C-024-94

Sentencia No. C-024/94

POLICIA JUDICIAL-Concepto/POLICIA JUDICIAL-Funciones

La noción de Policía Judicial es el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. La concepción moderna de la Policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces. Si bien es cierto que la Policía Nacional por mandato constitucional cumple funciones de Policía Judicial en forma permanente, así como otros servidores públicos según lo dispone el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, sus funciones se deben cumplir bajo la dirección y coordinación del Fiscal General y sus delegados.

PODER DE POLICIA-Límites/ABUSO DE AUTORIDAD

En un Estado social de derecho, el uso del poder de policía -tanto administrativa como judicial-, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía. El ejercicio de la coacción de policía para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico puede constituir no sólo un problema de desviación de poder sino incluso el delito de abuso de autoridad por parte del funcionario o la autoridad administrativa.

DOMICILIO-Definición/DOMICILIO-Inviolabilidad

La definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así más que a un espacio físico en sí mismo al individuo en su seguridad, libertad e intimidad. La Constitución estableció entonces una estricta reserva legal en materia de libertad personal e inviolabilidad

de domicilio, por lo cual estos derechos no pueden ser limitados sino por la ley. En lo relacionado con el allanamiento de domicilio es importante precisar el alcance del artículo 28 Transitorio de la Constitución, pues éste no sólo faculta a las autoridades de policía en forma temporal para proceder a la privación de la libertad por los hechos punibles sancionados con pena de arresto, sino a todas las medidas propias de su competencia en el conocimiento de tales hechos punibles. Por lo tanto el allanamiento y el registro de domicilio podrán seguir siendo temporalmente ordenados por la autoridad administrativa en desarrollo del proceso del que deben continuar conociendo.

PRIVACION DE LA LIBERTAD-Competencia de autoridades judiciales

El artículo 116 de la Constitución establece los organismos que administran justicia en Colombia. Y para efectos de la privación de libertad, esta facultad está restringida a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a las Salas Penales de los Tribunales Superiores -incluido el Tribunal Militar-, a los Jueces de la República en lo penal, a la Fiscalía General de la Nación y excepcionalmente al Senado cuando ejerce funciones de juzgamiento. Son entonces éstas las autoridades facultadas, por regla general, para expedir órdenes de allanamiento o de privación de la libertad.

ALLANAMIENTO SIN ORDEN JUDICIAL/FLAGRANCIA

La única hipótesis en que la práctica de una detención preventiva autoriza constitucionalmente un allanamiento sin orden judicial es cuando la persona se resiste a la aprehensión y se refugia en un domicilio, puesto que el caso se asimila entonces a una flagrancia y la urgencia de la situación impide la obtención previa de la autorización judicial.

DETENCION PREVENTIVA-Alcance

Como la Constitución de 1991 consagró como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, es necesario que la Corte establezca criterios que precisen los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28, puesto que ésta no implica una posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales sino que es una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional, a saber “el

mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

DETENCION PREVENTIVA-Motivos fundados

Los motivos fundados son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención. El motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado.

DETENCION PREVENTIVA-Necesariedad

La detención preventiva debe ser necesaria, esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuáles no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz. Por eso, sólo en aquellos casos en los cuáles se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación judicial o cuando la demora implique un peligro inminente, podrá la autoridad policial proceder a una detención preventiva sin orden judicial.

DETENCION PREVENTIVA-Finalidad

La detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta. Es pues una aprehensión material con estrictos fines de verificación a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación.

DETENCION PREVENTIVA-Límite temporal

La detención preventiva tiene un límite máximo que no puede en ningún caso ser sobrepasado: antes de 36 horas la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

DETENCION PREVENTIVA/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La aprehensión no sólo se debe dirigir a cumplir un fin preciso -verificar ciertos hechos o identidades- adecuadamente comprendido dentro de la órbita de las autoridades de policía sino que además debe ser proporcionada. Debe tener en cuenta la gravedad del hecho y no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona.

HABEAS CORPUS

Se aplica plenamente el derecho de Habeas Corpus como una garantía del control de la aprehensión, puesto que el artículo 30 señala que éste se podrá invocar "en todo tiempo". Por consiguiente, todo ciudadano que considere que ha sido objeto de una detención gubernativa ilegal tiene derecho a invocar el Habeas Corpus.

PRIVACION DE LA LIBERTAD POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA/NORMA TRANSITORIA/ALLANAMIENTO DE DOMICILIO/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA

Frente a la nueva Constitución Política, concluye la Corte que ninguna autoridad administrativa podrá imponer pena de privación de la libertad, excepción hecha de la situación temporal prevista en el artículo 28 Transitorio de la Constitución. La Constitución Política de Colombia es celosa en la guarda de la libertad personal y no es un azar que el artículo 28 establezca como condición esencial para que a una persona se le prive de su libertad, el que sea un funcionario judicial quien la decrete, con la rigurosa observancia de las demás exigencias que allí mismo se señalan. La Corte Constitucional procederá en cada caso a declarar la constitucionalidad de las normas acusadas que atribuyan a las autoridades de policía la facultad de privar de la libertad a las personas e imponer penas de arresto; pero se trata de una constitucionalidad condicionada puesto que ella se fundamenta en el artículo 28 transitorio, por lo cual sólo opera hasta tanto el legislativo expida la ley que le confiera por vía definitiva a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionados actualmente con pena de arresto.

PRIVACION DE LA LIBERTAD-Causales fijadas en reglamento de policía

La Constitución establece una estricta reserva legal en materia de libertad personal, por lo

cual un mandamiento de captura sólo puede fundarse en motivos previamente definidos en la ley en sentido formal y no en una norma administrativa aun cuando ésta sea general. No pueden entonces las ordenanzas de las Asambleas ni los reglamentos de policía establecer causales de privación de la libertad, por cuanto ésta es una órbita privativa del legislador.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Ineptitud sustantiva/SENTENCIA INHIBITORIA

El actor no cumplió el requisito del artículo 2 numeral 3 del Decreto 2067 de 1991 que ordena al demandante precisar las razones por las cuales considera violada la disposición acusada. En tal aspecto hubo ineptitud sustancial de la demanda. En tales circunstancias, en virtud del artículo 241 de la Constitución, que consagra de manera expresa y limitativa las funciones de la Corte Constitucional al decir que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo, entender entonces que la norma no ha sido demandada y, no estándole permitido a la Corte pronunciarse de oficio en este caso, se declarará inhibida al respecto.

COLABORACION CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA/TESTIGO-Aprehensión

La obligación de declarar debe surgir de la conciencia del ciudadano de cumplir voluntariamente con el deber de colaborar en el esclarecimiento de una investigación. Es una responsabilidad que incluso constitucionalmente se encuentra protegida (CP art. 250-4). Ahora si el testigo no desea colaborar con la administración de justicia, contrariando así la Carta, la policía podrá aprehenderlo y conducirlo inmediatamente al funcionario responsable de la investigación preliminar, el cual deberá recibirle el testimonio en el acto o convocarlo a futura declaración. En todo caso, el testigo no podrá ser retenido por más de doce (12) horas.

REGISTRO ADMINISTRATIVO CON FUNCION PREVENTIVA

Como los registros administrativos con funciones preventivas no habilitan para la obtención de pruebas en materia punitiva, en principio no podrá el ciudadano oponer la reserva judicial a los mismos, siempre y cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y éstos se efectúen en protección de valores superiores, como la vida o la dignidad humana, dentro del marco restringido y cuidadoso que se le debe dar al allanamiento como medio de policía.

PREDIO RUSTICO/ALLANAMIENTO/SERVIDUMBRE DE TRANSITO

La servidumbre de tránsito permite el paso de toda persona que requiera utilizar una determinada propiedad privada. Pero si su actuar va más allá del simple uso del predio para el tránsito, como el registro o el allanamiento por la facilidad con que se ingresa, esto ya constituiría violación del domicilio por circunstancias no consagradas en la Constitución Política. Luego una cosa es ingresar y otra es allanar. La primera se sigue por este articulo 84. La segunda por las normas pertinentes, de conformidad con el artículo 28 superior.

ORDEN PUBLICO/CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO

El orden público es hoy en todos los países occidentales el ejemplo más claro de lo que hemos llamado un concepto jurídico indeterminado: no puede ser una facultad discrecional de la administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público, o amenaza de la misma, o incluir el más inicuo de los actos de la vida privada entre los actos contrarios al orden. Y por ello por razones muy simples: porque el criterium central que hemos utilizado para separar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, la unidad de solución justa, se cumple en el caso con fácil evidencia: una misma situación no puede ser a la vez conforme y contraria al orden.

REF: Expediente N° D-350.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 56 (parcial), 57 (parcial), 62 (parcial), 64, 70 (parcial), 71 (parcial), 78, 79, 81 (parcial), 82, 84, 102 (parcial), 105 (parcial) del Decreto Ley 1355 de 1970, y los artículos 111 y 118 del Decreto Ley 522 de 1971.

Actor: Alirio Uribe Muñoz.

Magistrado Sustanciador:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Aprobado por Acta Nº5 de la Sala Plena.

La Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia integrada por su Presidente Hernando Herrera Vergara y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El Código Nacional de Policía, Decreto 1.355 de 19701 , parcialmente modificado por el Decreto 522 de 19712 , fue expedido por el Señor Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 16 de 1968.

Contra algunos de los artículos de dicho Código fue presentada una demanda de inconstitucionalidad en la Corte Constitucional, por parte del ciudadano Alirio Uribe Muñoz, radicada con el No. D-350. El día 24 de junio fue repartido proceso por la Sala Plena al Magistrado Alejandro Martínez Caballero para su sustanciación. Surtidos los trámites constitucionales y legales, entra la Corporación a decidir por medio de esta sentencia.

1. Normas demandadas, normas vulneradas y concepto de violación.

En este capítulo se considerarán las normas acusadas por el actor -en negrillas- y las razones que aduce para aseverar que se conculca la Constitución.

1.1. Artículo 56.

Artículo 56. Nadie puede ser privado de la libertad sino:

a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente; y

b) En el caso de flagrancia o cuasiflagrancia de infracción penal o de policía.

El Actor estimó que el artículo anterior es contrario a derecho "por cuanto la orden no proviene de cualquier autoridad, sino de autoridad judicial", evento que no se presenta en la disposición antecitada.

1.2. Artículo 57.

Artículo 57. Todo mandamiento de captura debe fundarse en ley o en reglamento de policía.

La anterior norma, según el ciudadano Uribe Muñoz, viola la Carta "por cuanto las causales de privación de la libertad no pueden estar fijadas en reglamentos de policía, ya que por mandato constitucional sólo la ley puede establecer los eventos en los cuales por vía excepcional se limita o restringe la libertad de los ciudadanos".

1.3. Artículo 62.

Artículo 62. La policía está obligada a poner al capturado dentro de la siguiente hora hábil a la de la captura a órdenes del funcionario que la hubiera pedido en su Despacho o en el respectivo establecimiento carcelario, descontando el tiempo del recorrido o el de cualquier demora debida a circunstancias insuperables.

Cuando se trate de orden administrativa la captura se realizará en hora hábil; si es inhábil se mantendrá al requerido en su casa hasta la primera hora hábil siguiente.

Excepcionalmente en materia penal, la policía puede disponer hasta de 24 horas para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura. Cuando ello ocurra dará inmediatamente aviso a la autoridad que solicitó la captura.

El accionante consideró que el artículo 62 "es manifiestamente contrario al artículo 28 de la C.N. … se debe tener en cuenta que en la Nueva Carta se eliminó la 'retención administrativa' que plasmaba el artículo 28 de la Constitución derogada, que facultaba al gobierno para privar de la libertad a sus opositores políticos con una discrecionalidad autocrática".

1.4. Artículo 64.

Artículo 64. Para la aprehensión del reo ausente, de condenado o de prófugo se tendrá como suficiente petición de captura el requerimiento público.

El ciudadano Uribe Muñoz entendió que "es evidente que si las autoridades diferentes a la judicial y sólo en la medida que investiguen delitos pueden librar ordenes de captura, cosa diferente es el deber de informar a las autoridades para que éstas en virtud de orden judicial le den captura, pero no puede el 'requerimiento público' suplir una 'orden de autoridad judicial'."

1.5. Artículo 70.

Cuando el contraventor no fuere capturado sino citado para que comparezca más tarde, a los testigos se entregará la orden de comparendo con el mismo plazo. El testigo que no cumpla esta orden deberá ser capturado.

Acerca del artículo 71, el actor afirmó que "viola la Constitución en su artículo 28 por cuanto autoriza a llevar los testigos por la fuerza, y también que se pueden capturar los testigos que no cumplan con una orden de comparendo".

1.6. Artículo 71.

Artículo 71. Con el sólo fin de facilitar la aprehensión de delincuentes solicitados por autoridad competente, la policía previa venia del alcalde del lugar, podrá efectuar capturas momentáneas de quienes se hallen en sitios públicos o abiertos al público.

Esta operación se ejecutará en sitios urbanos o rurales predeterminados.

Las personas contra quienes no exista petición de captura deberán ser puestas inmediatamente en libertad, a menos que su identificación se dificulte, caso en el cual la captura podrá prolongarse hasta 12 horas.

El impugnante consideró que la disposición antecitada "autoriza a la policía para practicar capturas momentáneas con la venia de los alcaldes en sitios públicos o abiertos al público, pudiendo prolongar esas capturas hasta por 12 horas... es violatorio del artículo 28 de la

C.N.”

1.7. Artículo 78.

Artículo 78. La policía y demás funcionarios a quienes la ley faculte expresamente para allanar domicilios o sitios cerrados donde se ejerzan actividades privadas, podrán hacerlo, pero sólo a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La norma anterior conculca la Carta, según el actor, “por autorizar a la policía y a otros funcionarios indeterminados para ordenar registros domiciliarios o allanamientos, facultándose a autoridades administrativas o de la rama ejecutiva del poder público para ordenar esos allanamientos”.

1.8. Artículo 79.

Artículo 79. El mandamiento de registro de domicilio o sitio no abierto al público será la providencia escrita en donde se exprese con la mayor precisión el lugar de que se trate, los fines del registro, el día y la hora para llevarlo a cabo y la facultad de allanar en caso de resistencia.

