

Sentencia C-303/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

INTERPRETACION DE NORMA LEGAL POR CORTE CONSTITUCIONAL-Alcance

MEDIOS MATERIALES DE POLICIA-Definición

POLICIA ADMINISTRATIVA-Función preventiva/POLICIA JUDICIAL-Funciones

LIBERTAD PERSONAL-Triple naturaleza jurídica

LIBERTAD PERSONAL-Límites constitucionales

Con referencia a la libertad personal, que es la faceta de la libertad que concierne al asunto bajo estudio, la propia Carta ha previsto las reglas para su limitación, que la Corte constitucional ha reconocido reiteradamente, desde lo previsto en los artículos 28, 29, 30 y 32 C.P., como garantías constitucionales concretas para la salvaguarda de la misma. En efecto, la reserva judicial con el que también se procura asegurar que las limitaciones de la libertad personal sólo puedan operar conforme la estricta legalidad que semejante limitación implica. En este sentido, tras la declaración abierta y expresa de que toda persona es libre, se reconoce la posibilidad de que esta condición pueda ser afectada por la orden de prisión, arresto o detención, siempre y cuando la misma sea determinada por un juez competente. En el mismo sentido, se garantiza la inviolabilidad del domicilio la cual podrá ser restringida cuando así lo determine el juez, con todas las formalidades de ley.

FLAGRANCIA-Alcance

La flagrancia se convierte pues, en una excepción necesaria, oportuna y eficiente para perseguir e imponer responsabilidad a quien ha cometido un delito, a través de su captura que puede hacer cualquiera, el particular y la autoridad pública, pero que para proteger la libertad personal y la garantía de reserva de la primera palabra, debe llevar siempre a someter en el menor tiempo posible, al fiscal la valoración de esta aprehensión de la

persona y en su caso, al juez de control de garantías.

FLAGRANCIA-Supuestos

CAPTURA EN FLAGRANCIA-Deber de poner al capturado a disposición del juez inmediatamente

CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA ACTO DE APREHENSION MATERIAL-Fundamento

APREHENSION-Concepto

Técnicamente la aprehensión es la actividad física de sujetar, asir, inmovilizar o retener a alguien para conducirlo forzosamente ante la autoridad judicial; es la manera como se concretiza la captura, concepto jurídico que, en el ordenamiento jurídico colombiano, se deriva de la flagrancia o de una orden de una autoridad judicial en razón de la presunta comisión de un delito y que, por lo tanto, es un acto jurídico que priva legítimamente de la libertad y activa una serie de garantías y procedimientos especiales.

CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA-Límite temporal de treinta y seis (36) horas

Para la jurisprudencia constitucional, el aprehendido tiene derecho a ser llevado ante un juez, dentro de máximo 36 horas.

PRIVACIDAD-Concepto

APREHENSION-Casos en que procede

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Garantías constitucionales

LIBERTAD PERSONAL-Alcance

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Protección constitucional

En la Constitución Política de 1991, la libertad adquirió un carácter central y transversal del régimen constitucional, al tratarse, a la vez, (i) de un valor constitucional, incluido en el Preámbulo de la norma suprema, al lado, entre otros, de la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz; (ii) un principio que irradia toda la acción estatal y se sustenta en

varios contenidos constitucionales: en la protección de las libertades, como fin esencial del Estado -artículo 2-, en el establecimiento de la Constitución y la ley no como habilitantes, sino como límites a la libertad, cuyo desconocimiento genera responsabilidad de las personas -artículo 6- y, en la declaración formal, según la cual “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley” -artículo 13-; y, (iii) una serie de derechos-libertades fundamentales, como la libertad personal, fundada en la idea de que “Toda persona es libre” -artículo 28-, la libertad de locomoción -artículo 24-, el libre desarrollo de la personalidad -artículo 16-, la libertad de consciencia -artículo 18-, la libertad de cultos -artículo 19-, las libertades de expresión y de información -artículo 20-, la libertad de locomoción -artículo 24-, de escoger profesión u oficio -artículo 26- y de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra -artículo 27-. Se trata, todas, de libertades mínimas de un Estado democrático, como el colombiano. Esta triple calidad constitucional de valor, principio y derecho, permite afirmar que en nuestro sistema jurídico la libertad es la regla y, por lo tanto, sus restricciones deben ser excepcionales, del menor rigor posible, su interpretación debe ser restrictiva y, en caso de duda, debe resolverse en favor de la libertad (interpretación pro libertate). Además, en tratándose de derechos - libertades, su satisfacción se logra, esencialmente, aunque no exclusivamente, mediante la garantía de las condiciones mínimas para su ejercicio, conocidas como orden público.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL-Garantía de reserva judicial

En atención de esta facultad, es posible concluir que, constitucionalmente, únicamente es posible privar de la libertad a las personas, (i) por una orden proferida por una autoridad judicial competente (artículo 28 de la Constitución), sea ésta la Corte Suprema de Justicia, los jueces de control de garantías o, excepcionalmente, la Fiscalía General de la Nación, como autoridad judicial perteneciente a la Rama Judicial o, (ii) cuando se trate de un delito flagrante (artículo 32 de la Constitución). Al ser la libertad la regla y su privación la excepción, en el Estado de Derecho colombiano, en el que no existen competencias implícitas, la competencia para privar de la libertad, atribuida a una autoridad judicial, debe ser clara y expresa, de tal manera que no basta con la intervención de un juez para que proceda la medida, sino es necesario que la Constitución y la Ley le hayan directa e indiscutiblemente asignado la función de ordenar medidas de privación de la libertad. Por esta razón, la reserva judicial en materia de privación de la libertad, no resulta constitucionalmente satisfecha ni con la atribución de funciones jurisdiccionales a

autoridades administrativas, en desarrollo del artículo 116 de la Constitución, ni a través del ejercicio de funciones de policía judicial, por parte de entidades que no constituyan autoridades judiciales.

DETENCION PREVENTIVA-Líneas jurisprudenciales constitucionales

PRIVACION DE LA LIBERTAD-Competencia de autoridades judiciales

En síntesis, de la prolífica jurisprudencia constitucional expuesta en materia de la libertad personal o física, es posible concluir que, aunque en un primer momento se interpretó que el segundo inciso del artículo 28 de la Constitución autorizaba la privación administrativa de la libertad, con el único fin de identificar a las personas y permitir su judicialización - detención administrativa preventiva derivada de aprehensión material-, dicha interpretación fue abandonada, al considerar que la reserva judicial estricta en la materia concierne, en el derecho colombiano, no únicamente el control de la regularidad de la aprehensión (reserva de la última palabra), sino también la orden judicial de privación de la libertad (reserva de la primera palabra). Por consiguiente, se declaró la inconstitucionalidad de una serie de potestades que significaban una privación administrativa de la libertad. Lo anterior no excluyó que se avalara la constitucionalidad de restricciones de la libertad, ordenadas por autoridades administrativas, a condición de que las mismas tuvieran una finalidad no sancionatoria, no significaran una privación de la libertad y, en su ejecución, se respetaran los principios y derechos constitucionales en juego. Así, a la luz de la Constitución Política de 1991, la privación de la libertad únicamente puede resultar de la orden proferida por una autoridad judicial competente (artículo 28 de la Constitución), incluida la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de esta competencia jurisdiccional excepcional o de la captura en flagrancia (artículo 32 de la Constitución).

