciativa privada, que ellas son libres dentro de los límites del bien común y que “para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.”

De la interpretación armónica de los postulados mencionados no se puede colegir que desapareció la facultad que tenían los concejos para reglamentar el ejercicio de las actividades que realizan los ciudadanos con fines de explotación económica dentro del respectivo municipio, pues la ley fundamental vigente les reconoce autonomía de gestión para el manejo de los asuntos de interés local con arreglo tanto a ella como a la ley.

Es claro, entonces, que la autonomía administrativa de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro del marco señalado en la Carta y con observancia de las condiciones que establezca la ley (art. 287 C.N.) como corresponde dentro de un Estado de Derecho constituído en forma de República unitaria. Pues dentro de este sistema jurídico político de organización institucional las Corporaciones de elección popular que rigen la vida de las entidades territoriales tiene carácter administrativo y carecen por tanto de potestad legislativa porque ella está concentrada en el Congreso de la República.

(Las consideraciones anteriores están contenidas, en lo sustancial, en la ponencia original del

Dr. Jaime Sanín Greiffenstein, que la Sala acoge)

La Sala estima necesario ocuparse de las relaciones entre el poder de policía que ejercen fundamentalmente las autoridades locales, y la libertad económica, como principio de rango constitucional, para examinar cuales son los límites que aquél puede imponer a ésta.

C. El poder de policía

Como es bien sabido, el poder de policía administrativa general consiste en un conjunto de actividades administrativas que tienen por objeto la expedición de reglas generales y de medidas individuales necesarias para el mantenimiento del orden público.1 Es, pues, una específica forma de actividad administrativa que obedece al principio de que la actividad de los particulares tiene límites necesarios que se imponen a través de la ley en aras de la convivencia social.

Es de señalar que las medidas de policía administrativa que limiten las libertades individuales sólo son regulares en cuanto tengan por objeto exclusivamente la preservación del orden público. Aunque la delimitación exacta del contenido de esta noción es bastante difícil por su carácter contingente y evolutivo, tradicionalmente se ha considerado que el orden público se manifiesta en la tranquilidad, en la seguridad y en la salubridad y que se encamina a evitar perjuicios individuales o colectivos, provocados por desórdenes, accidentes, atentados a la salud y a la higiene pública.

La doctrina destaca que el orden público se determina en función de circunstancias locales que en un momento determinado pueden desencadenar riesgos o problemas. Por eso mismo son las autoridades municipales las encargadas de mantenerlo, por su cercanía a los administrados y porque la noción misma de poder de policía se construye a partir de factores esenciales de la vida comunitaria que se manifiestan primordialmente en la órbita municipal.2

Ciertamente la protección de la moralidad pública concierne también a la policía administrativa, comoquiera que no es más que la prolongación de la protección de la tranquilidad. Pero la competencia de las autoridades de policía en esta materia no las autoriza en ningún caso para instituir un orden moral en abstracto sino para actuar anticipadamente y evitar que se afecte el orden público mediante problemas o desórdenes

concretos, tal como lo señalan algunos autores3 .

Este carácter fundamentalmente preventivo de la policía administrativa la distingue de la policía judicial encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público una vez que ellos hayan ocurrido. La distinción entre ambas policías es importante no sólo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se funda algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido4.

Sin querer ignorar esta compleja naturaleza, es lo cierto también que el poder de policía, en sus diversas manifestaciones tiene límites claros que se derivan de su objeto específico de mantener el orden público. Es así como de la misma manera que no puede pretenderse la ejecución de un contrato mediante una medida policiva, tampoco puede hoy imponerse limitación alguna a la libertad económica sin autorización de la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 333 de la Carta vigente.

Cuando objetivas consideraciones de mantener el orden público (con el contenido y alcance que atrás hemos señalado) hagan indispensable la regulación del espacio público, es claro que las autoridades locales podrán reglamentar la ubicación de los bares, cantinas, droguerías, farmacias, salones de belleza, panaderías, teatros, heladerías, almacenes, casinos, cementerios, iglesias y otros establecimientos. No en vano, al municipio le corresponde por mandato constitucional ordenar el desarrollo de su territorio (Art. 311) y a los Concejos reglamentar los usos del suelo (Art. 313 #7).

Con todo, en uso de sus facultades, las autoridades de policía local no pueden regular la marca de los licores que se expendan en los bares, o de los productos que se utilicen en los salones de belleza, como tampoco impedir que se vendan drogas genéricas en las droguerías, o disponer que solo se proyecten películas de color en los teatros de los barrios residenciales.