El artículo 79, afirmó el actor, transgrede el Estatuto Superior porque “faculta a autoridades diferentes a la judicial y sin mandamiento escrito, y que si el morador se opone puede ser capturado”.

19. Artículo 81.

Artículo 81. Modificado por el Decreto 522 de 1971, artículo 111. Cuando una persona sea sorprendida en flagrante violación de la ley penal y al ser perseguida por la policía se refugiare en su propio domicilio, los agentes de la autoridad podrán penetrar inmediatamente en él con el fin de aprehenderlo.

Si se acoge a domicilio ajeno la policía podrá penetrar en él, haciendo uso de la fuerza si fuere necesario, sin exhibir mandamiento escrito y previo requerimiento al morador. Si este se opone, podrá ser capturado y conducido ante la autoridad competente para que se le inicie la investigación penal a que haya lugar.

El ciudadano Uribe Muñoz sostuvo que el precepto antecitado viola la Constitución "en la medida de que autoriza a entrar en domicilio ajeno sin orden judicial y sin mandamiento escrito".

1.10. Artículo 82.

Artículo 82. Los jefes de policía podrán dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de domicilios o de sitios abiertos al público, en los siguientes casos:

a) Para capturar a persona a quien se le haya impuesto por funcionario competente pena privativa de la libertad;

b) Para aprehender a enfermo mental peligroso o a enfermo contagioso;

c) Para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública;

d) Para obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento;

e) Cuando sea necesario indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de acueducto, energía eléctrica, teléfonos u otros servicios públicos.

f) Para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía;

g) Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidentes o calamidad.

El accionante adujo que "viola el artículo 28 de la C.N. por ordenar capturas y registro al domicilio sin autorización judicial".

Artículo 84. Si por razón del servicio fuere necesario penetrar en predio rústico cercado, la policía podrá hacerlo, pero procurará contar con la autorización del dueño o cuidandero del terreno.

Esta norma también se acusa por los mismos motivos que las anteriores.

1.12. Artículo 102.

Artículo 102. Toda persona puede reunirse con otras o desfilar en sitio público con el fin de exponer ideas e intereses colectivos de carácter político, económico, religioso, social o de cualquier otro fin lícito.

Con tales fines debe darse aviso por escrito presentado personalmente ante la primera autoridad política del lugar. Tal comunicación debe ser suscrita por lo menos por tres personas.

Tal aviso deberá expresar día, hora y sitio de la proyectada reunión y se presentará con 48 horas de anticipación. Cuando se trate de desfiles se indicará el recorrido prospectado.

Inciso 4º Modificado. Decrt. 522 de 1971, art. 188. Dentro de las 24 horas siguientes al recibo del aviso la autoridad podrá, por razones de orden público y mediante resolución motivada, modificar el recorrido del desfile, la fecha, el sitio y la hora de su realización.

Si dentro de ese término no se hiciere observación por la respectiva autoridad, se entenderá cumplido el requisito exigido por la reunión o desfile.

1.13. Artículo 105.

Artículo 105. La policía podrá impedir la realización de reuniones y desfiles públicos que no hayan sido enunciados con la debida anticipación.

Igualmente podrá tomar la misma medida cuando la reunión o desfile no cumplan los objetivos señalados en el aviso.

Acerca de los artículos 102 y 105, el actor consideró que "son manifiestamente inconstitucionales por restringir un derecho fundamental que por mandato constitucional no tiene limites, y que puede por vía de excepción ser limitado por una ley estatutaria donde se determine en forma expresa los casos en que hay lugar a restricciones".

1. 14 Fundamentos generales de la violación.

El actor considera infringidas las siguientes normas constitucionales: el Preámbulo, la función de las autoridades de la República (art. 2º), la primacía de los derechos inalienables de la

persona (art. 5º), la libertad de opinión (art. 20), la libertad de locomoción y domicilio (art. 24), la libertad e inviolabilidad del domicilio (art. 28), los derechos de la persona aprehendida en flagrancia (art. 32) y el derecho de reunión (art. 37).

Los siguientes son los fundamentos esgrimidos por el demandante para demostrar en cada caso la violación de dichos artículos:

a) Violación del derecho a la libertad y a la inviolabilidad del domicilio: el ciudadano Uribe Muñoz sostiene que "en una democracia constitucional es inadmisible toda captura cuyo presupuesto no sea, según el caso, el mandamiento judicial o la situación de flagrancia. Nada justifica ni legitima el prendimiento de personas que ni se hallan en flagrante delito ni tienen en su contra una orden individualizada de aprehensión".

Considera que con fundamento en el artículo 28 de la Constitución, no es cualquier autoridad la que puede ordenar una captura sino que solamente puede dictar órdenes de captura la autoridad judicial y, como la única autoridad judicial que conoce de los delitos y hechos punibles son los que administran justicia en lo penal, son solamente las autoridades judiciales en lo penal los competentes para ordenar la captura de un ciudadano, exceptuando los casos de flagrancia; en los demás casos las otras autoridades judiciales como los jueces civiles, laborales o magistrados de lo contencioso administrativo y demás tampoco serían competentes para librar órdenes de captura.

Con la nueva Constitución son requisitos para privar de la libertad a una persona, o para practicar un registro de domicilio, los siguientes:

a) La expedición de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

b) La observancia de las formalidades legales.

c) La existencia de un motivo previamente establecido en la ley.

Manifiesta el demandante que en un informe presentado en 1991 por la Procuraduría General de la Nación, en lo referente a las desapariciones forzadas, dice: "CONDUCTA: privación arbitraria de libertad, en lugares clandestinos o carentes de control jurisdiccional, donde se busca ocultar el paradero de las víctimas. SUJETO ACTIVO: funcionarios públicos, generalmente agentes de seguridad del Estado, o por particulares que actúan con su

anuencia o a su servicio. SUJETO PASIVO: Cualquier ciudadano en razón de su actividad política, social o profesional, o con el fin de atemorizar a terceras personas o a grupos bien definidos.

Es importante hacer cumplir el mandato constitucional y las garantías establecidas en el artículo 28 de la Constitución, para evitar los abusos y desafueros que se venían cometiendo por parte de la policía con la venia del alcalde o sin ella, además porque en el nuevo marco constitucional se le da gran relievancia a los derechos humanos, y estas facultades de policía que son manifiestamente inconstitucionales no le hacen bien a un Estado de Derecho; por el contrario estimulan la violación de los derechos humanos por los organismos de seguridad del Estado.

b) Fines esenciales del Estado. Los artículos demandados contrarían los fines esenciales consagrados en el artículo 2º de la Constitución que garantizan la efectividad de los principios, derechos y deberes, al igual que señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger a los nacionales en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. El actor en particular se refiere al derecho a la libertad frente a la detención por parte de las autoridades de policía.

c) En relación con el artículo 5º de la Carta Fundamental, se viola porque las disposiciones del Código de Policía desconocen la primacía de los derechos inalienables de la persona, que en el caso de autos sería la libertad, la intimidad personal y familiar, la reunión y manifestación pública y pacífica.

d) Frente al artículo 20 que consagra el derecho de reunión y de manifestación pacífica como medios para expresar de manera libre las ideas, pensamientos y opiniones, de informar y recibir informaciones, aunque no sean los mecanismos más idóneos sí constituyen para sectores débiles un medio eficaz de llegar a sectores sociales y de opinión con una tesis determinada, o para poner en conocimiento de la opinión pública o de las autoridades determinada situación o incluso dar a conocer propuestas para soluciones del mismo.

La nueva Carta Constitucional en el artículo 37 establece dentro de los derechos fundamentales el de “reunirse y manifestarse pública y pacíficamente”, y además faculta al legislador para que por medio de la ley establezca de manera “expresa” los casos en que pueda limitarse el ejercicio de ese derecho.

e) Respecto al artículo 24, que garantiza el derecho de circular libremente por el territorio nacional, si bien este derecho tiene límite en el derecho ajeno a que se respete su privacidad o intimidad, no es igual frente a zonas públicas o vías públicas, las cuales todos tenemos derecho a usufructuar individualmente o en grupo.

f) Se viola el artículo 32 que autoriza no sólo a las autoridades sino también a los particulares para capturar al delincuente sorprendido en flagrancia y con el deber de ponerlo a disposición del juez competente, e igualmente autoriza a penetrar en domicilio ajeno para su captura pero con la venia de su morador. Considera el actor que en las normas impugnadas rebasan el marco previsto en la Constitución, porque autoriza captura de personas por "sospechas" o sin ellas, al arbitrio de la autoridad. Lo mismo ocurre con el allanamiento del domicilio sin orden judicial.

2.1. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional.

El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de Señor Ministro Rafael Pardo Rueda, interviene en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

Respecto del artículo 56 del Decreto 1355 de 1970 considera el Ministro que "el hecho de que la norma señale el requisito de mandamiento escrito de autoridad competente para que una persona pueda ser privada de la libertad, guarda perfecta consonancia con el artículo 28 de la Constitución Política, ya que, la norma acusada no hace referencia específica a ningún tipo de autoridad, sino que la remite a la competente".

Con relación al artículo 57 expresa que esta norma tampoco es contraria al mandato constitucional, porque los Reglamentos de Policía pueden perfectamente contener los mecanismos, o más bien, los medios de policía indispensables para el cumplimiento de las funciones que por competencia constitucional le corresponden a la Policía Nacional.

El artículo 58 guarda perfecta armonía con el espíritu del artículo 28 de la Carta, pues debe entenderse que para que una persona sea aprehendida por la Policía y privada momentáneamente de su libertad, ha mediado la orden correspondiente expedida por la

autoridad competente. Lo anterior lo refuerza el inciso 2º del precitado artículo 28, al establecer un término de 36 horas para que la Policía ponga a disposición de la autoridad competente a la persona detenida preventivamente.

El artículo 62 también es concordante con lo dispuesto por el artículo 28 y las razones expuestas sobre la constitucionalidad del artículo 58 son perfectamente aplicables a este artículo.

Frente al artículo 64, expone el Ministro que las situaciones jurídicas que contempla la norma (reo ausente, condenado y prófugo), presuponen la orden de autoridad competente exigida por el artículo 28 de la Carta, siendo ilógico pretender la reiteración de ésta y por ello el requerimiento público no pasa de ser una comunicación o informe a la autoridad policiva para que ejecute esa orden.

Es tan cierto lo anterior, que si el inciso 2º del artículo 28 de la Constitución Política permite que la persona detenida preventivamente pueda ser puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes a su aprehensión, con mayor razón, el mandato debe operar para aquellas personas que ya tienen su situación jurídica definida por la autoridad respectiva. De no ser así, la Fuerza Pública no podrá cumplir con el mandato constitucional de que tratan los artículos 2º y 218 de la Carta y la ciudadanía quedaría completamente desprotegida y a merced de la delincuencia, ante hechos de notoriedad pública que ponen en peligro la estabilidad social.

Sobre la constitucionalidad del artículo 71 expresó que de conformidad con el artículo 218 de la Constitución, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, es decir, que su función es eminentemente preventiva. Por lo tanto, siempre se ha considerado que una de las formas más eficaces para evitar la consumación de hechos punibles, ha consistido en la retención momentánea de personas con el único fin de establecer su identificación y antecedentes.

Los artículos 78 y 79 se refieren a la función de Policía Judicial de la Policía Nacional, por mandato del artículo 250, numeral 3º de la Carta Fundamental. Teniendo en cuenta que los artículos emanados aluden a mandamiento escrito de autoridad competente, las citadas

disposiciones se ajustan perfectamente a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución.

El artículo 82 que faculta para practicar el allanamiento, según concepto del Ministro, es una disposición que va más allá de la protección de un derecho fundamental y se concentra en la defensa del bien general, pues las situaciones que se regulan en el artículo 82 constituyen casos extremos, en donde la no actuación de la Policía acarrearía el incumplimiento del artículo 2º y 218 de la Carta, en detrimento del bienestar del conglomerado social.

En cuanto al artículo 84, éste debe ser analizado en concordancia con el artículo 218 de la Constitución, que le permite a la Policía Nacional, por razones del servicio, desarrollar la atribución prevista en la norma atacada, de tal suerte que no se configura violación de disposición constitucional alguna.

Finalmente frente a los artículos 102 y 105 expresa que los artículos 24 y 37 de la Carta consagran dos derechos fundamentales cuya materialización la ley desarrolla y limita. El Código Nacional de Policía, contenido en los Decreto 1335 de 1970 y 522 de 1971, tienen jerarquía de ley de la República vigente hasta que el Congreso Nacional desarrolle la Constitución y dicte la ley estatutaria prevista en el literal a) del artículo 152 de la Carta Magna.

En ese orden de ideas, la autoridad administrativa debe contar con mecanismos necesarios para que no se abuse del derecho fundamental de reunión en detrimento de los demás asociados.

Con los anteriores argumentos el Ministro de Defensa Nacional considera que las normas acusadas no contravienen la Constitución Política, pues no contienen cosa distinta que mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales, en aras de la convivencia pacífica, teniendo en cuenta la función eminentemente preventiva y persuasiva que por mandato constitucional corresponde ejercitar con eficacia a la Policía Nacional. Por las razones expuestas solicita a los Magistrados de la Corte Constitucional, declarar exequibles las normas impugnadas.

2.2. Intervención del Director General (E) de la Policía Nacional.

El Mayor General Octavio Vargas Silva manifiesta que comparte íntegramente el escrito

presentado por el señor Ministro de Defensa Nacional en relación con las normas demandadas del Código Nacional de Policía que corresponden a los Decretos 1355 de 1970 y 522 de 1971.

2.3. Intervención del Ministerio de Gobierno.

El Ministerio de Gobierno, por intermedio del doctor Misael Chávez Rey, apoderado de la Nación-Ministerio de Gobierno, obrando en representación del señor Ministro, conforme a la Resolución N° 3935 del 30 de julio de 1991, presentó escrito ante la Secretaría General de la Corporación a fin de justificar la constitucionalidad de las normas acusadas.

– Artículo 56. Considera el apoderado que el demandante hace una interpretación literal, gramatical, sin relacionarla con el artículo 28 de la Constitución Política. El artículo en mención no distingue cuál es la autoridad competente para expedir el "mandamiento escrito", por lo que al concordar el artículo con el precitado artículo 28, la autoridad será la judicial y no otra, por lo que no se observa que exista inconstitucionalidad alguna.