PRIVACION DE LA LIBERTAD-Garantías que deben rodearla

CAPTURA EN FLAGRANCIA-Concepto

FLAGRANCIA-Alcance/FLAGRANCIA-Supuestos

[L]a flagrancia no se limita a aquella hipótesis en la que (i) la persona es aprehendida en el momento mismo en el que se encuentra cometiendo la conducta -flagrancia en sentido

estricto-, sino también (ii) cuando es aprehendida inmediatamente después de la conducta, pero como resultado de una persecución, de un señalamiento de un hecho que acaba inmediatamente de ocurrir o de la utilización de medios de videovigilancia y la persona es aprehendida inmediatamente después -flagrancia extendida-; igualmente (iii) cuando es capturada con objetos o instrumentos o en el vehículo utilizado para huir, a partir de los cuales es posible inferir razonablemente que acaba de realizar la conducta punible -flagrancia inferida por las cosas-. En todos los casos, a pesar de que se acepta la excepción a la reserva judicial de la primera palabra, el aprehendido debe ser puesto, en el menor tiempo posible, a disposición del juez de control de garantías quien verificará las condiciones de la captura.

NORMA ACUSADA-Constitucionalidad del contenido del artículo y condicionamiento del fallo

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO-Pieza representativa del principio de separación entre lo público y lo privado

DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO-Protección constitucional

DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO-Autorización del morador en casos de flagrancia

CODIGO NACIONAL DE POLICIA-Alcance de la expresión “imperiosa necesidad” contenida en norma sobre ingreso de la Policía Nacional a domicilio sin orden de autoridad judicial competente

DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO-Excepciones de origen

Expediente: D-11933

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 168 (parcial) de la Ley 1801 de 2016, Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

Actor: Jorge Enrique Figueroa Morantes.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el artículo 241.4 de la Constitución, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El ciudadano Jorge Enrique Figueroa Morantes, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demanda la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 168 (parcial) de la Ley 1801 de 2016, “Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”, en adelante CNP.

Mediante providencia del 15 de febrero de 2017, el Magistrado sustanciador dispuso: Admitir la demanda la demanda de la referencia en contra el artículo 168 (parcial) de la Ley 1801 de 2016, por la posible vulneración de los artículos 15, 28 y 29 de la Constitución Política.

También dispuso correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijar en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma y comunicar, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, la iniciación del mismo al Presidente de la República, para los fines previstos en el artículo 244 de la Constitución, así como al Presidente del Congreso y al Ministro de Justicia y del Derecho. Se invitó a participar en el presente juicio al Ministerio del Interior, a la Defensoría del Pueblo, a la Policía Nacional, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a la Alcaldía de Medellín, a la Alcaldía de Barranquilla, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Jurisprudencia y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario, a la facultad de derecho de la Universidad de la Sabana, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la facultad de derecho de la Universidad Libre, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la Universidad de Caldas, a la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, a la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte y a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la presente demanda.

A. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016. La norma acusada se transcribe a continuación y se subraya la parte demandada, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016:

LEY 1801 DE 2016

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

“ARTÍCULO 168. APREHENSIÓN CON FIN JUDICIAL. El personal uniformado de la Policía Nacional, podrá aprehender a una persona en sitio público o abierto al público, o privado, cuando sea señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito o cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido, siempre que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia.

El personal uniformado de la Policía Nacional la conducirá de inmediato a la autoridad judicial competente, a quien le informará las causas de la aprehensión, levantando un acta de dicha diligencia.”

B. LA DEMANDA

A juicio del demandante la norma del Código Nacional de Policía vulnera los derechos a la libertad personal y las garantías que la rodean, previstas en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, así como el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad que allí se desarrolla, soportado en los artículos 15 y 28 de la Constitución. En particular, considera que el otorgar competencia al personal uniformado de la Policía Nacional para aprehender a una persona en lugar privado o abierto al público, sin exigir que medie una

orden judicial, o de la Fiscalía, o flagrancia, desconoce que la Constitución Política prevé únicamente esas hipótesis como causales válidas de privación de la libertad. Para el demandante, la norma vulnera el principio de libertad, porque basta con que alguien sea señalado de haber cometido una infracción penal, mediante una denuncia o señalamiento que puede resultar infundado, para que la persona pueda ser capturada. Explica las diferencias que existen entre la flagrancia y el simple señalamiento de haber cometido un delito, como lo prevé la norma. Cita, como ejemplo, que bastaría que una persona señale, en la calle, a otra como culpable de haber cometido un delito seis años atrás, para que ésta sea capturada, incluso si se trata de una falsa denuncia.

Además, la posibilidad de ingresar a lugar privado, sin exigir orden judicial, desconocería, a su juicio, la inviolabilidad del domicilio y los valores que allí se protegen, como la intimidad. Agrega que, de las previsiones de la norma, bastaría con que una persona haya señalado y presente denuncia formal, para que la policía pueda aprehender a una persona, lo que desconocería las garantías constitucionales que rodean la a la libertad personal.

Explica que las hipótesis previstas en la norma cuestionada, no coinciden con las que la Corte Constitucional ha declarado conformes al texto superior por tratarse de restricciones momentáneas o transitorias, por ejemplo, en la sentencia C-822 de 2005, ya que éstas no tienen fines de judicialización, ni vocación de permanencia, como sí las tienen las que prevé la norma cuestionada.

Considera que, si bien la norma puede consultar fines legítimos, como lograr la judicialización de presuntos responsables de delitos, desconoce, de manera desproporcionada, garantías constitucionales y afecta gravemente la libertad personal, sin que esto pueda compensarse con el requisito exigido de que basta con formular denuncia bajo la gravedad del juramento.

Agrega que se trata de una medida inidónea ya que es probable que, una vez presentada ante el juez, la persona sea dejada en libertad porque que en el término corto de 36 horas es posible que no se hayan recaudado las pruebas suficientes para soportar la versión del denunciante. Precisa que la medida no es necesaria porque medios menos invasivos de la libertad, cumplirían el mismo fin, tales como la citación y la orden de captura ordenada en

debida forma. Concluye que el instrumento es desproporcionado porque causa un daño mayor a la libertad, que el eventual y no cierto beneficio que traería y, en realidad, aumentaría el número de demandas por privación injusta de la libertad.

En cuanto a la posibilidad de realizar la captura en lugares privados o abiertos al público, sin orden judicial, sostiene que vulnera el núcleo esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lugar privilegiado de privacidad, de acuerdo con la sentencia C-366 de 2014, sentencia que considera, no obstante, confusa e insuficiente en la protección del mismo. Expone que la norma desconoce las garantías que protegen la inviolabilidad del domicilio, ya que ni siquiera la norma demandada condiciona el acceso a lugares privados, al requerimiento del morador y su posterior consentimiento, para poder penetrar en estos lugares.

C. INTERVENCIONES

1. De entidades públicas

a. Policía Nacional

El Secretario General de la Policía Nacional[1] intervino en el proceso para defender la exequibilidad de la norma bajo examen. De manera preliminar, el interviniente resalta el carácter preventivo del Código de Policía para permitir la convivencia en lugares públicos, zonas comunes, lugares abiertos al público o que, siendo privados, trasciendan a lo público. Resalta que la Ley 1801 de 2016 quiso desligar el Código de Policía de la normatividad penal y, por consiguiente, no se refirió a contravenciones, sino a comportamientos contrarios a la convivencia, que conducen a la imposición de medidas correctivas. Considera que el demandante omite esto y olvida la esencia no penal del Código de Policía.

Para él, las medidas correctivas del Código de Policía no son manifestaciones del ius puniendi del Estado y responden al equilibrio entre los elementos de la divisa nacional: libertad y orden.