Menos aún, imponer normas acerca del grado de diferenciación de un producto o servicio o de los métodos o procedimientos más adecuados para su comercialización, tal como ocurre en el presente caso.

D. Los juegos electrónicos

Por virtud de lo anterior es menester aquí considerar someramente la naturaleza de la explotación de máquinas de juegos electrónicos de video a la luz del articulo 333 de la Carta y, en particular, del concepto de bien común.

Obra en el expediente la consideración de que los juegos electrónicos constituyen una actividad lícita regulada por la ley gravada con el valor al impuesto agregado IVA (Decreto 624 de 1987 y ley 49 de 1990)

Igualmente se menciona en el expediente el Decreto No 46 de abril 4 de 1991, expedido por el Alcalde Especial de Chía, como la norma que establece los requisitos para el funcionamiento de las máquinas de video en el municipio de Chía y su compatibilidad con el artículo 333 de la Carta.

Por su naturaleza, este tema es de obligada referencia:

"ARTICULO PRIMERO.- Modifíquese el artículo 4 del decreto No 73 de 1990 (Agosto 3) el cual quedará así:

ARTICULO CUARTO.- Sólo podrá concederse permiso de funcionamiento de los juegos permitidos y de los juegos electrónicos para los instalados en locales dedicados exclusivamente a la explotación comercial de los mismos. En estos establecimientos o locales no se permitirá el expendio o comercialización de otros productos o servicios. La infracción a esta norma acarreará como pena al cierre temporal del establecimiento y su reincidencia, la cancelación y retiro definitivo del permiso de funcionamiento."

ARTÍCULO SEGUNDO.- En los establecimientos comerciales ubicados en el Municipio de Chía y con permiso o licencia de funcionamiento para realizar actividades diferentes a los de juegos permitidos y/o juegos electrónicos, queda prohibida la instalación de equipos, máquinas o mesas de juegos mecánicos o electrónicos. La infracción a esta norma acarreará como pena el cierre temporal del establecimiento y en caso de reincidencia el retiro definitivo del permiso o licencia de funcionamiento."

Por expreso mandato de la Ley Fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso, como quiera que ellas desbordan el marco propio del orden público cuyo mantenimiento corresponde a las autoridades de policía, por

las razones que atrás hemos señalado.

En consecuencia esta Corte declarará inaplicable por violación del artículo 333 y 84 de la Constitución, el artículo cuarto del Acuerdo 26 de 1986 emanado del Concejo Municipal de Chía, que dice que “sólo podrán concederse permisos de funcionamiento de los juegos permitidos y de los juegos electrónicos para locales dedicados exclusivamente a la explotación comercial de los mismos.” Igualmente, y por las mismas razones, se declararán inaplicables los artículos primero y segundo del decreto numero 46 de 1991, emanado del Alcalde Especial de Chía, cuyo texto ya se ha reproducido en esta misma providencia.

E. La libertad económica

Puesto que en el expediente obran elementos que indican que la actividad de los peticionarios y de la cual se deriva su queja consiste fundamentalmente en ofrecer al público el servicio de uso de máquinas de video para juegos recreativos y de razonamiento abstracto instaladas en un establecimiento comercial que tiene licencia de funcionamiento, es preciso establecer aquí si en alguna manera la conducta de la policía vulnera la libertad económica consagrada como pilar básico del régimen económico en la Carta vigente.

Es por ello que estimamos pertinente hacer aquí unas someras consideraciones acerca de la noción, límites, antecedentes y posición del Constituyente de 1991 acerca de la aludida libertad.

La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio.

Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social.

En términos más generales, la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y, particularmente, por el establecimiento de monopolios o la calificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales.

Esta presencia estatal puede manifestarse también en empresas industriales y comerciales o sociedades de economía mixta.

El contenido y alcance de la libertad económica en el ordenamiento nacional ha sido fruto de un proceso con diversas etapas y características cuyos hitos fundamentales referiremos someramente para los efectos de este fallo.

La Carta de 1886 no consagró expresamente esta libertad. Su existencia se infería del contenido del artículo 39 sobre libertad de trabajo.

La reforma constitucional de 1910 estableció los monopolios estatales como arbitrio rentístico.

Haciéndose eco del constitucionalismo social presente en las constituciones mexicanas de 1917 y española de 1934, a partir de 1936 el Estado colombiano intervino para racionalizar la actividad económica y proteger a los trabajadores. En consecuencia, se transformó en el sujeto activo promotor del aprovechamiento racional de los recursos disponibles.