– Artículo 57. Es necesario aclarar igualmente que la norma no puede examinarse como un sólo texto. La captura es la excepción, pues cuando se fundamenta en Reglamento de Policía debe la autoridad resolver de inmediato la situación jurídica del aprehendido, bien aplicando medidas correctivas, bien concediendo la libertad condicional o bien dejando en libertad incondicional.

– Artículo 58. La autoridad de policía sólo puede aprehender y privar a un ciudadano de su libertad (momentáneamente) siempre y cuando exista de por medio una orden de autoridad competente, que requiera su comparecencia. Al igual de lo que sucede con el artículo 56, al expedirse la nueva Constitución, ha de entenderse que cuando estas normas hablan de autoridades competentes, estas serán las judiciales; por lo cual ante esta interpretación no es necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad.

– El artículo 62. No se trata en rigor de una captura o de una reducción a prisión, arresto o detención, sino más bien de una aprehensión para fines de servicio público.

– El artículo 64. El "requerimiento público" al que alude la disposición acusada no es una orden de captura. Es deber de las autoridades tener conocimiento de las órdenes de captura

vigentes o no de los condenados, reos ausentes o prófugos; además que es deber de las autoridades judiciales el expedirlas y el cancelarlas dando el correspondiente aviso a las autoridades de policía.

– Artículo 71. No se trata de capturas o arrestos, sino de retenciones momentáneas que tienen por objeto "facilitar la aprehensión de delincuentes solicitados por autoridad competente"; debe entenderse entonces que esta autoridad competente será la autoridad judicial en lo penal.

– Artículo 78. De igual forma, el artículo debe concordarse con el 28 de la Constitución Política, y de esta forma debe entenderse que cuando la norma se refiere a autoridades competentes éstas serán las autoridades judiciales en lo penal y en ningún momento autoridades administrativas.

– Artículo 79. Esta disposición en ningún momento está extendiendo la facultad de proferir providencias de allanamiento a autoridades administrativas; simplemente está consagrando un procedimiento y unos requisitos que deben tenerse en cuenta para practicar la diligencia de que trata el artículo 78 del Código Nacional de Policía, que consagra la facultad de ordenar allanamientos por autoridades competentes, entiéndase autoridades judiciales. Frente a la flagrancia, la Constitución en el artículo 32 permite penetrar en el domicilio en donde se haya refugiado el delincuente, que es una de las situaciones de cuasiflagrancia comúnmente aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina. En este aspecto, el Código de Policía se encuentra ajustado enteramente al precepto constitucional; y en lo que se refiere a la captura y conducción ante la autoridad del morador renuente al registro del domicilio donde se haya refugiado el delincuente, es posible afirmar que esta acción constituye un indicio grave en su contra que permite realizar este procedimiento.

– Artículo 82. Con respecto al literal a) del citado artículo se debe anotar que la captura a la que se refiere se realiza porque un juez la ordenó; de ahí que la norma disponga expresamente que es "para capturar a personas condenadas". Y con respecto a los demás numerales se debe recordar que la acción de la policía está limitada por el principio general de que el ejercicio de la libertad puede restringirse cuando se desarrolla en lugar público, abierto al público o de modo que trascienda lo privado. Estas facultades en ningún momento son discrecionales, son todas regladas y, con el fin de asegurar que los habitantes de

Colombia convivan en paz; tienen un carácter preventivo más que punitivo.

– Artículo 84. Es conforme con el artículo 28 de la Constitución, pues éste se refiere expresamente al domicilio y en el derecho policivo hay que entender domicilio como lugar de habitación, hogar, un lugar privado, por lo tanto es un sitio no abierto al público, y en ningún evento un predio rústico constituye un sitio de éstas características. Un predio rústico es un sitio completamente abierto, campestre, diferente del domicilio que consagra el artículo 28 de la Carta.

– Artículo 102. No se está vulnerando el derecho de reunión consagrado en la Constitución Política. No se está prohibiendo o menoscabando este derecho; se está garantizando un control por parte de la autoridad política del lugar con el fin de buscar la paz pública de que trata el artículo 218 de la Constitución.

– Artículo 105. Las leyes y el derecho están establecidos para que ante el incumplimiento de uno de sus preceptos se presente una sanción consistente en el castigo. En este caso, de no llenarse los requisitos se presentará la sanción, cual es el impedimento para realizar la reunión o desfile.

En síntesis las normas examinadas se ajustan a la nueva Constitución entendiendo que ésta estableció unos nuevos fines para las autoridades de policía y de esta forma deben ser interpretados los preceptos del Código Nacional de Policía.

Por las anteriores razones el apoderado del Ministro de Gobierno solicita a los Magistrados de la Corte Constitucional la exequibilidad de todas las normas examinadas.

3. Del concepto del Procurador General de la Nación.

La vista fiscal solicitó a la Corte Constitucional, en su concepto de rigor, hacer los siguientes pronunciamientos:

1. Declarar exequibles las siguientes disposiciones del Decreto ley 1355 de 1970: literal a) del artículo 56; tercer inciso del artículo 62; artículo 64, salvo la expresión “de reo ausente” que es inexequible; artículos 78 y 79; segundo inciso del artículo 81; artículo 84; incisos 2º, 3º y 4º del artículo 102 e inciso 1º del artículo 105.

2. Declarar inexequibles las siguientes disposiciones del Decreto ley 1355 de 1970: artículo 57; artículo 58; inciso 2º del artículo 62; artículo 71 y artículo 82.

Las razones que llevaron al Procurador General, se resumen de la siguiente manera:

Precisa que antes de iniciar el estudio de fondo, encuentra la Procuraduría que algunas de las normas demandadas ya habían sido examinadas y declaradas acordes con la Carta de 1886 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional.

Pero como ya la ha reiterado la Corte Constitucional, no existe obstáculo para que con la entrada en vigencia de la nueva Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada. Por lo tanto procede un nuevo juicio por la Corte Constitucional, amén de las restantes disposiciones demandadas, para determinar si respecto de ellas existe una inconstitucionalidad sobreviniente.

1. Derecho a la libertad individual.

Tales requisitos son: a) la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) el respeto a las formalidades legales y c) la existencia de un motivo previamente definido en la ley.

En relación con la existencia del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, el Procurador cita la Sentencia T-490 del 13 de agosto de 1992 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, para concluir que frente al nuevo Estatuto Superior, es claro que ninguna autoridad administrativa podrá expedir mandamiento escrito de privación de la libertad, excepción hecha de lo dispuesto en el artículo 28 Transitorio de la Constitución.

Situación bien diferente es la del delincuente sorprendido en estado de flagrancia (C.P. art. 32), en la cual por obvias razones no es indispensable la orden de captura. Bastará que cualquier persona aprehenda al infractor y lo conduzca ante el juez.

Ahora bien, si las autoridades de Policía pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público es evidente que en adelante no podrán ordenar o ejecutar medidas que impliquen restricción de la libertad individual, salvo el arresto que está autorizado por norma constitucional transitoria.

Con fundamento en las anteriores precisiones el Procurador General de la Nación considera que el literal a) del artículo 56 del decreto 1355 de 1970 es exequible siempre y cuando se interprete en el sentido de que el previo mandamiento escrito de autoridad competente hace alusión a la autoridad judicial, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 28 Superior. El inciso segundo del artículo 62 resultaría inexequible, como quiera que contempla la realización de capturas por parte de la autoridad administrativa en abierta oposición al mandato constitucional.

El tercer inciso del artículo 62 sería exequible en la medida en que se interprete que las 24 horas de que puede disponer la policía para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura estén comprendidas dentro de las 36 horas para que la persona detenida sea puesta a disposición del juez competente para que este adopte la decisión respectiva en el término legal.

No comparte el Procurador lo relacionado con la captura del reo ausente, pues se considera que éste se encuentra amparo por una presunción de inocencia, lo que no sucede con el condenado o el prófugo.

La conducción de los testigos no comporta una verdadera aprehensión y será constitucional en la medida en que su captura sea acatando las prescripciones del artículo 28 de la Constitución y tomando como contexto el artículo 28 Transitorio Superior.

No ocurre lo mismo con las "capturas momentáneas" por parte de la policía, previa venia del Alcalde del lugar, que es abiertamente inexequible porque se reitera que la Constitución proscribió toda privación de la libertad que no se funde en mandato escrito de autoridad judicial competente.

Otro de los otros dos requisitos, las formalidades legales y la existencia de un motivo previamente definido en la ley, el Procurador expuso que la orden escrita debe someterse en su expedición y ejecución a los procedimientos legales exigidos para tal efecto. La segunda exigencia hace relación al principio universal de legalidad. Cita la sentencia de 21 de abril de 1982 de la Corte Suprema de Justicia en la que se declaró exequible la expresión "o los reglamentos de policía".

El Procurador estima que de cara al artículo 28 de la Constitución, que si la finalidad de los

reglamentos de policía es la de regular la actividad policial, entendida ésta en su naturaleza eminentemente preventiva, no puede válidamente un acto de tal índole asumir una competencia represiva, como es la punitiva, mediante la fijación de causales para privar de la libertad.

b) Inviolabilidad de domicilio.

Conforme al artículo 28 de la Constitución, el domicilio sólo puede ser registrado en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente señalado en la ley. El domicilio es así un atributo de la personalidad, respecto del cual el nuevo ordenamiento Superior ha erigido también una reserva judicial por cuanto solamente la autoridad judicial competente puede ordenar su registro así como su allanamiento, en caso de no contar con la voluntad del morador. Salvo las situaciones en las que el morador se opone a colaborar con la policía, lo que constituye un estado de flagrancia, como la del registro de simples terrenos o predios rústicos, el Procurador considera que todo ingreso a domicilio debe estar avalado por una orden de autoridad judicial y el mandamiento escrito no puede provenir de los jefes de policía por pertenecer a la rama ejecutiva.

c) El derecho a la libertad de reunión.

Considera el Procurador que las exigencias de los artículos 102 y 105 armonizan con una de las funciones primordiales de las autoridades políticas como es la conservación del orden público (C.P. arts. 189-4, 303, y 315), y además porque ella no implica el desconocimiento de las libertades de reunión y manifestación; más bien persiguen su encausamiento en aras de una civilizada convivencia social. Además, siendo las normas acusadas leyes en sentido material, es a través de ellas que se pueden establecer restricciones al derecho de reunión, según lo señala el canon 37 superior.

II- FUNDAMENTO JURÍDICO

1. Competencia

La norma acusada, Decreto 1355 de 1970, es un Decreto con fuerza de ley, ya que fue expedido con base en las facultades extraordinarias de la Ley 16 de 1968. En consecuencia, esta Corporación es competente para conocer de esta demanda, de conformidad con el

artículo 241 numeral 5º de la Constitución.

2. Del control constitucional de normas revisadas antes de la Carta del 91.

Algunas de las disposiciones acusadas en la demanda en estudio ya habían sido examinadas y declaradas exequibles por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Así, en sentencias del 3 de septiembre de 1971 y del 21 de abril de 1982 la Corporación mencionada declaró exequibles los artículos 111 del Decreto Ley No. 522 de 1971 y 57 del Decreto Ley No. 1335 de 1970, respectivamente.

La Corte Constitucional en varios fallos3 ha sostenido que es perfectamente válido y de usual ocurrencia que cuando se presenta un cambio en la normatividad constitucional, una disposición que frente al ordenamiento anterior podía ser exequible, al confrontarse con el nuevo puede resultar inexequible, máxime si la situación jurídica a que alude la norma ha sufrido modificación.

Por lo tanto, estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada exequible, nada impide que con la entrada en vigencia de una nueva Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada.

La Corte comparte así los criterios que en este mismo sentido expuso el Procurador General.

La demanda bajo revisión considera inconstitucional que las autoridades de policía, debido a su naturaleza eminentemente administrativa, puedan regular la libertad personal, ordenar la captura o realizar la aprehensión de personas, ordenar o efectuar el registro o allanamiento de domicilio y la suspensión de manifestaciones o reuniones pacíficas. Por eso el punto central del análisis de la Corte será el de determinar los alcances de las facultades de las autoridades de policía frente a la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el derecho de reunión. Para ello analizará la Corte los aspectos pertinentes del régimen de policía en el ordenamiento constitucional colombiano y estudiará la regulación constitucional de los derechos fundamentales relacionados con la demanda en estudio.

4. La Policía en el régimen constitucional colombiano.

4.1. Las diversas acepciones de la noción de policía.

El concepto de Policía es multívoco por cuanto tiene al menos cuatro significaciones diversas en el régimen constitucional colombiano. De un lado, se refiere a unas formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la policía administrativa. De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de policía. En tercer término, la Policía es también un cuerpo civil de funcionarios armados: la Policía Nacional. Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la policía judicial.

Estos fenómenos están a veces ligados entre sí: así la Policía Nacional ejerce funciones de policía judicial, bajo dirección judicial, y ejecuta materialmente actividades de policía administrativa por orden de las autoridades administrativas de policía. Pero es necesario diferenciar esos conceptos para evitar confusiones.

De un lado, existe la institución de la Policía Nacional, como parte integrante de la fuerza pública, y a la cual sería más correcto denominar fuerzas de policía. Esta institución se encuentra regulada en el Título VII de la Constitución, relativo a la Rama Ejecutiva del Poder Público. La naturaleza civil de la Policía Nacional está consagrada en el artículo 218 de la Constitución, que establece:

…La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz…(negrillas no originales).

La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial. Este cuerpo policial tiene que actuar dentro del respeto de los derechos humanos y tiene como finalidad esencial mantener las condiciones necesarias para el goce de los derechos y libertades de los ciudadanos y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Es pues un

mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos.

De otro lado, encontramos lo que la doctrina ha conocido como la policía administrativa. En término generales puede ser definida como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por la administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública y lograr de esa manera la preservación del orden público.

Se comprende entonces la distinción entre estas dos acepciones de la policía. Mientras que la policía administrativa, en sentido técnico, implica un poder jurídico de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares, las fuerzas de policía tienen una misión de ejecución material, siendo sus funcionarios agentes de ejecución, que no realizan actos jurídicos, sino operaciones materiales. Además, no siempre hay coincidencia entre los fines perseguidos por la policía administrativa y por las fuerzas de policía. La fuerza policial busca lograr coactivamente el respeto al ordenamiento jurídico. Para eso debe asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la policía administrativa, principalmente el aseguramiento del orden público (policía de seguridad), pero también las fuerzas policiales persiguen finalidades ajenas a la estricta policía administrativa: investigar la comisión de delitos públicos deteniendo a sus autores (policía judicial), pero bajo estricto control judicial.