Explica que la aprehensión con fines judiciales tiene su más remoto antecedente en la sentencia C-024 de 1994 en donde se denominó captura preventiva administrativa, pero la discusión fue cerrada en la sentencia C-176 de 2007, donde se exigió orden judicial previa, salvo únicamente el caso de flagrancia. A su juicio esta posición deja al personal uniformado

en la imposibilidad de apoyar a las posibles víctimas mediante la aprehensión de los presuntos responsables, ni siquiera para ser plenamente identificados y presentados ante la autoridad judicial, para no incurrir en privación injusta de la libertad. Sostiene que la norma busca proteger al ciudadano “que cuando es víctima de una conducta punible y desconoce el paradero del responsable, sea por indefensión cuando no puede aprehender al sujeto activo de la conducta, pero sin embargo, días, meses o años después lo observa buscando incurrir en nuevos delitos, deseando denunciar pero desconoce su plena identidad, o después de haber denunciado, considera oportuno complementar la información, al observar al responsable de la conducta, busca el uniformado de policía para que le colabore con esa gestión”. Explica, entonces, que la norma no prevé una forma de privación de la libertad, ni retención, sino traslado con fines de identificación ante un despacho judicial, en compañía de quien presentará la denuncia o la complementará, pero nunca puede dar lugar a privarlo de la libertad. De esta manera, a su juicio se garantizaría el derecho de acceso a la justicia de la víctima para que pueda identificarse a su victimario.

Para el interviniente, de las tres hipótesis previstas en la norma (persona señalada de cometer delito, particular que pide auxilio y agente que aprende a su agresor), la única que generaría dudas respecto de su constitucionalidad es la primera, pero se descartaría al no tratarse de una privación de la libertad. Las otras dos causales se referirían a hipótesis de flagrancia. Explica que el deber de llevar a la persona aprehendida ante la autoridad judicial, permite un control inmediato de la regularidad de la actuación policial. Agrega que la norma busca evitar que, frente a la inacción policial, las víctimas acudan a la justicia de propia mano.

Respecto de la aprehensión en espacio privado, el interviniente explica que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 1801 de 2016 el espacio público también cubre lugares abiertos al público o utilizados para fines sociales, comerciales e industriales. Por esta razón considera que la referencia que hace la norma a los espacios privados debe entenderse que se trata de los espacios privados abiertos al público, de acuerdo con el artículo 86 del mismo código que se refiere al control de actividades que trascienden a lo público. Para corroborar esta interpretación, el interviniente resalta que la norma no utiliza la expresión domicilio, por lo que debe entenderse que cuando se refiere a privados son aquellos donde se realizan actividades que trascienden a lo público.

b. Alcaldía Mayor de Bogotá

La Directora de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Alcaldía de Bogotá[2], solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada.

Explica que la norma no desconoce los artículos 15 y 28 de la Constitución, ya que ambas normas remiten al legislador la determinación de los motivos para limitar dichas libertades. Además, sostiene que la norma no tiene ningún vicio, ya que prevé que existirá un debido proceso posterior a la aprehensión. También indica que, de una lectura sistemática de la norma, se puede concluir que la aprehensión exige inmediatez respecto de la comisión del delito y, en este sentido, la norma demandada es coincidente con el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, relativa a la flagrancia. Indica así que todas las hipótesis previstas en la norma controvertida se refieren, en realidad, a la flagrancia y, en este sentido, se encuentran ligadas las unas, a las otras. Sustenta su afirmación en el concepto de flagrancia adoptado en la sentencia C-239 de 2012.

c. Defensoría del Pueblo

La Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo[3] solicita que se declare la inexequibilidad de algunos apartes de la norma demandada y la exequibilidad condicionada de otros. Para esto, realiza un recuento del alcance del derecho a la intimidad, precisa las excepciones a la reserva judicial en la protección de la libertad y señala el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Explica que existen tres tipos de flagrancia que responden al artículo 32 de la Constitución: la flagrancia en estricto sentido, la cuasi flagrancia (que ocurre cuando la persona es individualizada al momento de cometer el delito y es aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio) y la flagrancia inferida (que ocurre cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de las que puede inferirse que momentos antes cometió un delito).

Para la interviniente, la norma bajo examen es problemática, al contradecir la garantía de reserva judicial para la privación de la libertad, ya que establece hipótesis que no corresponden ni a la flagrancia, ni a la orden de la Fiscalía General de la Nación, únicas excepciones constitucionales a la orden judicial previa. Así, considera que la posibilidad de

aprehender cuando la persona señalada de haber cometido infracción penal no constituye un caso de flagrancia y prevé una autorización confusa e indeterminada. Considera que la norma permite varias interpretaciones e incluso podría pensarse que dicho señalamiento podría basarse en información contenida en medios de comunicación. Sostiene que la indeterminación de esta causal somete a un riesgo alto la libertad personal.

Respecto de la hipótesis de aprehensión cuando un particular haya pedido auxilio o lo haya aprehendido considera que tampoco encuadra en el concepto de flagrancia y resulta indeterminada ya que no se especifica si el auxilio se realiza en situación de flagrancia. Agrega que el requisito de que la persona concurra a presentar la denuncia no permite inferir que existió delito, ni que exista flagrancia y es un requisito abiertamente desproporcionado frente al deber de capturar a los delincuentes en flagrancia.

Por estas razones, considera la Defensoría del Pueblo que, salvo la hipótesis de flagrancia, las otras causales de aprehensión vulneran la garantía de reserva judicial inherente a la libertad personal.

En cuanto al derecho a la intimidad, considera que resultaría afectado si se permite la captura en sitios privados, por fuera de las hipótesis previstas en el artículo 32 de la Constitución.

En conclusión, solicita que las hipótesis diferentes a la flagrancia, así como el deber de concurrir a formular la denuncia sean declaradas inexecutable y la captura en flagrancia, en sitio privado, sea declarada condicionalmente executable, bajo el entendido de que sólo podrá cumplirse en las hipótesis previstas en el artículo 32 de la Constitución.

d. Ministerio de Justicia y del Derecho

La Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico[4] intervino para solicitar la declaratoria de executable de la norma demandada. Explica que su antecedente se encuentra en el artículo 67 del Decreto Ley 1355 de 1970 que tiene un contenido equivalente al de la norma actual, salvo que la nueva norma incluye la aprehensión en lugar privado. Considera que el demandante realiza una interpretación aislada de las expresiones “o abierto al público o privado” ya que el artículo 32 del mismo Código definió lo que se entiende por lugares no privados, por lo que deberá interpretarse

que la palabra privado se refiere a lugares privados abiertos al público o utilizado para fines sociales, comerciales o industriales, sin que esto incluya el domicilio.

Respecto de la expresión “señala de haber cometido infracción penal” considera que debe ser entendida que no contempla cualquier señalamiento, sino aquel que constituye un indicio de la comisión de un delito, lo que no resulta inconstitucional al materializar el deber de denuncia, el debido proceso y el derecho de defensa.

En cuanto a la aprehensión cuando un particular haya pedido auxilio o haya sido aprehendido por quien denunciará, considera que esta hipótesis ya se encuentra en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004 relativa a la flagrancia. Fundada en las sentencias C-024 de 1994 y C-239 de 2012, concluyó que la aprehensión examinada constituye una detención que se encuentra dentro de las excepciones al artículo 28 de la Constitución. Por estas razones solicitó la declaratoria de exequibilidad de la norma bajo examen.

2. Intervenciones de las organizaciones académicas

a. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

A través de uno de sus miembros[5], el ICDP interviene para solicitar la exequibilidad simple de algunos apartes de la norma bajo control y la constitucionalidad condicionada, de otros.