En una etapa más de la creciente afirmación de la libertad económica, el Constituyente de 1968 la consagró bajo la forma de libertad de empresa e iniciativa privada. (Art. 32)

Con fundamento tanto en sus antecedentes como en el texto vigente del artículo 333 de la Carta, esta Corte considera que el Constituyente de 1991 quiso perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado, precisar la responsabilidad del Estado y dotarlo de nuevos y más eficaces instrumentos para el logro de la equidad social.

“la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.- Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.”

Con la única modificación del verbo conllevar que figuraba en el texto original por el verbo suponer que aparece en la versión finalmente aprobada, una simple confrontación de textos permite afirmar que los dos incisos corresponden exactamente al texto recomendado en su informe- ponencia para primer debate en plenaria por la Comisión Quinta de la Asamblea

Nacional Constituyente, la cual los explicó y justificó poniendo de presente que:

“al referirse a la actividad económica de manera general se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal. No obstante, y a pesar de estar contenida en el término de actividad económica, la Comisión quiso mantener de manera expresa el concepto de iniciativa privada.

Al establecer que el ejercicio de esa libertad no requiere permiso previo ni requisitos, salvo en casos taxativamente enunciados en la ley por razones de interés social, salud y seguridad públicas, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación (excepciones consagradas en el último inciso del artículo), la consolida y la hace expedita, al abolir las vallas y obstáculos de carácter puramente burocrático que hoy dificultan su plena realización, sin que medien justificaciones apropiadas vinculadas con la defensa del interés general”5

En virtud de todo lo anterior esta Corte concluye que las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, comoquiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio. En consecuencia, en la misma proporción en que se ha ampliado el ámbito de la libertad aludida, se ha reducido proporcionalmente el ejercicio del poder de policía en el contexto específico de la actividad económica.

Así las cosas, sólo resta determinar si en el caso materia del presente fallo es o no admisible una limitación de carácter policivo de la actividad económica de los peticionarios. Lo cual nos lleva a ocuparnos una vez más de los juegos recreativos y de razonamiento abstracto.

El ámbito de los juegos electrónicos es bastante amplio. Se puede incluso hacer una clasificación de los mismos. Los hay caseros, que se compran para conectarlos al respectivo televisor, y los hay comerciales, para colocar en establecimientos. Estos últimos son los que popularmente se conocen como “maquinitas”. También los hay insertados en los computadores personales.

En el campo específico de las “maquinitas”, también existen, desde el punto de vista cualitativo, diversas clasificaciones.

Hay algunas que son prácticamente casinos electrónicos, en los que el único factor que juega es el azar, como aquellas en que se hunde un botón para que salga una determinada combinación de figuras. Esas deben ser reglamentadas, como todo juego en el que el azar sea el único factor de triunfo.

Pero la mayoría de las “maquinitas”, destinadas al público infantil y adolescente, (aunque cautiven también a los adultos), contienen juegos retadores, que motivan a los aficionados a ellas a resolver problemas. Los obliga a usar el cerebro y pensar creativamente. Desarrollan las habilidades sicomotrices del jugador, y permiten un ejercicio de destreza, pues ante varias alternativas, el jugador, con su habilidad manual, escoge la que le permita continuar en el juego. Este tipo de maquinitas son, en realidad, computadores didácticos y recreativos por excelencia.

Como se ve, desde el punto de vista de la moralidad, estos instrumentos de recreación son por lo menos neutrales, y, en la mayoría de los casos, cumplen una útil función de complemento educacional, pues en ellos interactúa el jugador con la maquina de manera activa y consciente. La televisión, por ejemplo, es mucho menos instructiva pues sólo invita a la pasividad frente a la pantalla, sin que por eso solo pueda calificarse de inmoral o atentatoria contra el bien común.

Esta Corte, a la luz de las anteriores consideraciones, ve con preocupación que las autoridades locales hagan exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica, las cuales, como en el caso del presente fallo, llegan hasta determinar el lugar y las condiciones de mercadeo de un servicio sin que, de otra parte, haya claridad necesaria acerca de las razones de tales normas. De permitir esta tendencia, no estaría lejano el día en que a nivel local, cuando menos, se viera frustrada en lo esencial la ampliación de la libertad económica que quiso expresamente favorecer el Constituyente de 1991. Hay pues que recoger esa voluntad y hacerla prevalecer por sobre toda otra consideración circunstancial no autorizada por la ley. Puesto que la mencionada conducta vulnera el derecho a la libertad económica que, como antes se vió, tiene carácter fundamental, esta Corte concederá la tutela y en consecuencia revocará la sentencia que la denegó.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO.- Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, el diecisiete de enero de 1992, por la cual se negó la tutela formulada por Mauricio Nicolás Sánchez Molano y Fabio Aníbal Rojas Isaza.