La Constitución Política en el numeral 3º del artículo 250 establece como función de la Fiscalía General de la Nación la de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley y como función especial del Fiscal General se encuentra la de otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir misiones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación (art. 251.4 CP).

La distinción entre ambas policías que la doctrina ha hecho, la consideró la Corte Constitucional, de la siguiente forma:

Este carácter eminentemente 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.

Finalmente, encontramos las autoridades administrativas de policía en las cuales la Constitución radica los diversos aspectos de la policía administrativa (Ver infra 4.3 y 4.4).

4.2 La Policía en un Estado social de derecho.

La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público.

Conforme a lo anterior, en un Estado social de derecho, el uso del poder de policía -tanto administrativa como judicial-, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía y que la Corte Constitucional entra a precisar:

1- Siendo autoridad administrativa (policía administrativa) o que actúa bajo la dirección funcional de las autoridades judiciales (policía judicial), la Policía está sometida al principio de legalidad puesto que afecta libertades y derechos.

2. Toda medida de policía debe tender a asegurar el orden público; por tanto, encuentra su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas. De aquí que la policía tampoco pueda actuar a requerimiento de un particular para proteger sus intereses

meramente privados; para esto está la Justicia ordinaria.

3. La policía sólo debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para la conservación y restablecimiento del orden público. La adopción del remedio más enérgico -de entre los varios posibles-, ha de ser siempre la ultima ratio de la policía, lo cual muestra que la actividad policial en general está regida por el principio de necesidad, expresamente consagrado en el artículo 3º del "Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 169/34 del 17 de diciembre de 1979, que establece que las autoridades sólo utilizarán la fuerza en los casos estrictamente necesarios.

4- Igualmente, las medidas de policía deben ser proporcionales y razonables en atención a las circunstancias y al fin perseguido: debe entonces evitarse todo exceso innecesario. Así pues, los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen todas las actuaciones de la administración pública adquieren particular trascendencia en materia de policía.

5- Directamente ligado a lo anterior, la extensión del poder de policía está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas. Eso explica que en ciertas materias -como la regulación de los sitios públicos- el poder policial sea mucho más importante que en otros ámbitos de la vida social, como el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

6- El poder de la policía se ejerce para preservar el orden público pero en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos. No puede entonces traducirse en una supresión absoluta de las libertades.

7. Así mismo debe recordarse especialmente en esta materia la regla, por otra parte general a toda actividad administrativa, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El ejercicio del poder de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población , puesto que todas las personas "recibirán la misma protección y trato de las autoridades". (CP 13)

8. Igualmente opera la máxima de que la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos.

4.3 Las formas de la policía administrativa: poder, función y actividad de policía

La policía administrativa está entonces ligada a la limitación y regulación de derechos y libertades para preservar el orden público. Pero esa limitación toma diversas formas: de un lado, se ejerce mediante la expedición de regulaciones generales como los reglamentos; de otro lado, supone la expedición de actos jurídicos concretos, como la concesión de una autorización; y, finalmente, se desarrolla mediante operaciones materiales de uso de la fuerza pública y se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función. Por eso la doctrina ha solido distinguir entre poder, función y actividad de policía. La Corte Constitucional comparte y reitera aquí la distinción realizada en tal sentido por la Corte Suprema de Justicia cuando distinguió esos conceptos así:

a) El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1º y 3º del Código), es 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...

b) La función de Policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste...

c) En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía... no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutadores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

2. Colígese de lo precedentemente expresado que:

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 de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.5

4.4. La distribución general de las competencias orgánicas del poder, la función y la actividad de policía en el régimen constitucional.

Varios aspectos de la demanda están relacionados con la determinación de las autoridades que pueden limitar en abstracto y en concreto ciertos derechos. Por eso la Corte Constitucional entra a determinar la distribución general de las competencias, en materia de poder, función y actividad de policía, entre las autoridades legislativas y ejecutivas, y entre las autoridades nacionales y las entidades territoriales.

Esta afirmación, tiene sin embargo dos matices:

Primero, 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. Esto significa que existen ámbitos de los derechos constitucionales en los cuáles algunas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de policía subsidiario. Así, según la constitución, a las asambleas departamentales mediante ordenanzas les corresponde "dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal" -art. 300.8-, con lo cual se les confirió poder de policía subsidiario. A los concejos municipales también se les confirió un cierto poder de policía para materias específicas, como la regulación del uso del suelo (CP Art 313 ord 8º) y el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (CP Art 313 ord 9º). Igualmente, en ejercicio de la potestad reglamentaria, el Presidente de la República puede por decreto desarrollar la ley, sin excederla ni desconocerla, de conformidad con el artículo 189 numeral

11 de la Constitución.

En consecuencia sólo la ley, y en subsidio el reglamento -entendido como acto administrativo de contenido general-, ostentan el poder de policía. Sin embargo, precisa la Corte, el poder de policía que pueden ejercer subsidiariamente el Presidente y las Asambleas no puede invadir esferas en las cuáles la Constitución haya establecido una reserva legal, por lo cual un gran número de derechos y libertades sólo pueden ser reglamentados por el Congreso, lo cual deriva de la naturaleza misma del Estado colombiano como república unitaria (CP Art.1º). 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, la cual había sido sostenida bajo el antiguo régimen por el Consejo de Estado6 y la Corte Suprema de Justicia7.

Segundo, en períodos de excepción constitucional, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, profiere decretos con fuerza de ley, mediante los cuales comparte con el Congreso la facultad de limitar algunas libertades. Pero aun allí el constituyente, desconfiado con razón de la discrecionalidad del gobernante, estableció que las facultades de excepción se rigen por una ley estatutaria de estados de excepción -art. 152 literal e)-.

La función de policía a nivel nacional es exclusiva del Presidente de la República, según el artículo 189.4 superior, estándole entonces vedado al Congreso ejercer este tipo de competencias. Igualmente, a nivel de las entidades territoriales, los cuerpos colegiados carecen de la función de policía, mientras que las autoridades ejecutivas unipersonales sí gozan de ella. Así, los gobernadores -art. 303- y los alcaldes -315.2-, ejercen la función de policía.

La Corte observa de paso que respecto de la función de policía debe tenerse presente por parte de estas autoridades el artículo 84 de la Constitución, que dice: “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”. Esta norma, pregonada en principio como reacción ante la denominada tramitología resultante del intervencionismo de Estado, adquiere en realidad toda su dimensión humanista en materia de regulación de la libertad. En este orden de ideas, si bien es atribución de las primeras autoridades políticas del nivel nacional, seccional y local ejercer la función de policía, deben

hacerlo en el marco del artículo 84 superior, de suerte que pueden concretar la ley o el reglamento mas no les es dable establecer nuevos condicionantes a los derechos, libertades y garantías de protección.

Y en cuanto a la actividad de policía, como en el caso anterior, los cuerpos colegiados de la nación, departamentos y municipios carecen de esta atribución material. Es apenas lógico. Son las primeras autoridades políticas quienes la ejercen, pero por un fundamento constitucional parcialmente diferente, así: el Presidente de la República -art. 189.3-, los gobernadores -art 303 y 296- y los alcaldes -art. 31fl2 y 296-.

En síntesis, tanto la función de policía como la actividad de policía son monopolio del órgano unipersonal y primera autoridad política de las respectivas entidades territoriales, existiendo al efecto una unidad de mando en cabeza del Presidente de la República, cuyo poder sobre gobernadores y alcaldes, en sus calidades de agentes del Estado, así como de aquéllos sobre éstos, tiene una clara consagración constitucional (CP Art 296).

Dentro de este contexto general de distribución de competencias en materia de policía, entra la Corte a estudiar, en lo pertinente, la regulación constitucional de los derechos que tienen relación con las normas demandadas: la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el derecho de reunión.

5. La reserva legal en materia de derecho de reunión.

El artículo 37 superior regula el derecho de reunión en los siguientes términos:

Toda parte del pueblo, puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho. (Subrayado de la Corte)".

El derecho de reunión ha sido concebido como una libertad pública fundamental pues constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión y un medio para ejercer los derechos políticos. Esta libertad es la base de la acción política en las campañas electorales y también de los movimientos cívicos u otras manifestaciones legítimas de apoyo y protesta.

En la Asamblea Nacional Constituyente se afirmó lo siguiente sobre el derecho de reunión:

Con el criterio de extender el ámbito de las libertades, la Comisión Primera de la Constituyente le dio un contenido menos restrictivo al derecho de reunión, que es fundamental en la vida política y social del País. Al decir la norma que "toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente", se evita consagrar en la propia carta, las restricciones de policía que las prescriben. El ejercicio de los derechos debe tener consagración tan nítida en la Carta Política, que antes de las talanqueras u obstáculos para el ejercicio aparezca la expresión nítida de su contenido8.

Lo anterior explica que La Constitución haya establecido entonces la reserva legal en materia de derecho de reunión, por lo cual sólo mediante norma legal -y en ningún caso mediante reglamento administrativo- se podrá limitar el ejercicio del derecho de reunión. Y, como lo ha señalado en repetidas ocasiones esta corporación, esa reserva legal no significa que el legislador pueda limitar a su arbitrio el ejercicio del derecho de reunión, puesto que al reglamentarlo deberá respetar el conjunto de valores, principios y derechos consagrados en la Constitución así como el núcleo esencial del citado derecho. Así, la Corte Constitucional, sobre el derecho de reunión y su limitación, ha establecido lo siguiente:

Sólo el legislador podrá establecer los casos en los cuales puede limitarse el ejercicio del derecho de reunión y manifestación. Como la Constitución no determinó en forma expresa los valores o derechos que deben protegerse para justificar las limitaciones al derecho de reunión y manifestación, sino que otorgó una facultad general al legislador para determinar los casos en los cuales se puede limitar su ejercicio, será tarea de los jueces estudiar las limitaciones constitucionalmente aceptables, mediante la creación de fórmulas de equilibrio que permitan conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás.

Generalmente las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación se encuentran vinculadas al mantenimiento del orden público9″.

6. El régimen constitucional permanente de la libertad personal y la inviolabilidad de domicilio: reserva legal y monopolio judicial.

Dice el artículo 28 de la Constitución:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (negrillas no originales).

La norma constitucional parte pues del principio general de que toda persona es libre y que tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio. Por libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. Y por inviolabilidad de domicilio se entiende en general el respeto a la casa de habitación de las personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil. En efecto, la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así más que a un espacio físico en sí mismo al individuo en su seguridad, libertad e intimidad.

La libertad personal y el domicilio así entendido son entonces en gran medida presupuesto de todas las demás libertades y derechos: quien no goza de la libertad personal, por estar detenido o retenido contra la propia voluntad no puede gozar de los otros derechos y libertades. Por eso los requisitos constitucionales para limitar uno u otro derecho son estrictos. Así, de conformidad con el artículo 28 constitucional, son tres los requisitos exigidos a las autoridades para reducir a prisión o arresto a una persona o para registrar su domicilio: a) La existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) El respeto a las formalidades legales; y c) La existencia de un motivo previamente definido en la ley.

El respeto a las formalidades legales y la existencia de un motivo previamente definido en la ley -requisitos b) y c)-, hacen referencia a que en la expedición de una orden de allanamiento o de privación de la libertad como en su ejecución se observe el debido proceso, consagrado como principio en el artículo 29 superior. La existencia de un motivo previamente definido en la ley hace alusión al principio universal de legalidad, es decir que sólo la ley puede definir las circunstancias en que la naturaleza del hecho punible -delito o contravención-, ameritan la privación de la libertad a una persona. Igualmente que sólo la ley podrá establecer los casos en los cuáles puede un juez ordenar un registro domiciliario. La Constitución estableció entonces una estricta reserva legal en materia de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, por lo cual estos derechos no pueden ser limitados sino por la ley.

Igualmente, observa la Corte que este mandato que garantiza estos dos derechos difiere del consagrado en la Carta de 1886, al disponer que únicamente las autoridades JUDICIALES tienen competencia para privar de la libertad a una persona o registrar su domicilio y en general para dictar actos por medio de los cuales se lleve a cabo alguna de las actividades a que se refiere el inciso primero de la norma señalada. En cambio, el artículo 23 de la Constitución de 1886 establecía:

Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial.

Bajo el imperio de la Constitución de 1886, la reducción a prisión o arresto o la detención o el registro domiciliario procedían entonces a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente. ¿Quiénes eran entonces consideradas como autoridades competentes? En términos generales se podía afirmar que estaban facultados para expedir órdenes escritas tanto las autoridades judiciales como las de policía.

Hubo pues un cambio importante y democrático en materia de libertad personal entre la Carta de 1886 y la de 1991. Esta última, más celosa de la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, reservó al funcionario judicial la competencia de su limitación concreta.

En la Asamblea Nacional Constituyente se deliberó de manera expresa acerca del monopolio judicial sobre la adopción de medidas y la imposición de sanciones que impliquen restricción del derecho a la libertad o la expedición de órdenes de allanamiento. En aquella oportunidad se dijo:

El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra la puerta a los abusos de funcionarios subalternos, que muchas veces prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extra limitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto, o detener a los individuos.10.

La Corte Constitucional, en sentencia T-490 determinó el alcance de la expresión "autoridades judiciales", de la siguiente forma:

En materia de derecho a la libertad personal, el constituyente ha estructurado una serie de garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención (CP art. 28). En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad. En consecuencia, a la autoridad administrativa le está vedado imponer motu propio las penas correctivas que entrañen, directa o indirectamente, la privación de la libertad, salvo mandamiento escrito de autoridad judicial competente…

…La opción de la libertad que llevó a consagrar el monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza de los jueces, se basa en el principio de la separación de poderes, propio del régimen democrático y republicano. Los jueces son frente a la administración y al propio legislador, los principales defensores de los derechos individuales. Por ello, su protección inmediata ha sido confiada a la rama judicial, como garantía de imparcialidad contra la arbitrariedad, impidiendo así que la autoridad acusadora acabe desempeñando el papel de juez y parte. Si la autoridad administrativa tuviere la potestad de imponer penas de arresto, sin intervención judicial que las autorice (CP art. 28), la protección del derecho a la libertad

personal confiada en ésta última se tornaría innecesaria y carecería de efectividad para cumplir su cometido. El reconocimiento de los derechos fundamentales y su limitación y restricción en la práctica, suponen la intervención de una instancia imparcial, que mediante una decisión motivada, proporcional y razonada, concilie los valores e intereses en pugna, permitiendo la judicialización del conflicto social y evitando la exacerbación de la violencia mediante el uso exclusivo de la coacción…

El artículo 116 de la Constitución establece los organismos que administran justicia en Colombia. Y para efectos de la privación de libertad, esta facultad está restringida a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a las Salas Penales de los Tribunales Superiores -incluido el Tribunal Militar-, a los Jueces de la República en lo penal, a la Fiscalía General de la Nación y excepcionalmente al Senado cuando ejerce funciones de juzgamiento. Son entonces éstas las autoridades facultadas, por regla general, para expedir órdenes de allanamiento o de privación de la libertad.