Explica el interviniente que la aprehensión con fin judicial se trata de una restricción de la libertad para efectos de un proceso penal, por lo que la norma se encuentra íntimamente ligada con las figuras de la flagrancia, el registro y el allanamiento. Refiere la sentencia C-024 de 1994 para sostener que la norma no afecta la inviolabilidad del domicilio, al referirse a sitios públicos o abiertos al público. También recuerda la definición de flagrancia contenida en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, la que coincide parcialmente con la norma demandada.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de aprehender en sitios privados, refiere el contenido de los artículos 229 y 230 de la Ley 906 de 2004, relativos al registro y allanamiento en caso de flagrancia por orden de la Fiscalía y las excepciones a dicho requisito, cuando hay consentimiento del propietario, arrendatario o morador. A partir de estas normas, considera

que la hipótesis de la persona sorprendida en flagrancia y se refugia en su propio domicilio, no existe inconstitucionalidad. No obstante, resulta inconstitucional a la luz del artículo 32 de la Constitución la interpretación según la cual cuando la persona se refugia en domicilio ajeno, la policía no deberá pedir el consentimiento del morador, algo que ni siquiera puede realizar la Fiscalía. Por esta razón solicita la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la expresión “en sitio privado” “en el entendido que (sic), cuando la persona por capturar se refugia en domicilio ajeno, la facultad de acceso de la Policía Nacional a los sitios privados sin orden judicial previa ni consentimiento del propietario o tenedor es constitucional únicamente en situaciones de urgencia, con la finalidad de proteger bienes jurídicos que se encuentren en riesgo de agresión actual o inminente. En los demás casos, será ineludible obtener o bien la orden expedida por la Fiscalía General de la Nación o bien el consentimiento del propietario o tenedor”. Explica que esta hipótesis ocurre cuando una persona pide auxilio desde un lugar privado y sólo resulta procedente cuando se trata de una conducta que constituye un delito, no una falta civil o administrativa.

Considera que también admite varias interpretaciones la hipótesis en la que la captura resulta cuando un particular lo haya aprehendido. Una primera interpretación significaría que los particulares se encuentran autorizados para ingresar a un domicilio ajeno sin existir flagrancia, ni consentimiento del morador. Una segunda interpretación explica que la aprehensión legítima sólo es aquella que se realiza en un lugar del cual es propietario, tenedor o que tuvo acceso o permanencia legítima. A su juicio, sólo esta segunda interpretación resulta constitucional, por lo que debería declararse la constitucionalidad condicionada de la expresión “o cuando un particular... la haya aprehendido” bajo el entendido de que, si la aprehensión se realizó en un sitio privado, debe encontrarse en el lugar de manera legítima.

En cuanto a la expresión “cuando sea señalada de haber cometido infracción penal” considera el interviniente que plantea el tema de la actualidad o inmediatez de la situación de flagrancia, ya que si se interpreta que esta hipótesis se refiere a un caso donde no hay flagrancia, la norma sería inconstitucional, interpretación soportada en la lectura literal de la norma. Explica que las otras hipótesis en las que la ley penal considera que también existe flagrancia, por ejemplo, cuando la persona es sorprendida con los objetos o instrumentos con los que cometió el delito, se configura la figura de la cuasi-flagrancia, que

la sentencia C-024 de 1994 denominó el moderno concepto de flagrancia. No obstante, precisa que la inmediatez o actualidad respecto del momento de la comisión del delito es un elemento connatural a la misma y es la única razón que justifica que no se requiera la orden judicial para la captura. Por lo tanto, solicita que la Corte declare la constitucionalidad condicionada de la expresión “cuando sea señalada de haber cometido infracción penal”, bajo el entendido de que esta captura sólo procederá cuando se verifique la actualidad o inmediatez entre la comisión del delito y la sindicación contra una persona. Por eso, solicita también que la Corte desarrolle lo que se entiende por dicha conexión espacio temporal entre el delito y el señalamiento para ser cubierta la captura bajo la figura de la flagrancia.

3. Intervenciones extemporáneas

Por fuera del término previsto para la intervención ciudadana, se recibió la intervención de la Alcaldía de Medellín[6] y de las Universidades del Rosario[7], de Caldas[8] y Externado de Colombia[9].

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación[10], en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, emitió en su oportunidad el Concepto 6295, por medio del cual solicita la exequibilidad condicionada de algunos apartes de la norma demandada y la inexequibilidad de otras.

En primer lugar, el Procurador resalta el alcance e importancia del derecho a la intimidad, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y sostiene que las esferas de la intimidad que podrían verse afectadas con la aprehensión con fin judicial en un lugar privado, serían la personal y familiar. Explica que el ingreso de la policía al domicilio, sin orden previa, de acuerdo con el artículo 163 de la Ley 1801 de 2016, es excepcional. Precisa que la norma demandada debe ser interpretada de manera sistemática a la luz de los artículos 32 (en el que se define el espacio público y lo que no constituye espacios privados) y 163 del mismo Código, para no conducir a una interpretación errónea de la misma. Sostiene que la norma demandada, de acuerdo con una interpretación sistemática del código, al referirse a lugares privados, no se trata del domicilio, sino de los lugares privados que tengan una destinación social, comercial e industrial. Para él, no se pueden asimilar los espacios privados abiertos

al público, al domicilio, ya que su titular admite por su voluntad el acceso al público, por lo que la aprehensión por la policía en dichos lugares, no afecta la intimidad. Distinto es el caso del domicilio, ya que cuando se requiera capturar allí a alguien, es necesaria la autorización del morador. Explica que la norma tampoco se refiere al acceso al domicilio en circunstancias de imperiosa necesidad (artículo 163 del Código de Policía). Considera que la interpretación según la cual la norma demandada permite el ingreso al domicilio sin autorización del morador, para aprehender a alguien, es abiertamente inconstitucional. Por estas razones, solicita que se declare la constitucionalidad de las expresiones abierto al público y privado bajo el entendido de que se refieren a bienes con las características previstas en el artículo 32 del mismo código.

En lo que se refiere al cargo relativo a la vulneración del derecho a la libertad por la expresión señalada de haber cometido infracción penal, el Ministerio Público comparte la acusación del demandante, en el sentido de que podría permitir la arbitrariedad y no responde a las exigencias constitucionales para la captura, ya que la expresión indicada no hace referencia a la flagrancia. La inconstitucionalidad deriva del hecho de que el legislador no puso un límite temporal para efectuar el señalamiento y no podría entenderse que se refiere a la flagrancia, ya que la norma utiliza la expresión “o”, para diferenciar esta hipótesis de la flagrancia. Por esto solicita que la expresión sea declarada inconstitucional. A su juicio, la hipótesis aquí prevista no corresponde ni a una flagrancia, ni a una captura administrativa, ni evidentemente hay orden judicial, por lo que resulta claramente inconstitucional.

En cuanto a la expresión “cuando un particular haya pedido auxilio o haya aprendido al infractor de la ley penal, siempre que el solicitante concurra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia” considera la vista fiscal que no es inconstitucional, pero requiere aclaraciones. Explica que cuando es la policía quien captura en flagrancia, la víctima no tiene la carga de acudir a presentar la denuncia, caso distinto de si es ella la que realizó la captura. También considera que la expresión relativa a una persona que pida auxilio, debe ser entendida como flagrancia, es decir, que debe existir conexidad temporal entre la conducta delictiva y el llamado de auxilio. En ese sentido solicita que se declare la constitucionalidad condicionada de la expresión. Agrega que la carga impuesta por el legislador de presentar la denuncia es razonable y proporcionada frente a la libertad individual y, por lo tanto, el legislador no desconoció su discrecionalidad

en la materia.