SEGUNDO.- Declarar la inaplicación, por inconstitucional, del artículo cuarto del acuerdo 26 de 1986, emanado del Concejo Municipal de Chía, y de los artículos primero y segundo del decreto numero 46 de 1991, emanados de la Alcaldía Especial de Chía.

TERCERO.- Conceder la tutela formulada por Mauricio Nicolás Sánchez Molano y Fabio Rojas Isaza contra las resolución 81-91 de Octubre 31 de 1991, emanada de la Inspección Municipal de Policía y Tránsito de Chía, por la cual se sancionó a los peticionarios de esta tutela.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR que cese la aplicación de dicha resolución, y por tanto, que se restituya a los peticionarios las máquinas de video juego.

QUINTO.- ORDENAR que por secretaría se comuníque esta decisión al Juez sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, en la forma señalada en el artículo 36 del Decreto 2591 y para los efectos allí previstos.

Cópiese, comuníquese, insértese en la Gaceta Constitucional y cúmplase.

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN

-Salvamento de voto-

CIRO ANGARITA BARON EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado Magistrado

Salvamento de voto Sentencia No. T-425

CONCEJO MUNICIPAL-Facultades/PODER DE POLICIA (Salvamento de voto)

Considero que los reglamentos municipales en materia de orden público, esto es, de policía, tienen amplio respaldo constitucional y legal y son, además, fundamentales para la preservación de bienes invaluables para la persona humana y para la comunidad, que no pueden minimizarse, como lo hace el voto de mayoría, por su enceguecimiento ante lo que representan el orden, la tranquilidad, la moralidad y la seguridad públicas que este caso envuelve y que tienen un importante impacto en la formación de personas en periodo de su desarrollo básico.

No solamente la ley en forma directa sino también otros ordenamientos legítimos y dentro de su competencia legal pueden regular los puntos dichos, como ocurre, por su misma función y finalidad, con la normativa de policía en los precisos campos que le corresponden, fuera de que la libertad económica está sometida a restricciones "cuando así lo exija el interés social", que comprende obviamente el orden policivo.

JUEGOS ELECTRONICOS-Regulación (Salvamento de voto)

Las exigencias de un permiso y de que las maquinitas funcionen en un local aparte sin concurrencia de otras mercancías o servicios, especialmente destinado para ellas, son medidas ampliamente justificadas porque son instrumentos indispensables para el debido y necesario control de estos juegos, cuya dispersión en toda clase de sitios, aún en un gran número de pequeñas tiendas y almacenes, hace imposible su atención por las autoridades; esto tiene que ver sobre todo con el control de las personas que frecuentan estos sitios para proteger el desarrollo moral y la formación de hábitos y costumbres en los menores y para que no se engañe al público; piénsese, además, en lo que pasaría si se permite que estos aparatos sean instalados en sitios donde no deben estar las personas que generalmente los usan, como en cantinas, casinos y lupanares.

Comedidamente me permito salvar el voto en la sentencia T-425 que resolvió la acción de tutela intentada contra una resolución de la Inspección de Policía y Tránsito de Chía por los señores MAURICIO NICOLAS SANCHEZ MOLANO y FABIO ROJAS ISAZA.

Aunque comparto las consideraciones generales que en la sentencia se hacen con respecto al poder de policía y a la libertad económica, discrepo de la forma como tales criterios se

aplican al caso concreto y, por lo tanto, de la decisión.

En efecto, considero que los reglamentos municipales en materia de orden público, esto es, de policía, tienen amplio respaldo constitucional y legal y son, además, fundamentales para la preservación de bienes invaluables para la persona humana y para la comunidad, que no pueden minimizarse, como lo hace el voto de mayoría, por su enceguecimiento ante lo que representan el orden, la tranquilidad, la moralidad y la seguridad públicas que este caso envuelve y que tienen un importante impacto en la formación de personas en periodo de su desarrollo básico.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, es obvio que cuando el artículo 84 de la Constitución, en guarda del principio de legalidad, elemento esencial del estado de derecho, prohibe solicitar imperativamente a los gobernados condiciones adicionales a las establecidas en los reglamentos generales, no alude específicamente y de manera excluyente a los dictados sólo por el legislador, sino que comprende también todas aquellas reglamentaciones que en desarrollo de la ley o con su autorización, dicten otras autoridades en ejercicio de las facultades de regulación que les han sido reconocidas como propias en el ordenamiento fundamental.