6. Las excepciones constitucionales al anterior régimen de reserva judicial: la flagrancia y la detención preventiva derivada de aprehensión material.

La propia constitución establece sin embargo dos excepciones al anterior régimen constitucional de estricta reserva judicial de la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio.

De un lado, el inciso segundo del artículo 28 transcrito en el numeral anterior establece una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad, puesto que consagra la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas. Este inciso establece que la "persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley". Esta norma consagra entonces una facultad para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial. No de otra manera se entiende la obligación constitucional de que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez, puesto que ello significa que la autoridad judicial no ordena la detención con anterioridad sino que verifica la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma. Es entonces un

caso en donde la propia Constitución establece una excepción al principio general de la estricta reserva judicial y consagra la posibilidad de una aprehensión sin previa orden de autoridad judicial. Y no se puede considerar que esta norma se refiere únicamente al caso de la flagrancia, puesto que tal evento es regulado por otra disposición constitucional. Consagró entonces el constituyente una más amplia facultad de detención administrativa, lo cual no contradice sino que armoniza plenamente con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, de conformidad con los cuáles se interpretan los derechos y deberes consagrados por la Constitución (CP Art 93). En efecto, los tratados consagran una protección judicial de la libertad, en virtud de la cual la legitimidad de toda privación de la libertad debe ser controlada por una autoridad judicial independiente. Pero el control puede ser posterior a la aprehensión, puesto que las normas internacionales no establecen que toda privación de la libertad deba ser efecto de una orden judicial, sino que consagran que la persona detenida a causa de una infracción penal deberá ser llevada sin demora ante un juez, y que podrá recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (Pacto de derechos civiles y políticos, artículos 9-3 y 9-4; Convención Interamericana artículo 7-5 y 7-6).

De otro lado, el artículo 32 establece otra posibilidad en virtud de la cual una persona puede ser privada de la libertad sin mandamiento de autoridad judicial: la flagrancia. En efecto, en tal evento la Constitución autoriza su aprehensión por cualquier persona, pudiendo entonces ser retenida también por una autoridad administrativa, a fin de que sea puesta a disposición de autoridad judicial.

Las situaciones de detención preventiva administrativa y de flagrancia también implican una excepción a la reserva judicial en materia de inviolabilidad del domicilio. Así, conforme al artículo 32 superior, si la persona sorprendida en flagrancia se refugiare en su propio domicilio, los agentes de la autoridad podrán penetrar en él sin orden judicial para el acto de aprehensión. Y, si se refugiare en domicilio ajeno, también podrán penetrar en él los agentes de la autoridad sin orden judicial pero previo requerimiento al morador. Igualmente considera la Corte Constitucional que si una persona se resiste a una aprehensión o detención preventiva administrativa y se refugia en un domicilio, se aplican las reglas de la flagrancia, esto es, si se trata de su domicilio las autoridades policiales podrán penetrar en él, y en caso de domicilio ajeno deberá preceder el requerimiento al morador. Esto por

cuanto es razonable que se pueda llevar a cabo un allanamiento sin orden judicial como consecuencia de una detención legítima, cuando la persona se resiste a la aprehensión.

Precisa la Corte que en ambos casos solamente las autoridades policiales -y no los particulares u otro tipo de autoridades- están autorizados para allanar un domicilio sin orden judicial..

Igualmente señala la Corte que por tratarse de excepciones al principio general de la reserva judicial en materia de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, son fenómenos que deben ser interpretados de manera restrictiva a fin de no convertir la excepción -allanamiento o detención sin orden judicial- en la regla. Es pues necesario que la Corte analice brevemente la flagrancia y la detención preventiva a fin de precisar sus alcances constitucionales.

6.1. La flagrancia.

En términos generales, el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible. Este moderno concepto de flagrancia funde entonces los fenómenos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia. Así, a la captura en el momento de cometer el delito se suma la posibilidad de que la persona sea sorprendida y aprehendida con objetos, instrumentos o huellas que hagan aparecer fundadamente no sólo la autoría sino la participación (en cualquiera de sus formas) en la comisión del punible

La Jurisprudencia colombiana ha determinado los requisitos que deben presentarse para establecer si se trata de un caso de flagrancia. Así, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, mediante Auto de diciembre 1º de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una "evidencia procesal", en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible. Ha dicho la Sala:

“Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho”

Para la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad, requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial.

Considera la Corte que a pesar de los requisitos que jurisprudencialmente se han considerado como característicos de una situación de flagrancia, subsiste en su valoración una cierta discrecionalidad del funcionario de policía que realiza la captura. . Pero este acto discrecional de valorar el comportamiento de la persona para colegir que se amerita su captura no puede ser arbitrario; debe estar rodeado de razonabilidad y de proporcionalidad.

Es pues necesario distinguir la arbitrariedad y la discrecionalidad. Lo discrecional, para ser legítimo, se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables en todo caso, mientras que lo arbitrario no tiene motivación respetable, sino que es simplemente fruto de la mera voluntad o del puro capricho de los administradores, la conocida sit pro ratione voluntes.

La conciencia de que la privación de la libertad de una persona es una situación extraordinariamente grave, ha llevado a la jurisprudencia a imponer también -además de otros principios del derecho penal-, la vigencia del principio de proporcionalidad. De esta forma se limita una inadmisible total discrecionalidad administrativa, que queda así moderada en función de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a la toma de

decisión.

Considera la Corte que el principio de proporcionalidad que debe existir entre los hechos acreditados y la decisión que con base en ellos se adopta -captura de una persona-, debe ser adecuada a los fines perseguidos por el Constituyente, es decir, que en lo posible, no se presenten excesos en los medios empleados.

Finalmente, precisa la Corte, que a los casos de flagrancia se aplican las garantías establecidas por el inciso segundo del artículo 28 superior, por lo cual la persona aprehendida en situaciones de flagrancia deberá ser puesta a disposición de la autoridad judicial competente lo más rápidamente posible y en todo caso dentro de las 36 horas siguientes para que ésta adopte la decisión correspondiente dentro del término establecido por la ley.

7.2 La detención preventiva en el derecho constitucional colombiano

En el derecho constitucional colombiano, la detención preventiva administrativa no ha recibido un tratamiento sistemático, ni a nivel doctrinal ni en el plano jurisprudencial. Y eso era explicable por cuanto la Constitución de 1886 no había establecido una reserva judicial de la libertad sino que simplemente establecía que la orden de privación de la libertad debía provenir de autoridad competente, pudiendo entonces ser ésta la autoridad policiva o administrativa. No había entonces por qué discutir a nivel de la doctrina constitucional las características y la normación de esa detención administrativa por cuanto su regulación estaba referida a la ley. En cambio, como la Constitución de 1991 consagró como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, es necesario que la Corte establezca criterios que precisen los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28, puesto que ésta no implica una posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales sino que es una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional, a saber “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades pública, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (Art 218 CP).

Antes que nada, es necesario no confundir esta posibilidad de detención preventiva administrativa con dos fenómenos que parecen similares pero que son diversos. De un lado,

la detención preventiva consagrada en el artículo 28 superior no puede confundirse con la detención preventiva o prisión provisional decretada por el funcionario judicial, una vez que el detenido pasa a su disposición. En efecto, mientras que la segunda se efectúa por un funcionario judicial, como medida de aseguramiento, dentro de un proceso judicial contra una persona contra quien obran indicios de su responsabilidad por la comisión de un hecho punible, la otra es una medida administrativa con estrictas limitaciones temporales que se autoriza a tomar debido a la urgencia de los hechos y por fuera del proceso penal en sentido estricto.

Y, tampoco debe confundirse esta detención preventiva derivada de la aprehensión material y con el fin de verificar ciertos hechos con la retención administrativa existente en el artículo 28 de la Constitución de 1886 y que, con justa razón, fue severamente criticada por la Asamblea Constituyente a punto de establecerse su supresión en el derecho constitucional colombiano. Mientras que la segunda permitía al Gobierno retener hasta por diez días por una orden administrativa a aquellas personas contra quienes hubiere indicios de que atentaban contra la paz pública, la primera es una medida de policía estrictamente limitada a la verificación de ciertos hechos. Así, la retención administrativa del artículo 28 de la Constitución de 1886 consagraba un poder excesivo del ejecutivo que recuerda procedimientos como las "lettres de cachet" del monarca francés, en virtud de las cuales una orden con el sello del rey bastaba para detener por tiempo indeterminado a cualquier súbdito. Por eso tuvo razón la Constituyente en abolir esa norma contraria al Estado de derecho y que fue utilizada en ocasiones como instrumento de persecución política. En cambio, la detención preventiva permite aprehender por un tiempo máximo estrictamente determinado a un ciudadano con el fin de verificar ciertos hechos. Esta facultad existe en la gran mayoría de las constituciones democráticas de las postguerra puesto que se considera que es un instrumento necesario para que las autoridades policiales cumplan con su papel precautelativo y su deber constitucional de mantener el orden público, condición necesaria para el libre ejercicio de las libertades democráticas. Así, la Constitución española lo consagra en el numeral segundo del artículo 17 y la Constitución italiana lo establece en el inciso segundo del artículo 13. Igualmente, en Estados Unidos, las autoridades policiales pueden efectuar arrestos sin orden judicial, siempre y cuando exista "causa probable" que justifique el procedimiento. Francia presenta una institución similar a la detención preventiva (la "garde à vue") y en Alemania el Código de Procedimiento Penal admite las detenciones preventivas en casos de urgencia que conviertan en irrazonable la exigencia de la orden

judicial previa. Igualmente, como lo señalamos anteriormente, estas retenciones administrativas están autorizadas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre y cuando exista un control judicial de la legitimidad de la misma, el cual puede ser posterior a la aprehensión material de la persona.

Era razonable que la Constitución colombiana consagrara entonces la figura de la detención preventiva administrativa en el inciso segundo del artículo 28. Los poderes globales de policía deben ser eficaces dentro de la normalidad, ya que la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía condenaría al país a permanecer en un estado de excepción permanente. En efecto, la Constitución estableció en el artículo 213 que "en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior" (subrayado de la Corte). La Carta debía entonces conferir a las autoridades facultades de policía ordinarias suficientes para evitar permanentes declaratorias de .conmoción interior.

En tales circunstancias, entra la Corte a determinar las características constitucionales de la detención preventiva regulada por el inciso segundo del artículo 28, las cuáles derivan de la naturaleza excepcional de este tipo de aprehensiones y del régimen constitucional de la policía en un Estado social de derecho.

En primer término, la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados. Esta exigencia busca tanto proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias como permitir que la legitimidad de la aprehensión pueda ser controlada tanto por los superiores del funcionario que la practicó como por las autoridades judiciales y los organismos de vigilancia y control del Estado. Pero, ¿qué entiende la Corte Constitucional por "motivos fundados"?

La Corte considera aplicables a la realidad nacional los criterios desarrollados sobre el tema tanto por la Corte Suprema de los Estados Unidos como por la Comisión y la Corte Europea de los Derechos Humanos, puesto que en este aspecto las regulaciones normativas de la Convención Europea y la Constitución estadounidense son similares a la colombiana. De la

reiterada jurisprudencia de estos tribunales11 se desprende que los motivos fundados son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención. El motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado. Así, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso Beck vs Ohio, 379 U.S 89 (1964), excluyó del proceso la evidencia proveniente de un arresto que se basó en la creencia subjetiva del oficial de policía de que tenía bases para actuar, cuando en realidad esas bases objetivamente no existían. Para la Corte Suprema de los Estados Unidos el arresto había sido entonces arbitrario. Igualmente, la Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia del 30 de agosto de 1990 de Fox, Campbell y Hartley contra el Reino Unido, estableció que un arresto basado en una sospecha de buena fe de que alguien era terrorista había sido arbitrario, y había violado el artículo 5-1 de la Convención Europea, por cuanto a pesar de la buena fe del agente, las explicaciones dadas por el gobierno del Reino Unido no permitieron concluir que la administración había actuado con base en razones objetivas plausibles.

Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales.

En segundo término, la detención preventiva debe ser necesaria, esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuáles no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz. Por eso, sólo en aquellos casos en los cuáles se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación judicial o cuando la demora implique un peligro inminente, podrá la autoridad policial proceder a una detención preventiva sin orden judicial. Estaríamos frente a una detención arbitraria si no se dan estas situaciones de urgencia o de evidente peligro, y las autoridades policiales deciden detener preventivamente, incluso con motivo fundado, simplemente por eludir el control judicial previo o ahorrar tiempo o trabajo.

Esto significa que la retención sólo es constitucionalmente legítima si es la única alternativa para que la Policía pueda cumplir de manera adecuada sus deberes constitucionales Admitir otra interpretación sería convertir la excepción -detención sin orden judicial- en la regla.

Un ejemplo de la jurisprudencia estadounidense permite ilustrar los alcances del motivo fundado y de las situaciones de urgencia. En el caso Estados Unidos vs Sokolow (1989), la Corte Suprema consideró justificada la detención de una persona en un aeropuerto, mientras que los perros entrenados para detectar droga olían su equipaje, por cuanto las autoridades tuvieron en consideración además los siguientes hechos: el acusado había pagado su tiquete en efectivo; había viajado con un nombre que no correspondía al número de teléfono que había dado; se había negado a registrar su equipaje; y, había permanecido sólo 48 horas en una ciudad conocida como de tránsito de droga (Miami) a pesar de que el tiempo de vuelo a esa ciudad demoraba varias horas. Ese conjunto de hechos configuraba entonces una razón objetiva para la detención y en sentido estricto no existía flagrancia. Además, la autoridad administrativa debía actuar inmediatamente por lo cual la aprehensión estaba justificada.