E. PRUEBAS RECAUDADAS

Mediante Auto del 18 de abril de 2017, el Magistrado sustanciador, fundado en el artículo 10 del Decreto Ley 2067 de 1991, consideró que a pesar de que la Policía Nacional intervino en el presente proceso, durante la fijación en lista, era necesario decretar pruebas adicionales, con el fin de precisar algunos aspectos de interés para la resolución del caso. Así, ordenó oficiar a la Policía Nacional para que respondiera una serie de preguntas.

También ordenó, que una vez se encontraran recaudadas dichas pruebas, fueran puestas a disposición del Procurador General de la Nación y de los intervinientes.

El 3 de mayo del 2017 se recibió el oficio suscrito por el Secretario General de la Policía Nacional[11], en donde se respondió a los interrogantes formulados. El oficio comienza por explicar las distintas formas de captura que han existido en Colombia: la que resulta de una orden judicial; la que ocurre en situación de flagrancia; la retención transitoria (prevista en el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970, declarado inexecutable mediante la sentencia C-720 de 2007); la captura preventiva administrativa (que considera fundada en el artículo 28 de la Constitución y soportada en la sentencia C-024 de 1994). Respecto de esta última, el oficio explica que, de acuerdo con la jurisprudencia, la captura preventiva administrativa debe cumplir 9 requisitos: (i) deben existir motivos fundados, objetivos que indiquen que la persona capturada es probablemente autora de infracción o partícipe de ella; (ii) debe ser necesaria, es decir que debe operar en situaciones de apremio que impiden exigir la orden judicial, so pena de que la captura sea ineficaz; (iii) tiene como único objeto verificar, de manera breve, los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o para identificar a la persona y, si es del caso, poner a la persona a disposición de las autoridades judiciales competentes para que se investigue la conducta; (iv) está sometida a limitaciones temporales, ya que no puede sobrepasar las 36 horas, luego de las cuales la persona debe ser liberada o puesta a orden de autoridad judicial competente; (v) la medida debe ser proporcionada en razón de la gravedad del hecho y no puede significar una limitación desproporcionada de la libertad de la persona; (vi) se aplica el habeas corpus con fundamento en el artículo 30 de la Constitución; (vii) no pueden ser detenciones discriminatorias respecto de ciertos grupos sociales por prejuicios

“peligrosistas”; y (ix) la realización de la captura administrativa o gubernativa debe respetar la dignidad humana, lo que implica que se deben informar las razones de la detención, los derechos que le asisten, incluida la asistencia de un abogado y a no declarar contra sí mismo o sus próximos y el trato de ser humano. Todo esto de acuerdo no sólo con el artículo 29 de la Constitución, sino del artículo 10-1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Explica el documento que la detención administrativa es necesaria para la eficacia de la acción policial para la seguridad ciudadana y la persecución eficaz de los delitos. Arguye que esta figura operaba cuando existía un proceso penal abierto, pero no había sido posible identificar al presunto responsable. El término de las 36 horas permitía verificar las órdenes de captura, los procesos en curso y poner a disposición de la autoridad judicial. No obstante, esta facultad fue declarada inconstitucional mediante la sentencia C-176 de 2007.

Respecto de cada una de las preguntas respondió:

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código de Policía, Ley 1801 de 2016, en particular, de su artículo 16:

1. ¿Cuál era el trámite que debía seguir el agente de Policía, cuando una persona señalaba a otra de ser el autor de algún delito, del cual aseguraba haber sido víctima?

Explica que el artículo 67 del Código de policía anterior ya preveía la figura de la captura por el personal uniformado de la policía en las mismas condiciones de la norma demandada. En tal circunstancia, el procedimiento policial era: 1. Registrar al posible victimario, para trasladarlo, con el denunciante, a la sala de denuncias. 2. En la sala de denuncias se cuenta con el apoyo de la policía judicial para identificar al posible victimario. 3. Se recibe la noticia criminal y 4. Una vez recibida la denuncia, ambas personas, denunciante y denunciado pueden abandonar la sala de denuncias y continuar con sus actividades normales.

Explica que se instruía permanentemente al personal uniformado para que (i) no ingresen al señalado a la sala de retenidos, capturados o similares. (ii) sólo utilizar el tiempo estrictamente necesario para conducir a la persona e identificarla. (iii) Si la víctima se niega

a comparecer, no trasladar al posible victimario y no suministrar información del posible victimario a la víctima, para evitar justicia por propia mano. (iv) Registrar el traslado en las minutas y libros de cada unidad de policía. (v) Una vez instaurada la denuncia, permitir que ambas personas abandonen el recinto.

2. ¿Estaba legitimado el agente de Policía para aprehender al señalado de haber cometido un delito, por el señalamiento de otra de ser el autor y ella la víctima, a pesar de no tener orden judicial ni flagrancia?

Ante el llamado urgente de quien hace poco ha sido víctima de un delito, se apoya a la persona para garantizarle el derecho de acceso a la justicia, ya que, con la individualización del victimario, el proceso tendrá mayores posibilidades de ser exitoso. Se trata de un respaldo de las entidades públicas a las víctimas de delitos comunes que evita que la falta de individualización del victimario, permita la impunidad.

Explica que la figura permite que quien reconoce a quien hace unos días, una semana o un mes antes lo convirtió en víctima porque, por ejemplo, le rompió el vidrio del vehículo, le sustrajo el bolso, lo amenazó con arma de fuego o le quitó el celular, pueda pedir que lo capturen para evitar que continúe haciéndole daño a la sociedad y se permita su individualización.

3. ¿La decisión al respecto, por parte del agente de Policía era discrecional o reglada?

Teniendo en cuenta que la facultad se encontraba prevista en el artículo 68 del Código, la competencia era reglada. Para la identificación en la sala de denuncias, existe el procedimiento Código: 21J-PR-0038 que envía de manera anexa. También la identificación responde a los procedimientos Código 2DC-PR-GU-0006 y el formato de tarjeta decadaactilar n. EDC-PR-GU-0002, también anexos

4. ¿La decisión de aprehensión o no, dependía de algunas circunstancias particulares que rodeaban el señalamiento, por ejemplo: la credibilidad de la indicación; el tiempo que transcurrió entre los hechos y el señalamiento al agente de Policía; el que la persona señalada tuviera en su poder los instrumentos con los que cometió el hecho o los frutos del mismo; la disponibilidad de quien señala ser víctima del delito de acudir de inmediato a interponer la correspondiente denuncia, etc.?

Explica que era necesario que la persona que señalaba acudiera de inmediato a interponer la noticia criminal a la sala de denuncias de la Policía Nacional. “En el evento de tener instrumentos con los que cometió el hecho, de igual procedía la disponibilidad de la persona para acudir de inmediato a interponer la denuncia”.

5. ¿Variaba el procedimiento si el señalado como autor de un delito se encontraba en un lugar público, abierto al público o privado?

Considera que la captura en lugar público o abierto al público no amerita explicación. Respecto de la captura en lugar privado existen dos situaciones: (i) si el presunto victimario se encuentra en su propio domicilio, no podrá capturarse y se indica a la víctima que podrá informar a la Fiscalía el lugar donde reside su victimario, para que ellos procedan a identificarlo. (ii) si no corresponde a su propio domicilio, se deberá solicitar la autorización del titular del derecho a la intimidad del lugar. Si dicha autorización no se obtiene, no se podrá ingresar. Los agentes de policía son instruidos de no ingresar a domicilios privados, sin autorización de los moradores.