Igual puede decirse del artículo 333 ibídem que, en lo que importa, prohibe que la libertad económica se limite mediante la exigencia de permisos o requisitos “sin autorización de la ley”, lo cual deja bien en claro que no solamente la ley en forma directa sino también otros ordenamientos legítimos y dentro de su competencia legal pueden regular los puntos dichos, como ocurre, por su misma función y finalidad, con la normativa de policía en los precisos campos que le corresponden, fuera de que la libertad económica está sometida a restricciones “cuando así lo exija el interés social”, que comprende obviamente el orden policivo.

Entonces, viniendo a las autorizaciones que la ley puede otorgar conforme a tales normas, pueden citarse las siguientes que son compatibles con la Constitución de 1991, según lo dicho: la que encomienda a los Concejos “arreglar la policía en todas sus ramos” (art. 93, Decreto 1333, 86, Código de Régimen Municipal); la que defiere estas cuestiones al reglamento policivo cuando dispone que “la regulación del ejercicio de ciertas actividades ciudadanas no reservadas por la constitución y la ley, corresponde al reglamento de policía

mientras el legislador no lo haga", dentro, por supuesto, de su función, (art. 13-a, Decreto 1355, 70, Código Nacional de Policía); y, ya para el caso concreto, las siguientes de este último estatuto: la que manda que "cuando la ley o el reglamento de policía subordine el ejercicio de una actividad a ciertas condiciones o al cumplimiento de determinados requisitos, dicha actividad no podrá ejercerse sino mediante el correspondiente permiso otorgado previa la comprobación de aquellos o el cumplimiento de éstos", (art. 15 ibidem), así como que "los establecimientos comerciales requieren permiso para su funcionamiento. El permiso se otorgará, en cada caso, de acuerdo con las prescripciones señaladas en los reglamentos de policía local" (art. 117, ibidem).

Porque el suscrito magistrado no tiene dudas sobre la constitucionalidad de estos reglamentos, aún a la luz de los artículos 84 y 333 de la Carta Política, celebra que en la sentencia se diga que "las actividades que conforman dicha libertad (económica) están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social", que, agrega este salvamento, son materias propias, con sujeción a las normas superiores, del reglamento de policía.

Desgraciadamente, no obstante, para concluir, el fallo dice: "Esta Corte, a la luz de las anteriores consideraciones, ve con preocupación que las autoridades locales hagan exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica, las cuales, como en el caso del presente fallo, llegan hasta determinar el lugar y las condiciones de mercadeo de un servicio sin que, de otra parte, haya claridad necesaria acerca de las razones de tales normas".

Por el contrario, para el suscrito Magistrado es claro que las exigencias de un permiso y de que las maquinitas funcionen en un local aparte sin concurrencia de otras mercancías o servicios, especialmente destinado para ellas, son medidas ampliamente justificadas porque son instrumentos indispensables para el debido y necesario control de estos juegos, cuya dispersión en toda clase de sitios, aún en un gran número de pequeñas tiendas y almacenes, hace imposible su atención por las autoridades; esto tiene que ver sobre todo con el control de las personas que frecuentan estos sitios para proteger el desarrollo moral y la formación de hábitos y costumbres en los menores y para que no se engañe al público; piénsese, además, en lo que pasaría si se permite que estos aparatos sean instalados en sitios donde no deben estar las personas que generalmente los usan, como en cantinas, casinos y

lupanares.

Creo que con esta decisión se ha creado en Chía un grave problema social.

Fecha ut supra.

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN

Magistrado

1 Cfr. Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo, 9a edición, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1987, p. 191

2 Cfr. Vidal Perdomo, Jaime. op. cit. p. 91

3 Cfr. Dupuis Georges et Guedón Marie Jose, Institutions Administratives. Droit Administratrif. Armand Editeur, París 1986. p. 389.

4 Cfr. ibidem p. 391

5 Cfr. Gaceta Constitucional No 80, Bogotá D.E, jueves 23 de Mayo de 1991, p.91