En tercer término, esta detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta. Es pues una aprehensión material con estrictos fines de verificación a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación.

En cuarto término, esta facultad tiene estrictas limitaciones temporales. La detención preventiva tiene un límite máximo que no puede en ningún caso ser sobrepasado: antes de 36 horas la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

Pero la Corte Constitucional resalta que éste es un límite máximo puesto que la policía sólo podrá retener a la persona por el tiempo estrictamente necesario para verificar ciertos hechos. Así, cuando se trate únicamente de controlar la identidad de una persona, el plazo no debería superar sino unas pocas horas, de acuerdo a la capacidad técnica del sistema de información. Por ejemplo, la ley francesa del 10 de junio de 1983 consagra que una retención para verificar una identidad no puede sobrepasar las cuatro horas. Y ella sólo opera cuando

el agente no ha logrado verificar la identidad de la persona en el sitio mismo en que se efectuó el control de identidad12. Esto significa que si la autoridad administrativa prolonga la retención por más de 36 horas habrá incurrido en una violación de la Constitución. Pero también estaría cometiendo una retención arbitraria sancionada penal y disciplinariamente si ésta se prolonga más allá de lo estrictamente necesario, incluso sin superar las 36 horas, puesto que, considera la Corte, que esta retención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de aquellas averiguaciones que puedan justificar la retención y, si es el caso, poner inmediatamente a disposición de las autoridades judiciales a la persona aprehendida.

Por eso, en quinto término, la aprehensión no sólo se debe dirigir a cumplir un fin preciso -verificar ciertos hechos o identidades- adecuadamente comprendido dentro de la órbita de las autoridades de policía sino que además debe ser proporcionada. Debe tener en cuenta la gravedad del hecho y no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona. Así, analizando un fenómeno similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró en el caso Welsh vs Wis (1984) desproporcionado un allanamiento sin orden judicial efectuado por la Policía a fin de controlar el nivel de alcoholemia de una persona, cuando no había ocurrido ningún delito. Por consiguiente, hay límites dentro de los cuales la aprehensión respeta el principio de proporcionalidad, pero si se desbordan tales límites estaríamos frente a una detención arbitraria.

En sexto término, como es obvio, para estos casos se aplica plenamente el derecho de Habeas Corpus como una garantía del control de la aprehensión, puesto que el artículo 30 señala que éste se podrá invocar “en todo tiempo”. Por consiguiente, todo ciudadano que considere que ha sido objeto de una detención gubernativa ilegal tiene derecho a invocar el Habeas Corpus.

En séptimo término, esas aprehensiones no pueden traducirse en la práctica en una violación del principio de igualdad de los ciudadanos. Por eso ellas no pueden ser discriminatorias y derivar en formas de hostilidad hacia ciertos grupos sociales debido a la eventual existencia de prejuicios peligrosistas de las autoridades policiales contra ciertas poblaciones marginales o grupos de ciudadanos.

En octavo término, reitera la Corte, que la inviolabilidad de domicilio tiene estricta reserva

judicial, pues, salvo los casos de flagrancia, el allanamiento sólo puede ser ordenado por autoridad judicial. Por consiguiente, no podrán aducir las autoridades policiales la práctica de una detención preventiva para efectuar de manera abusiva registros domiciliarios sin orden judicial. La única hipótesis en que la práctica de una detención preventiva autoriza constitucionalmente un allanamiento sin orden judicial es cuando la persona se resiste a la aprehensión y se refugia en un domicilio, puesto que el caso se asimila entonces a una flagrancia y la urgencia de la situación impide la obtención previa de la autorización judicial.

Pero, reitera la Corte, se requiere que exista la urgencia. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado que un allanamiento sin autorización puede ser efectuado como consecuencia de un arresto, pero ha señalado que debe existir urgencia o evidente peligro que justifique el procedimiento policial. Así, en el caso Trupiano vs Estados Unidos, 334, US 699 (1948), la policía allanó durante la época de la prohibición una destilería para capturar a una persona contra la que existía mandato judicial, pero la Corte Suprema sostuvo que el allanamiento era ilegal porque el gobierno sabía con anterioridad de la existencia de la destilería y los oficiales de policía tenían tiempo suficiente para obtener la orden judicial de registro.

En todos los otros casos sigue entonces operando entonces la estricta reserva judicial sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En noveno término, la persona objeto de una detención preventiva no sólo debe ser “tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Art 10-1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, CP Art 5) sino que además se le deberá informar de las razones de la detención y de sus derechos constitucionales y legales, como el derecho a ser asistido por un abogado (CP Art 29) o el derecho a no declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (CP Art 33).

Finalmente, y como es obvio en un Estado social de derecho en donde la administración está sometida al principio de legalidad, la regulación de las detenciones preventivas es materia legal, a fin de que se establezcan las formalidades que debe reunir toda detención preventiva y se delimiten los eventos y motivos en los que ella puede operar.

Por consiguiente, una detención preventiva caprichosa -es decir que no esté justificada por los fines constitucionales que competen a las autoridades de policía o no esté basada en motivos fundados-, o innecesaria -por cuanto se podía obtener la orden judicial-, o desproporcionada, o que afecte injustificadamente a ciertos grupos sociales, viola la Constitución, incluso si en apariencia se respetan las limitaciones formales y temporales que regulan la materia.

Por todo lo anterior, corresponde a la Procuraduría General de la Nación, al Defensor del Pueblo y Personeros Municipales, a las autoridades judiciales y a los órganos de control interno de la propia Policía vigilar de manera permanente que las detenciones preventivas o los allanamientos sin orden judicial se efectúen dentro de los marcos anteriormente establecidos. .

La Corte Constitucional no desconoce la aguda situación delincuencial que vive el país, para las cuales la Constitución consagró instrumentos jurídicos como la detención preventiva a fin de asegurar la eficacia de la acción de las autoridades.

Pero tampoco puede la Corte Constitucional desconocer la crítica situación de derechos humanos que ha conocido el país en los últimos años, por lo cual es trascendental la labor de los organismos de vigilancia y control del Estado, debiendo entonces la propia Policía Nacional facilitar esa labor de control.

Para la Corte Constitucional es esencial que estos procedimientos policiales se efectúen dentro del estricto respeto de los derechos humanos. De ello depende no sólo la seguridad ciudadana y la legitimidad de la acción de las autoridades sino incluso la propia eficacia de la investigación y sanción de los delitos. En efecto, pruebas obtenidas con base en allanamientos o detenciones arbitrarias podrían luego ser excluidas de los procesos por las autoridades judiciales con base en la cláusula de exclusión consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Constitución, según la cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Además, la sociología criminal ha mostrado que la eficacia en la lucha contra el delito depende en gran medida de la confianza que la población tenga en las autoridades, la cual deriva del actuar conforme a los derechos humanos de estas últimas.

7. Síntesis sobre el examen anterior.

En síntesis, la libertad personal y la inviolabilidad de domicilio tienen estricta reserva legal; por eso, la definición de las formalidades, los motivos y los eventos en que es factible la privación de la libertad o el registro domiciliario corresponde exclusivamente al Congreso.

Igualmente, estos derechos tienen por regla general reserva judicial, por lo cual los registros domiciliarios y las privaciones de libertad cuando se efectúan por autoridades policiales deben tener sustento en una orden judicial. Pero puede existir aprehensión en los casos de flagrancia -por la inmediatez de los hechos-, y de detención preventiva -por la existencia de hechos con una relación más mediata con la aprehensión-, pero que constituyan motivos fundados y urgentes para la misma. Y, en estos únicos dos casos, si la persona se refugia en un domicilio, puede operar un allanamiento sin orden judicial.

8. El régimen transitorio: competencia temporal de las autoridades de policía para imponer penas de arresto.

La Constitución Política en su último capítulo consagra las "Normas Transitorias", cuya razón de ser es permitir el tránsito de legislación y facilitar el desarrollo de las nuevas disposiciones constitucionales. De hecho es frecuente que un artículo transitorio, por definición, prolongue temporalmente la vigencia de una norma del antiguo régimen o posponga el inicio de la vigencia de una norma novedosa. Así pues, el artículo 28 Transitorio de la Constitución establece la vigencia temporal de la competencia de las autoridades de policía de los hechos punibles sancionados con pena de arresto.13

Dice en efecto dicha disposición:

Artículo 28 Transitorio. Mientras se expide la ley que atribuye a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de las mismos.

Observa la Corte que esta norma permite a las autoridades de policía el conocimiento de los hechos punibles sancionables con pena de arresto, pero sólo mientras la ley atribuye tal competencia a las autoridades judiciales.

Cuando una Constitución establece un régimen de transición en disposiciones transitorias y un régimen ordinario en las normas permanentes, y en un momento dado resultaren

incompatibles dichas normas, el intérprete en principio debe aplicar preferentemente las primeras, vale decir, las transitorias. En efecto, de pensarse lo contrario las normas transitorias correrían el riesgo de devenir inocuas, lo cual no es de recibo de conformidad con el método de interpretación denominado del "efecto útil" de la normas.

Una cosa es el régimen de transición, en virtud del cual las autoridades de policía -es decir, en este caso, los inspectores de policía- pueden conocer de ciertos hechos punibles, y otra cosa es el principio constitucional que ampara el derecho a la libertad personal cuando ya esté en vigencia la ley que otorga la competencia exclusiva a los jueces. Ambos sistemas son compatibles porque el uno se extingue en la medida en que surja el otro.14 Es más, de no existir la norma transitoria, los hechos punibles actualmente de competencia policiva que aún no hayan sido trasladados al conocimiento de los jueces correrían el peligro quedar impunes, lesionándose así el interés general por los ilícitos dejados de penalizar.

En la Sentencia T-490 se refirió la Corte Constitucional al tránsito constitucional y al deber del legislador de cumplir con el mandato contenido en el artículo 28 Transitorio, de la siguiente forma:

La norma transitoria cobija tanto los hechos punibles de irrespeto o desobediencia a la autoridad, como a las demás contravenciones especiales, particularmente las consagradas en la ley 23 de 1991, cuya competencia está atribuida a las autoridades de policía. Por mandato constitucional, de imperiosa observancia dado el carácter de derecho de aplicación inmediata que ostenta la libertad (C. P. art. 85), corresponde al legislador en un término breve, expedir la ley que atribuya integralmente a las autoridades judiciales el conocimiento de estas conductas, so pena de incurrir en constitucionalidad por vía omisiva15.

De manera que frente a la nueva Constitución Política, concluye la Corte que ninguna autoridad administrativa podrá imponer pena de privación de la libertad, excepción hecha de la situación temporal prevista en el artículo 28 Transitorio de la Constitución. La Constitución Política de Colombia es celosa en la guarda de la libertad personal y no es un azar que el artículo 28 establezca como condición esencial para que a una persona se le prive de su libertad, el que sea un funcionario judicial quien la decrete, con la rigurosa observancia de las demás exigencias que allí mismo se señalan16.

En lo relacionado con el allanamiento de domicilio es importante precisar el alcance del

artículo 28 Transitorio de la Constitución, pues éste no sólo faculta a las autoridades de policía en forma temporal para proceder a la privación de la libertad por los hechos punibles sancionados con pena de arresto, sino a todas las medidas propias de su competencia en el conocimiento de tales hechos punibles. Por lo tanto el allanamiento y el registro de domicilio podrán seguir siendo temporalmente ordenados por la autoridad administrativa en desarrollo del proceso del que deben continuar conociendo. No sería lógico, en efecto, considerar que las autoridades de policía son competentes temporalmente para privar de la libertad mas no para practicar allanamientos, pues esta interpretación conduciría a entorpecer los procesos policivos mientras no se expida la ley respectiva.

A pesar de que ya han transcurrido más dos años y medio desde la promulgación de la Constitución Política, la ley a que se refiere el artículo 28 Transitorio aún no se ha expedido, puesto que la consagración por el Nuevo Código Penal de que los jueces de paz conocerán de las contravenciones, no equivale a una nueva regulación legal de la materia. Frente al derecho a la libertad de las personas y a la exigencia del artículo 28 sobre el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, la expedición de la ley se torna en una necesidad que debe ser atendida en forma urgente. Los fines esenciales del Estado imponen al órgano legislativo -como órgano constituido- el deber de llevar a cabo en un plazo razonable las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del Constituyente puesto que los derechos individuales sólo adquirirían "aplicabilidad inmediata" a partir de la adopción de la norma legal.

9. Del estudio de cada uno de los artículos demandados.

Con base en las anteriores consideraciones, entra la Corte a analizar las normas acusadas, distinguiéndolas en tres grupos: de un lado, aquellas que están relacionadas con la libertad personal de otro lado las relativas a la inviolabilidad del domicilio; y, finalmente, las relativas al derecho de reunión.

9.1. Artículos relativos a la libertad personal.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte procede en primer término a estudiar los artículos demandados relativos a la captura, así:

a) Literal a) del artículo 56 del Decreto Legislativo 1355 de 1970:

Artículo 56. Nadie puede ser privado de la libertad sino:

a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente; y

b) En el caso de flagrancia o cuasi flagrancia de infracción penal o de policía.

El Procurador sugiere frente a este artículo que sea declarado exequible siempre y cuando se interprete en el sentido de que el previo mandamiento escrito de autoridad competente se hace alusión a la autoridad judicial.

La Corte Constitucional comparte parcialmente el planteamiento de la Procuraduría, como quiera que se inscribe en la filosofía de la Constitución Política, pues en un Estado social de derecho es inadmisible toda captura cuyo presupuesto no sea el mandamiento escrito de autoridad judicial, salvo que se trate de flagrancia o de detención preventiva administrativa, casos en los cuáles en sentido estricto no existe un mandamiento escrito sino la aprehensión material de la persona debido a la presión misma de los hechos sobre las autoridades de policía. Pero, en la actualidad, con base en el artículo 28 transitorio que prolonga la competencia de las autoridades de policía para conocer de determinados hechos punibles, puede haber órdenes de captura por autoridades administrativas. Por lo tanto, la norma será declarada exequible pero con base en el artículo 28 transitorio de la Constitución.

b) Artículo 57 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Artículo 57. Todo mandamiento de captura debe fundarse en ley o en reglamento de policía.