6. ¿Cuáles eran las normas legales y reglamentarias e incluso circulares que sustentaban dichos procedimientos? Se solicita remitir copia de las disposiciones infra legales correspondientes.

El artículo 68 del Decreto Ley 1355 de 1970. El procedimiento de recepción de denuncia Código 21J-PR-0038. El procedimiento Guía para la solicitud de tarjetas decadactilares y/o foto cédulas para la verificación de identidad N. 2DC-PR-GU-0002. El procedimiento de toma de impresiones dactilares a personas Código n. 2DC-PR-GU-0006

7. ¿Ha variado la situación respecto de los interrogantes anteriores con la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016? Y, llegado el caso ¿Ha sido necesario ajustar el régimen infra legal respectivo mediante reglamentos o circulares? Si es del caso, se solicita remitir copia de los actos administrativos y circulares correspondientes.

Responde que en nada ha variado la respuesta a los interrogantes anteriores, con la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016. No obstante, ha sido necesario ajustar el régimen infra legal respectivo, las guías para el personal uniformado.

Entre las actualizaciones se encuentra la Guía llamada “Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional frente al Código Nacional de Policía y Convivencia”, mediación pedagógica utilizada en el Seminario de actualización Ley 1801 de 2016 y se anexa.

Explica que si la persona que señala no acude a presentar la denuncia no es posible aprehender al señalado, so pena de incurrir en privación injusta de la libertad. Agrega que la persona se conduce esposada para un mejor control ante un ataque repentino.

También explica que la Resolución 00012 del 2 de enero de 2017 adoptó el nuevo formato de comparendo (acto administrativo) en el que se registrará la aprehensión que contiene una casilla n. 4 especialmente prevista para indicar que se realizó una aprehensión con fin judicial[12]. Anota que cada formato de orden de comparendo tiene un número único por departamento y municipio que se asigna individualmente a cada uniformado. Cada formato debe precisar fecha y hora del incidente lo que permite controlar la actuación del uniformado. Desde el mismo abordaje del presunto infractor, el policía debe reportar el hecho a la central de radio de la Policía Nacional, la que abre un expediente electrónico y le asigna un número a cada incidente, el que debe plasmarse en la parte superior de la orden de comparendo. El expediente electrónico es conservado por el Centro Automático de Despacho o similar de cada municipio o distrito. Cada orden de comparendo es digitalizado en el Registro Nacional de Medidas Correctivas del artículo 184 del Código de Policía. Todo esto explica, para el Secretario General de la Policía, que la actividad se encuentra rodeada de garantías que impiden la arbitrariedad. También el mismo Código Nacional de Policía en sus artículos 19, 21 y 235 prevé mecanismos para evitar la arbitrariedad y acudir a formular denuncias.

Dentro de los documentos anexos se destaca la Guía llamada “Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional frente al Código Nacional de Policía y Convivencia” que en su punto 2.2.4 se refiere a la norma bajo examen en los siguientes términos “Lo que se pretende con este medio es dotar a las autoridades de policía (cuerpo de policía) para que aprehenda a una persona en lugar público o privado, cuando sea señalada por otra, como responsable de conducta punible y no existe flagrancia, orden judicial, ni proceso de investigación judicial por el delito. Ejemplo N. 20: Una señora señala al policial, el sujeto que el día anterior le hurtó la cartera, hecho aún no denunciado; el policial

aplica sistema táctico, y traslada al victimario junto con la víctima a la sala de denuncias, una vez identificado el sujeto aprehendido e instaurada la denuncia en contra del mismo, se deja en libertad, registrando la actuación en el libro de población de la unidad. En caso de no instaurar la denuncia la víctima, no se justifica el procedimiento y podríamos incurrir en privación injusta de la libertad. Solo se afectará la libertad del trasladado por el tiempo estrictamente necesario para identificarlo y garantizar el acceso a la administración de justicia a través de la denuncia penal. De igual forma, se puede aplicar el medio de policía cuando un particular lo solicite (voces de auxilio) o cuando éste lo haya aprehendido en flagrancia, para lo cual deberá tener en cuenta los parámetros establecidos en la ley 906. Para la intervención operativa se debe tener en cuenta los pasos que se relacionan a continuación, los cuales se basan en el Sistema Táctico Básico, así:

- Saludo e identificación de los funcionarios de Policía
- Ubicación e identificación del infractor
- La patrulla llegará al lugar donde se encuentra el infractor, utilizando la mediación y comunicación asertiva
- Los funcionarios de policía adoptarán el rol de búsqueda y seguridad, triangulando y aplicando el registro establecido a la situación
- Se procederá al esposamiento, atrayendo la atención del infractor para un mejor control ante un ataque repentino.
- A la hora de su aprehensión se le dará a conocer los derechos del capturado y se le hará firmar el acta de buen trato.
- Se conducirá al infractor con las medidas de protección pertinentes y será trasladada a la autoridad judicial competente. (incluye foto en la que un agente de policía conduce esposado a alguien)

Ejemplo N. 21: Una patrulla es abordada por un ciudadano, indicando que, en el un establecimiento de comercio cercano, se encuentra la persona quien días atrás lo agredió físicamente y que tiene el certificado de Medicina Legal de las lesiones causadas por la persona señalada.

La patrulla atiende al llamado del ciudadano y se acerca al establecimiento de comercio, la cual procede a identificarlo y realizar la aprehensión con fin judicial (medio), llevando a la víctima y victimario a la sala de denuncias, donde el ciudadano afectado formula la correspondiente denuncia, de inmediato se deja en libertad el aprehendido, registrando el procedimiento y salida del mismo en el libro de población”[13].

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución Política, este tribunal es competente para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra preceptos contenidos en la Ley 1801 de 2016, Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia. Es decir, se trata de una norma con rango y fuerza de ley, controlable, por lo tanto, por esta Corte.

B. APTITUD DE LA DEMANDA

2. De manera preliminar, constata la Sala Plena Corte que, aunque el accionante resaltó como cuestionada la expresión “siempre que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia”, en realidad, no formuló una acusación de inconstitucionalidad al respecto. En la explicación del concepto de la violación, el accionante únicamente expone que la carga de acudir a presentar la correspondiente denuncia es insuficiente para compensar el riesgo que la aprehensión con fin judicial puede significar para el derecho fundamental a la libertad personal. En otras palabras, aunque algunos de los intervinientes formularon argumentos en contra o en defensa de la carga impuesta de acudir conjuntamente a presentar la denuncia, el accionante no especifica razón alguna por la que la misma sería contraria a la Constitución. En estos términos y considerando el carácter rogado del control de constitucionalidad que opera en el presente asunto, la Corte Constitucional se inhibirá de juzgar la constitucionalidad de dicha expresión, por ineptitud sustantiva de la demanda.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

3. La norma controvertida se encuentra incluida en el artículo 168 del Código

Nacional de Policía, Ley 1801 de 2016, bajo la denominación de “aprehensión con fin judicial”. El demandante formula, al respecto, dos acusaciones de inconstitucionalidad: por una parte, sostiene que dicha figura desconoce el derecho a la libertad personal y las garantías que la rodean, previstas en los artículos 28 y 29 de la Constitución, al permitir que una persona pueda ser privada de su libertad, sin que exista orden de autoridad judicial competente o flagrancia, por el simple señalamiento que haga otra persona, de haber cometido una infracción penal. Por otra parte, considera que se desconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad que lleva aparejada, previstas en los artículos 15 y 28 de la Constitución, porque se autoriza a que la aprehensión que la norma regula se realice no sólo en sitios públicos, sino también en lugares abiertos al público y en lugares privados. La Policía Nacional, la Alcaldía de Bogotá y el Ministerio de Justicia defienden la constitucionalidad de la norma demandada, al realizar interpretaciones que buscan ajustarse a la Constitución y al resaltar los beneficios que la norma acarrea para el acceso a la justicia de las víctimas de delitos. Por su parte, la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y el Procurador General de la Nación solicitan que la Corte declare la inexecutable de algunos apartes de la norma y que otros, sólo sean declarados conformes a la Constitución, luego de ser sometidos a varios condicionamientos.

4. En estos términos, le corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿La potestad atribuida por el artículo 168 de la Ley 1801 de 2016 a la Policía, para aprehender a una persona en sitio público, abierto al público o privado, cuando sea señalada por otro, de haber cometido un delito, o cuando un particular haya pedido auxilio o cuando la haya aprehendido, a condición de que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia, vulnera los derechos a la libertad personal y a la inviolabilidad del domicilio?

Para dar respuesta a este problema jurídico y, determinar, por esta vía, la constitucionalidad de la norma demandada, esta Corte considera pertinente establecer, en primer lugar, la interpretación y alcance de la norma en cuestión. A partir de ello, se analizará, por una parte, el derecho a la libertad personal y sus garantías constitucionales y, en concreto, la garantía de orden judicial o flagrancia para la privación de la libertad, frente a la norma bajo control de constitucionalidad. Por otra parte, se determinará el alcance de la inviolabilidad del domicilio y su compatibilidad con la norma demandada.

D. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CUESTIONADA

Una norma que ya existía en el Código de Policía de 1970

5. El Decreto Ley 1355 de 1970, “Por el cual se dictan normas sobre policía”, conocido como Código Nacional de Policía, derogado por La Ley 1801 de 2016, contenía dos normas que tienen un contenido parcialmente concordante con la aquí demandada. La comparación entre las normas anteriores y la del código actual, permite una primera aproximación a la norma demandada:

Ley 1801 de 2016

Artículo 66.- La persona sorprendida en flagrante delito o contravención penal podrá ser aprehendida por cualquiera persona.

Si quien realiza la captura no pertenece a la fuerza pública, la policía le prestará apoyo para asegurar la aprehensión y conducir al capturado ante la autoridad respectiva.

Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer una infracción. Se considera en situación de cuasiflagrancia la persona sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de las cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una infracción o participado en ella, cuando es perseguido por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pida su captura.

Artículo 67. “El funcionario de policía requerido para que capture en sitio público o abierto al público o abierto al público a persona acusadas de haber cometido infracción penal, le prestará el apoyo siempre que el solicitante concorra juntamente con el aprehendido al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia”

(se resaltan los apartes demandados)

ARTÍCULO 168. APREHENSIÓN CON FIN JUDICIAL. El personal uniformado de la Policía

Nacional, podrá aprehender a una persona en sitio público o abierto al público, o privado, cuando sea señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito o cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido, siempre que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia.

El personal uniformado de la Policía Nacional la conducirá de inmediato a la autoridad judicial competente, a quien le informará las causas de la aprehensión, levantando un acta de dicha diligencia.”

6. Más allá de diferencias particulares en el lenguaje y en la precisión de las normas, la comparación permite evidenciar que el artículo 168 del nuevo código, refundió en una sola norma dos hipótesis que se encontraban diferenciadas en la legislación derogada: la captura en situación de delito flagrante y la captura de “persona acusada de haber cometido infracción penal”[14], que el nuevo código denominó aprehensión por haber sido señalada de haber cometido un comportamiento tal. Ninguna de las dos normas del código derogado, fueron objeto de control de constitucionalidad. Respecto de la aprehensión por haber sido “acusado” por otro de haber cometido una infracción penal, en el presente proceso la Policía Nacional explicó que en vigencia del código anterior fue efectivamente aplicada y que fue concretada mediante instrucciones y protocolos, que buscaban proteger la libertad de las personas. También precisó que, en esencia, nada cambió en la materia, con el advenimiento del nuevo código.

Un medio material de policía

7. En la Ley 1801 de 2016, la norma demandada se encuentra en el libro tercero, título I, relativo a la descripción de los medios de policía y las medidas correctivas, frente a los comportamientos contrarios a la convivencia. El capítulo I se dedica a la regulación de los medios de policía, que la misma norma define como “los instrumentos jurídicos con que cuentan las autoridades competentes para el cumplimiento efectivo de la función y actividad de Policía, así como para la imposición de las medidas correctivas contempladas en este Código”[15]. El Código clasifica dichos instrumentos en materiales e inmateriales y, en el numeral 13, del artículo 149, incluye la aprehensión con fin judicial, dentro de los

medios materiales de policía.

La naturaleza de la actividad

8. A pesar de tratarse de una norma incluida en el CNP, que en esencia prevé mecanismos para la conservación del orden público, a través de la prevención de comportamientos que atenten contra el mismo[16] o de la aplicación de medidas para su restablecimiento y, por esta vía, garantizar la convivencia en la sociedad, la aprehensión con fin judicial corresponde más al concepto genérico de policía judicial, que al de policía administrativa. En efecto, la esencia de la policía administrativa, como función, consiste en la prevención de atentados contra el orden público, que no correspondan a delitos, es decir, se trata de una función previa, mientras que la policía judicial busca, en esencia, la judicialización de las personas que cometieron delitos, así, se trata de una función posterior[17]. Esta naturaleza de actividad de policía judicial se confirma porque la norma prevé que la aprehensión con fin judicial procede frente a la persona señalada de haber cometido una “infracción penal”. Si bien es cierto que la Ley 1801 de 2016 no define lo que debe entenderse por infracción penal, el alcance de este concepto jurídico se determina por remisión a la Ley 599 de 2000, Código Penal, en donde es utilizada como sinónimo de la conducta punible[18]. Por lo tanto, a diferencia de las infracciones administrativas, las infracciones penales son comportamientos tipificados en la ley penal.

El significado de la aprehensión

10. Desde las primeras manifestaciones del Estado de derecho, la protección de la libertad individual y la concepción de garantías para asegurarla contra los actos arbitrarios de las autoridades públicas, se han hecho elementos esenciales del sistema normativo y constitucional. Esta idea cada vez más afianzada, se corroboró por la Constitución de 1991 al reconocer en la libertad una triple naturaleza jurídica, como valor, como principio y como derecho. Empero, ese talante liberal de la Constitución no ha sido óbice para admitir al mismo tiempo que también corresponde al Estado la defensa de otros bienes jurídicos e intereses, dentro de los cuales se encuentra la seguridad y orden público, cuya afectación por el abuso de las libertades y el incumplimiento del Derecho, afectan tanto la estabilidad institucional, como la convivencia y la realización de todos los derechos de personas y grupos. Por esto, hace parte de las propias garantías de la libertad, la previsión de

restricciones destinadas a asegurar su ejercicio armónico por parte de todos los asociados, así como el cumplimiento de intereses generales soportados en la Constitución y concretados por el legislador.