No obstante lo anterior, la Corte se pregunta si la parte acusada se encuentra cobijada por las excepciones de competencia consignadas en el artículo 28 transitorio de la Carta. La respuesta es negativa, puesto que esa disposición transitoria consagra una competencia temporal de los inspectores de policía para conocer de ciertos hechos punibles pero no constituye una excepción a la reserva legal consagrada por la Constitución en materia de consagración de las causales de privación de la libertad personal. Por lo tanto, la parte acusada del artículo 57 se considera inexequible por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución y no encajar dentro de las excepciones previstas en el artículo transitorio 28 idem.

c) Artículo 58 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Sobre este artículo la Corte encuentra que existe una duda acerca de si él ha sido o no demandado, por lo siguiente: el actor al inicio de su libelo, en el "Capítulo I. NORMAS ACUSADAS", transcribió los artículos y resaltó en negrillas las partes acusadas de los mismos. El artículo 58 del Decreto 1355 de 1970 fue transcrito pero en su texto no figura parte resaltada alguna que indique la parte acusada. Como complemento de lo anterior, en el "Capítulo II NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS", la demanda no hace tampoco alusión al artículo 58, como sí se refiere a todos los demás que considera debe pronunciarse la Corte Constitucional, de suerte que no se aduce porqué la norma es inconstitucional. De otro lado el Procurador General de la Nación en el concepto rendido a folio 11 se refiere de fondo al artículo 58 y considera incluso que debe ser declarado inexequible. A este respecto entonces considera la Corte que el actor no cumplió el requisito del artículo 2 numeral 3 del Decreto 2067 de 1991 que ordena al demandante precisar las razones por las cuales considera violada la disposición acusada. En tal aspecto hubo ineptitud sustancial de la demanda. En tales circunstancias, en virtud del artículo 241 de la Constitución, que consagra de manera expresa y limitativa las funciones de la Corte Constitucional al decir que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo, entender entonces que la norma no ha sido demandada y, no estándole permitido a la Corte pronunciarse de oficio en este caso, se declarará inhibida al respecto. Esta decisión es sin perjuicio de que en un futuro este artículo sea demandado y conocido de fondo por la Corte. Por lo tanto frente a este artículo la Corte Constitucional se declarará inhibida para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad.

d) Artículo 62 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Artículo 62. La policía está obligada a poner al capturado dentro de la siguiente hora hábil a la de la captura a órdenes del funcionario que la hubiera pedido en su Despacho o en el respectivo establecimiento carcelario, descontando el tiempo del recorrido o el de cualquier demora debida a circunstancias insuperables.

Cuando se trate de orden administrativa la captura se realizará en hora hábil; si es inhábil se mantendrá al requerido en su casa hasta la primera hora hábil siguiente.

Excepcionalmente en materia penal, la policía puede disponer hasta de 24 horas para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras

solicitudes de captura. Cuando ello ocurra dará inmediatamente aviso a la autoridad que solicitó la captura.

De los argumentos expuestos se desprende que la orden administrativa para realizar la captura, consagrada en el inciso segundo riñe con el artículo 28 superior tantas veces citado, pero es cobijada por la excepción prevista por el artículo 28 transitorio superior, de suerte que será declarado exequible, mientras se expide la ley sobre competencia exclusiva de las autoridades judiciales para conocer de los hechos punibles sancionables con pena de arresto. Así las cosas, la Corte decide declarar exequible este inciso segundo, siempre y cuando se interprete que dicha captura está amparada por el artículo 28 transitorio de la Constitución.

En lo relacionado con el inciso tercero, sobre el tiempo del que dispone la Policía para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura, la Corte Constitucional comparte la posición del Procurador General de la Nación, porque la disposición será exequible siempre y cuando se interprete que las 24 horas de que puede disponer la policía estén comprendidas dentro el plazo de las 36 horas para que la persona detenida sea puesta a disposición del juez competente, según lo establece el inciso segundo del artículo 28 constitucional.

e) Artículo 64 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Artículo 64. Para la aprehensión del reo ausente, de condenado o de prófugo se tendrá como suficiente petición de captura el requerimiento público.

En las tres situaciones -persona ausente, condenado o prófugo-, es el funcionario judicial el que dispone sobre la captura mediante orden escrita y solicita su aprehensión a las autoridades de policía. Obsérvese que no es la condición de persona ausente, o de prófugo o condenado lo que faculta la aprehensión de una persona, sino la orden escrita de autoridad judicial competente la que permite a la Policía Nacional colaborar con los funcionarios judiciales para el cumplimiento de la medida de aseguramiento, o la condena. Ahora bien, en este caso la ciudadanía colabora con la administración de justicia, lo cual incluso es un deber constitucional (art. 95.7). Luego no se debe confundir la orden -judicial- de captura con la solicitud pública de ejecución de una orden de captura, que es lo que refiere el artículo, lo

cual es conforme a la Constitución. Por lo tanto la disposición resulta exequible y así será declarado en la parte resolutiva de este fallo. De paso la Corte destaca que el Procurador solicitó la declaratoria de inexequibilidad de la expresión "reo ausente", por desconocer, en su sentir, la presunción de inocencia. En realidad, más allá del giro gramatical, hoy en desuso en el procedimiento penal colombiano, lo que importa para efectos de la captura no es si la persona ha sido condenada o no, sino si ha sido objeto de una orden de captura o no, independientemente del trámite del proceso. Por eso esta expresión no viola la Carta en este sentido.

f) Artículo 70 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Artículo 70. En el caso del artículo anterior si el contraventor fuere capturado para llevarlo ante el jefe de policía, los testigos, si los hubiere, deberán ser trasladados junto con el contraventor. El testigo que se resista podrá ser obligado por la fuerza.

Cuando el contraventor no fuere capturado sino citado para que comparezca más tarde, a los testigos se entregará la orden de comparendo con el mismo plazo. El testigo que no cumpla esta orden deberá ser capturado.

El artículo 95 numeral 7º de la Constitución consagra el deber de todos los ciudadanos de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Por lo tanto rendir testimonio es una obligación y solamente en las circunstancias excepcionales previstas en la Constitución la persona se encuentra exonerada de éste deber.

El artículo 33 de la Constitución se refiere a que nadie -sin excepción alguna-, podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

La intención del Constituyente estaba encaminada a la proscripción e invalidación de todo procedimiento que produzca la confesión forzada o no voluntaria de quien declara ante las autoridades. Una de las consecuencias de esta prohibición es que ninguna autoridad puede exigir a persona alguna que preste declaración, contra sí o contra alguno de sus parientes en los grados que indica la norma.

Por lo tanto, en la conducción del testigo renuente lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política debe observarse cuando la persona rinda su declaración ante una autoridad, ya sea judicial o administrativa.

Inicialmente el artículo aprobado en la Comisión Cuarta restringía el alcance de la norma "asunto criminal, correccional o de policía", además de que la incluía dentro del conjunto de disposiciones que llevaba por título general el de "Principios de Derecho Penal".

Cosa distinta es la negativa a una orden de comparendo para rendir testimonio. En este caso, si el funcionario judicial -y sólo el funcionario judicial- estima necesario la presencia del testigo, puede expedir una orden de captura. Es en este sentido que la norma estudiada es constitucional. En ninguna de las dos hipótesis se consagra facultad administrativa para expedir órdenes de captura. En este orden de ideas, también la parte acusada de esta disposición es constitucional.

g) Artículo 71 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Artículo 71. Con el sólo fin de facilitar la aprehensión de delincuentes solicitados por autoridad competente, la policía previa venia del alcalde del lugar, podrá efectuar capturas momentáneas de quienes se hallen en sitios públicos o abiertos al público.

Esta operación se ejecutará en sitios urbanos o rurales predeterminados.

Las personas contra quienes no exista petición de captura deberán ser puestas inmediatamente en libertad, a menos que su identificación se dificulte, caso en el cual la captura podrá prolongarse hasta 12 horas.

En relación con el inciso primero, la Corte considera que éste es exequible conforme a lo señalado anteriormente sobre la detención preventiva. Esto significa que las razones de la detención deben obedecer a motivos fundados y respetar el principio de proporcionalidad que debe regir todo acto administrativo. Por consiguiente, se efectuará una declaración de constitucionalidad de este inciso.

Este es un típico caso de detención preventiva (inciso segundo artículo 28 CP) o de aprehensiones por flagrancia (CP artículo 32), pues, el Alcalde como máxima autoridad de policía local y en ejercicio de la función de policía confiere la autorización que permite el

despliegue de la actividad policial por los agentes uniformados, quienes en última instancia deben proceder en forma razonable frente a la aprehensión de las personas, como se señaló anteriormente en esta sentencia. Por lo tanto, para efectos del control de legalidad de la aprehensión deberán responder tanto penal como disciplinariamente tanto quien profiere la autorización si ésta es irrazonable como quien ejecuta las aprehensiones, en este último caso cuando no exista motivo fundado o urgencia que respalde la privación de libertad de una persona.

El inciso segundo es exequible pues remite al cumplimiento de las funciones preventivas propia de las autoridades judiciales a fin de colaborar en la conservación del orden público. En ella se fija un término muy inferior a las 36 horas a que hace referencia el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución, además de la obligación de remitir al aprehendido ante la autoridad judicial competente. Este criterio es compartido por la vista fiscal.

9.2. Artículos relativos al registro o allanamiento de domicilio.

El artículo 28 de la Constitución, además de proteger el derecho a la libertad de la persona, se ocupa del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en los siguientes términos:

...Nadie puede ser molestado en su persona o familia...ni su domicilio registrado, si no en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (negrillas no originales).

Ahora los requisitos exigidos para privar de la libertad a una persona son los mismos que la disposición constitucional exige para penetrar en un domicilio ajeno y proceder a su registro, por lo que no es necesario citarlos nuevamente.

Como sostiene el Procurador en el concepto rendido, “el domicilio es así un atributo de la personalidad, respecto del cual el nuevo ordenamiento superior ha erigido también una reserva judicial por cuanto solamente la autoridad judicial competente puede ordenar su registro así como su allanamiento, en caso de no contar con la voluntad de su morador”.

La facultad de allanar y registrar un domicilio ajeno debe estar expresamente determinada en la ley, por lo que se trata de una competencia radicada exclusivamente en el legislador.

La Corte Constitucional considera que para el allanamiento y registro de domicilio en materia

punitiva, la orden debe provenir en forma exclusiva de una autoridad judicial y la intervención del funcionario de policía es de cooperación para su ejecución.

Al anterior principio general se contraponen tres situaciones excepcionales que facultan a la autoridad administrativa a practicar allanamientos o registros sin orden judicial:

a) Cuando el delincuente sorprendido en flagrancia se refugia en su domicilio o en domicilio ajeno, el agente de policía podrá ingresar en él -previa aceptación del dueño o morador- para proceder al acto de la aprehensión. En estos casos, no se requiere de orden de autoridad judicial dada la inmediatez del acto y la necesidad de actuar en forma rápida y oportuna.

b) En los casos determinados en la ley (como se estudiará más adelante en relación con el artículo 82 del Código Nacional de Policía), en desarrollo del principio de intervención del Estado en determinadas actividades de los particulares que tienen efectos en la colectividad y que requieren la inspección, vigilancia e intervención, por razones de interés general, de las autoridades en ejercicio de la función de policía administrativa.

c) En los casos en que se presenta un incidente derivado de una detención preventiva en la que han mediado motivos fundados y la persona se resiste a la aprehensión y se refugia en un domicilio

Con base en los anteriores fundamentos se estudiará a continuación la parte acusada de las normas demandadas que tienen relación con el registro y allanamiento de domicilio.

a) Artículos 78 y 79 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Artículo 78.- La policía y los demás funcionarios a quienes la ley faculte expresamente para allanar domicilios o sitios cerrados donde se ejerzan actividades privadas, podrán hacerlo, pero sólo en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Artículo 79.- El mandamiento de registro de domicilio o sitio no abierto al público será la providencia escrita en donde se exprese con la mayor precisión el lugar de que se trate, los fines del registro, el día y la hora para llevarlo a cabo y la facultad de allanar en caso de resistencia.

Si bien es cierto que la Policía Nacional por mandato constitucional (Art. 250-3) cumple funciones de Policía Judicial en forma permanente, así como otros servidores públicos según lo dispone el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, sus funciones se deben cumplir bajo la dirección y coordinación del Fiscal General y sus delegados. Por lo tanto, la orden de allanamiento sólo puede provenir de una autoridad competente, salvo los casos de flagrancia o detención preventiva, en las condiciones señaladas anteriormente. En este sentido, el Procurador por su parte considera que estas dos disposiciones son constitucionales siempre que se interprete que el mandamiento escrito para registrar o allanar domicilios o sitios cerrados debe, entre otros requisitos, ser expedido por autoridad judicial.

La Corte Constitucional en principio comparte la posición del Procurador General en relación a que la orden de allanamiento debe provenir de una autoridad judicial, pero considera que en los tres casos determinados anteriormente, en forma excepcional las autoridades de policía pueden practicar registros de domicilio y allanamiento sin que medie orden judicial pero por motivos previamente definidos en la ley.

b) El artículo 81 del Decreto Ley 1355 de 1970, modificado por el artículo 111 del Decreto 522 de 1971:

Artículo 81. Modificado por el Decreto 522 de 1971, artículo 111. Cuando una persona sea sorprendida en flagrante violación de la ley penal y al ser perseguida por la policía se refugiare en su propio domicilio, los agentes de la autoridad podrán penetrar inmediatamente en él con el fin de aprehenderlo.

Si se acoge a domicilio ajeno la policía podrá penetrar en él, haciendo uso de la fuerza si fuere necesario, sin exhibir mandamiento escrito y previo requerimiento al morador. Si este se opone, podrá ser capturado y conducido ante la autoridad competente para que se le inicie la investigación penal a que haya lugar.

Este artículo se ajusta a la previsión consagrada en el artículo 32 de la Constitución Política, toda vez que da las pautas para la aprehensión del delincuente en flagrancia. Y en lo que se refiere a la captura y conducción ante la autoridad del morador renuente al registro del domicilio donde se haya refugiado el delincuente, es posible afirmar que esta acción constituye también un estado de flagrancia y permite realizar el procedimiento de la captura. Igualmente, esta situación se puede considerar comprendida dentro de los casos de

detención preventiva previstos por el inciso segundo del artículo 28. Por lo tanto esta disposición será declarada exequible por su conformidad con el artículo 32 de la Carta Fundamental.

c) Artículo 82 del Decreto Ley 1355 de 1970:

Artículo 82. Los jefes de policía podrán dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de domicilios o de sitios abiertos al público, en los siguientes casos:

a) Para capturar a persona a quien se le haya impuesto por funcionario competente pena privativa de la libertad;

b) Para aprehender a enfermo mental peligroso o a enfermo contagioso;

c) Para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública;

d) Para obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento;

e) Cuando sea necesario indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de acueducto, energía eléctrica, teléfonos u otros servicios públicos.

f) Para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía;

g) Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidentes o calamidad.

El artículo acusado hace una enumeración que posibilita el empleo de un medio de policía consistente en el registro y allanamiento de domicilios o de sitios abiertos al público. Son casos diferentes al allanamiento para la aprehensión del delincuente en flagrancia (artículo 32 de C.P. y artículo 111 del decreto 522 de 1971) y del allanamiento en situaciones de necesidad (artículo 83 del Decreto ley 1355 de 1970). La diferencia consiste en los siguiente:

Mientras el allanamiento para la aprehensión del delincuente en flagrancia o por situaciones de necesidad puede actuar la policía, para los casos del allanamiento señalados en el artículo

83 acusado, debe existir previamente una orden de registro dictada por los “Jefes de policía”, es decir los alcaldes de los municipios y en aquellos departamentos donde no existieren municipios, la función de Jefe de Policía la ejerce el Gobernador, así lo disponen los artículos constitucionales 315-2 (atribuciones del alcalde) y artículo 303 (funciones del gobernador).

Además de constar por escrito, la orden de registro debe expresar con la mayor precisión el lugar de que se trate, los fines del registro, el día y la hora para llevarlo a cabo, en los términos del artículo 79 del Decreto Ley 1355 de 1970 y la facultad de allanar solo puede ocurrir en caso de resistencia.

No sobra decir que el Alcalde será responsable penal y administrativamente en el caso de extralimitación de funciones, de abuso de autoridad o por ordenar el registro pese a que objetivamente las circunstancias no lo hacían necesario.

Estas órdenes escapan al mandamiento escrito de autoridad judicial competente porque en estricto sentido no tocan con el principio de libertad sino con otros valores consagrados en la Constitución. En efecto, como vimos anteriormente, la protección del domicilio tiene como finalidad la defensa del espacio en donde la persona desarrolla de manera más inmediata su libertad y su intimidad. Por eso, frente a las intervenciones punitivas del Estado la Constitución rodea de cuidadosas garantías la inviolabilidad del domicilio. Pero, como los registros administrativos con funciones preventivas no habilitan para la obtención de pruebas en materia punitiva, en principio no podrá el ciudadano oponer la reserva judicial a los mismos, siempre y cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y éstos se efectúen en protección de valores superiores, como la vida o la dignidad humana, dentro del marco restringido y cuidadoso que se le debe dar al allanamiento como medio de policía.

A continuación se hará un estudio de los literales acusados para una mejor comprensión de cada uno de ellos, pues los argumentos sobre su constitucionalidad son diferentes.

En efecto, el literal a) del artículo acusado (capturar a quien se le haya impuesto por funcionario competente pena privativa de la libertad) es consecuencia lógica de una orden judicial y se respalda además en el artículo 95-7 de la C.P.

Con similar razón se sustenta la orden del literal f): practicar inspección ocular ordenada en

juicio de policía.

El literal b), "para aprehender a enfermo mental o peligroso o a enfermo contagioso" armoniza con el principio de solidaridad social (art. 95-2 C.P.) y con la protección a la vida e integridad personal de los asociados (art. 11 C.P.), esto en nada afecta la libertad y la intimidad.

El literal c): Inspeccionar lugar por motivo de salubridad pública, debe entenderse como el cumplimiento de normas sobre higiene previstas en disposiciones sanitarias, por ejemplo: en los comercios de carne, leche, panaderías, cultivos de hortaliza.

Respecto al literal d): Obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento, la disposición se ajusta a la constitución, pero exige las siguientes precisiones:

La orden de registro y allanamiento sólo es procedente en el sitio donde exista la casa de juego o el establecimiento que funcionen contra la ley o reglamento (los cuales no pueden en sentido estricto calificarse como domicilio), no se puede, so pretexto de buscar pruebas, allanarse lugar diferente. Además, este procedimiento para búsqueda de pruebas, según la Constitución debe orientarse en este sentido: dice el artículo 336-4 de la C.P. que "las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud". Esto se compagina con la parte final del artículo 15 de la C.P. que permite la vigilancia y control del Estado para efectos tributarios. Es decir que la orden de registro y allanamiento tiene en este caso una finalidad impositiva, que no está cubierta por reserva judicial.

Los numerales e) y g) referentes a los servicios públicos no contradicen el espíritu de la Constitución. Por el contrario, el artículo 365 del C.P. indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, luego indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de servicios públicos de acueducto, energía eléctrica, teléfonos, no solo favorece a la comunidad sino es finalidad social del Estado. Y, examinar instalaciones con el único fin de prevenir accidentes o calamidad, es una función preventiva que se enmarca dentro de las funciones preventivas de la policía administrativa. Cobra aquí mayor fuerza la obligación de motivar la orden de registro porque ésta debe ser razonable y seriamente justificar la gravedad o calamidad que se aspira prevenir.

Por todas estas consideraciones se concluye que no se presenta inconstitucionalidad sobreviniente del artículo acusado.

Artículo 84. Si por razón del servicio fuere necesario penetrar en predio rústico cercado, la policía podrá hacerlo, pero procurará contar con la autorización del dueño o cuidandero del terreno.

El artículo 58 de la Constitución establece que en Colombia se garantiza la propiedad privada. Ahora un predio, rústico o no, cercado o no, puede ser objeto de derecho real para su dueño. Por tanto los predios rústicos cercados, de que trata esta norma, son derechos adquiridos y gozan de la misma protección genérica que los demás inmuebles. Ahora bien, se pregunta la Corte, ¿un predio rústico cercado goza de menor protección para su morador o de mayor liberalidad para el ingreso de la policía en servicio? La respuesta es afirmativa, por lo siguiente: el propio artículo 58 superior establece que el interés privado deberá ceder al interés público. Luego el derecho de propiedad en este caso debe cohabitar con el derecho de la policía en servicio, en aras del interés general (art. 1° CP) a ingresar al predio. Ello por cuanto en el campo no siempre existen vías de uso público, de suerte que necesariamente los agentes deben desplazarse por entre las heredades privadas. Obsérvese que el ingreso de la Policía al predio rústico cercado debe hacerse -como lo establece la norma-, por razones del servicio y si es posible debe contar con la anuencia del dueño o cuidandero. A contrario sensu si el ingreso a la heredad no se realiza por razones del servicio, sino con fines personales de los agentes, la policía se coloca en la misma situación de los particulares y en consecuencia no podrá en ningún caso ingresar al predio sin la efectiva aquiescencia del propietario o morador. Es por ello que la norma es constitucional. No sobra expresar que el Procurador afirma en su concepto que por lo general las heredades se encuentran afectadas por servidumbres de tránsito, por lo que no se ve la razón por la cual se le impida a la Policía penetrar allí. Lo que ocurre en realidad son circunstancias diferentes. La servidumbre de tránsito permite el paso de toda persona que requiera utilizar una determinada propiedad privada. Pero si su actuar va más allá del simple uso del predio para el tránsito, como el registro o el allanamiento por la facilidad con que se ingresa, esto ya constituiría violación del domicilio por circunstancias no consagradas en la Constitución Política. Luego una cosa es ingresar y otra es allanar. La primera se sigue por este articulo 84. La segunda por las normas pertinentes, de conformidad con el artículo 28 superior.

8.3. Artículos relativos al derecho de reunión y manifestación pacífica.

A continuación se analizarán las disposiciones acusadas que tienen relación con el derecho de reunión:

a) Artículos 102 y 105 del Decreto Legislativo 1355 de 1970.

Estos artículos en las partes acusadas disponen:

Artículo 102. Toda persona puede reunirse con otras o desfilar en sitio público con el fin de exponer ideas e intereses colectivos de carácter político, económico, religioso, social o de cualquier otro fin lícito.

Con tales fines debe darse aviso por escrito presentado personalmente ante la primera autoridad política del lugar. Tal comunicación debe ser suscrita por lo menos por tres personas.

Tal aviso deberá expresar día, hora y sitio de la proyectada reunión y se presentará con 48 horas de anticipación. Cuando se trate de desfiles se indicará el recorrido prospectado.

Inciso 4º Modificado. Decrt. 522 de 1971, art. 188. Dentro de las 24 horas siguientes al recibo del aviso la autoridad podrá, por razones de orden público y mediante resolución motivada, modificar el recorrido del desfile, la fecha, el sitio y la hora de su realización.

Si dentro de ese término no se hiciere observación por la respectiva autoridad, se entenderá cumplido el requisito exigido por la reunión o desfile.

Artículo 105. La policía podrá impedir la realización de reuniones y desfiles públicos que no hayan sido enunciados con la debida anticipación.

Igualmente podrá tomar la misma medida cuando la reunión o desfile no cumplan los objetivos señalados en el aviso.

La Corte Constitucional considera que las disposiciones anteriores no limitan ni restringen el derecho fundamental de reunión consagrado en el artículo 37 de la Constitución y que las disposiciones acusadas son normas razonables establecidas para el mantenimiento del orden público. Así pues, la Corte comparte el concepto tanto de los ministros de Gobierno y

Defensa del Procurador, en el sentido que las normas acusadas no contravienen la Constitución, pues no contienen cosa distinta que mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales, en aras de la convivencia pacífica, teniendo en cuenta la función eminentemente preventiva y persuasiva, que por mandato constitucional corresponde ejercitar a la Policía Nacional. Ahora bien, la Corte desea aclarar el sentido del concepto "orden público", utilizada por el inciso cuarto de esta norma, con el fin de que las autoridades políticas hagan un correcto uso de la misma. En este sentido, García de Enterría nos dice que "el orden público es hoy en todos los países occidentales el ejemplo más claro de lo que más atrás hemos llamado un concepto jurídico indeterminado: no puede ser una facultad discrecional de la administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público, o amenaza de la misma, o incluir el más inicuo de los actos de la vida privada entre los actos contrarios al orden. Y por ello por razones muy simples: porque el criterium central que hemos utilizado para separar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, la unidad de solución justa, se cumple en el caso con fácil evidencia: una misma situación no puede ser a la vez conforme y contraria al orden, como un mismo señor puede ser designado Alcalde o no designado, sin perjuicio de que la vida social reserve necesariamente un "margen de apreciación" de cierta holgura -nunca en todo caso una discrecionalidad a la Administración para su calificación-".17 Por tanto la norma será declarada exequible.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la Corte Constitucional se INHIBE en relación con la Constitucionalidad del artículo 58 del Decreto Legislativo 1355 de 1970.

SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLES las partes acusadas de los siguientes artículos, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia:

b) El artículo 64.

c) El artículo 70.

d) El artículo 71.

e) El artículo 78.

f) El artículo 79.

g) El artículo 81.

h) El artículo 82.

i) El artículo 84.

j) El artículo 102, modificado por el artículo 111 del Decreto Legislativo 522 de 1971.

k) El artículo 105.

TERCERO: Declarar EXEQUIBLES por estar amparados por el artículo 28 transitorio las partes acusadas del artículo 56 literal a) y del artículo 62 inciso segundo.

CUARTO: Declarar INEXEQUIBLE la expresión "o en reglamento de policía", contenida en el artículo 57 del Decreto Legislativo 1355 de 1970, por lo aquí señalado.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Magistrado

FABIO MORON DIAZ VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

FABIO MORON DIAZ VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Magistrado Ponente

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Decreto 1335 de agosto 4 de 1970, publicado en el Diario Oficial Nro. 33139 de septiembre 4 de 1970.

2 Decreto 522 de de marzo 27 de 1971, publicado en el Diario Oficial Nro. 33300 de abril 29 de 1971.

3 Ver Sentencias de la Corte Constitucional Nos. C-02/93, C-170/93, C-345/93, entre otras.

4Corte Constitucional. Sentencia T-425. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

5Vid. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 21 de 1982. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz.

6Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia dic. 13 de 1979.

7Corte Suprema de Justicia. Sentencia de enero 27 de 1977.

8Gaceta Constitucional número 82. Mayo 25 de 1991, pág. 10.

9Corte Constitucional. Sentencia T-456 de 1992. Magistrados Sustanciadores Jaime Sanín Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz.

10Gaceta Constitucional Nro. 82. Sábado 25 de mayo de 1991, página 11.

11 Para la Corte Suprema de los Estados Unidos ver, entre otros, los casos Brinegar vs Estados Unidos, 338, US 160 (1949) y Mallory vs Estados Unidos 354 US 449 (1957). Para el sistema europeo, ver entre otros las siguientes decisiones de la Comisión Europea: Neumeister contra Austria del 6 de julio de 1964; Stogmuller contra Austria del 1 de octubre de 1964; El caso X contra RFA del 7 de diciembre de 1981. Igualmente de la Corte Europea ver, entre otros, los fallos de Ciulla contra Italia del 22 de febrero de 1989; el fallo Irlanda contra el Reino Unido del 18 de enero de 1978; el fallo Guzzardi contra Italia del 6 de noviembre de 1980; el fallo Fox, Campbell y Hartley contra el Reino Unido de 1990.

12Claude Albert Colliard. Libertés publiques. (7 Ed): Paris: Dalloz, p 250.

13Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1992. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

14Corte Constitucional. Sentencia C-059 de 1993.

15Corte Constitucional. Sentencia T-490 de 1992. Magistrado Sustanciador Eduardo Cifuentes Muñoz.

16Cfr, Sentencia C-175 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

17García de Enterría, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Tercera edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 1983. pag 63. Véase igualmente al respecto la jurisprudencia contenciosa francesa de principios de siglo, en la que se anularon actos locales que prohibían tocar las campanas de las iglesias, por considerar que tales conductas no alteran por sí

mismas el orden público. EN: Waline, Droit Administratif. 7a. edición, París, 1957, pag 578.