11. Con referencia a la libertad personal, que es la faceta de la libertad que concierne al asunto bajo estudio, la propia Carta ha previsto las reglas para su limitación, que la Corte constitucional ha reconocido reiteradamente, desde lo previsto en los artículos 28, 29, 30 y 32 C.P., como garantías constitucionales concretas para la salvaguarda de la misma. En efecto, la reserva judicial con el que también se procura asegurar que las limitaciones de la libertad personal sólo puedan operar conforme la estricta legalidad que semejante limitación implica. En este sentido, tras la declaración abierta y expresa de que toda persona es libre, se reconoce la posibilidad de que esta condición pueda ser afectada por la orden de prisión, arresto o detención, siempre y cuando la misma sea determinada por un juez competente. En el mismo sentido, se garantiza la inviolabilidad del domicilio la cual podrá ser restringida cuando así lo determine el juez, con todas las formalidades de ley.

12. Ahora bien, en el artículo 32 de la Constitución Política, se permite que en flagrancia el delincuente sea aprehendido por cualquier persona, caso en el cual debe ser llevado inmediatamente ante la autoridad judicial. En este caso se autoriza la persecución del delincuente por la autoridad, incluida la posibilidad de ingresar en el domicilio de aquel, con el propósito de lograr la aprehensión. En efecto, en la sentencia C-879 de 2011 la Corte manifestó que la flagrancia corresponde a “una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades [o de los particulares], cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba(...)”.

13. De esta forma, la flagrancia está determinada por la proximidad viva al hecho delictivo en cuanto tal, lo cual genera una autorización a quien fuera, particular o autoridad

pública, para capturar al que lo comete, lo ha cometido, o existen ciertas, claras y objetivas razones para creer que así lo es o lo fue. Lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dicho que la expresión flagrancia viene de “flagrar” que significa arder, resplandecer, y que en el campo del derecho penal, se toma en sentido metafórico, como el hecho que todavía arde o resplandece, es decir que aún es actual.

14. No obstante, también se ha precisado que este requisito ofrece una cierta graduación temporal, limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito[19].

En ese sentido se ha dicho que habrá flagrancia en tres supuestos diferentes: el primero, al que se le ha denominado “flagrancia en sentido estricto”, cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito; el segundo supuesto, el de la “cuasiflagrancia” cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; por último la “flagrancia inferida” hipótesis en la que la persona no ha sido observada en el momento de cometer el delito, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él.

15. La flagrancia se convierte pues, en una excepción necesaria, oportuna y eficiente para perseguir e imponer responsabilidad a quien ha cometido un delito, a través de su captura que puede hacer cualquiera, el particular y la autoridad pública, pero que para proteger la libertad personal y la garantía de reserva de la primera palabra, debe llevar siempre a someter en el menor tiempo posible, al fiscal la valoración de esta aprehensión de la persona y en su caso, al juez de control de garantías[20]. También, continúa la sentencia C-879 de 2011, “el artículo 250 de la Constitución (modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002) señala que la ley podrá facultar a la Fiscalía a realizar excepcionalmente capturas, con los límites y en los eventos señalados por la misma ley. Aunque como es sabido la Fiscalía hace parte de la rama judicial del poder público, en estricto sentido no es una autoridad judicial, por tal razón la jurisprudencia constitucional ha considerado que esta facultad excepcional constituye también una excepción a la reserva judicial señalada en el artículo 28 constitucional”.

16. A diferencia de la legislación anterior, que utilizaba tanto la expresión captura, como la de aprehensión, la norma demandada únicamente utiliza la segunda. Técnicamente la aprehensión es la actividad física de sujetar, asir, inmovilizar o retener a alguien para conducirlo forzosamente ante la autoridad judicial[21]; es la manera como se concretiza la captura[22], concepto jurídico que, en el ordenamiento jurídico colombiano, se deriva de la flagrancia o de una orden de una autoridad judicial[23] en razón de la presunta comisión de un delito y que, por lo tanto, es un acto jurídico que priva legítimamente de la libertad y activa una serie de garantías y procedimientos especiales[24]. Para la jurisprudencia constitucional, el aprehendido tiene derecho a ser llevado ante un juez, dentro de máximo 36 horas[25]. Ahora bien, la norma demandada prevé la medida de aprehensión con fin judicial, tanto para el caso de la flagrancia, como para otras hipótesis, como el señalamiento de haber cometido una infracción penal, las que, a primera vista, no parecieran coincidir con una hipótesis de flagrancia. En el mismo artículo 168, demandado, se indica que la consecuencia de la aprehensión es que “El personal uniformado de la Policía Nacional la conducirá de inmediato a la autoridad judicial competente, a quien le informará las causas de la aprehensión, levantando un acta de dicha diligencia” (inciso segundo)[26].

17. Por lo tanto, teniendo en cuenta el alcance del concepto jurídico de la aprehensión, dado por la ley penal; las consecuencias de la aprehensión previstas en el CNP, se interpreta que la aprehensión a la que hace referencia el artículo 168 aquí demandado, comporta la privación de la libertad del aprehendido, sin que determine, expresamente, el término máximo de su duración. Lo anterior, por cuanto, la norma demandada recurre a la expresión aprehender y este verbo rige la consecuencia jurídica (i) de la flagrancia, (ii) de que una persona pida auxilio, (iii) de que un particular aprehenda a otro o (iv) de que lo señale de haber cometido un delito. Por lo cual, corresponde a la Sala Plena analizar si lo que pretendió el legislador por ejemplo, con la posibilidad de aprehensión de una persona “cuando sea señalada de haber cometido infracción penal”, fue crear una categoría de aprehensión desligada de la línea de tiempo de inmediatez propia de la flagrancia, esto es, una categoría autónoma de aprehensión después de días o meses de cometer un delito; o si por el contrario, el legislador pretendía relacionarla con la flagrancia y por tanto se trata de una típica situación de flagrancia que debe ser entendida dentro de la línea de tiempo de inmediatez que le es propia a esta figura.

El lugar de la aprehensión

18. De acuerdo con la norma bajo control de constitucionalidad, la aprehensión podrá realizarse en sitio público, abierto al público o privado. El mismo código precisa lo que se entiende por sitio público o abierto al público, al determinar, de manera negativa, lo que no constituye, para dicho código, el sitio privado:

“ARTÍCULO 32. DEFINICIÓN DE PRIVACIDAD. Para efectos de este Código, se entiende por privacidad de las personas el derecho de ellas a satisfacer sus necesidades y desarrollar sus actividades en un ámbito que le sea exclusivo y por lo tanto considerado como privado.

No se consideran lugares privados:

1. Bienes muebles o inmuebles que se encuentran en el espacio público, en lugar privado abierto al público o utilizados para fines sociales, comerciales e industriales.
2. Los sitios públicos o abiertos al público, incluidas las barras, mostradores, áreas dispuestas para: almacenamiento, preparación, fabricación de bienes comercializados o utilizados en el lugar, así como también las áreas dispuestas para el manejo de los equipos musicales o Disc jockey, y estacionamientos a servicio del público”.

De manera complementaria, el artículo 139 del mismo código define lo que debe entenderse por espacio público:

ARTÍCULO 139. DEFINICIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO. Es el conjunto de muebles e inmuebles públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, áreas protegidas y de especial importancia ecológica y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, usos o afectación, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de todas las personas en el territorio nacional.

Constituyen espacio público: el subsuelo, el espectro electromagnético, las áreas requeridas para la circulación peatonal, en bicicleta y vehicular; la recreación pública, activa o pasiva; las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías y aislamientos de las edificaciones, fuentes de agua, humedales, rondas de los cuerpos de agua, parques, plazas, zonas verdes

y similares; las instalaciones o redes de conducción de los servicios públicos básicos; las instalaciones y los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones; las obras de interés público y los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos, paisajísticos y artísticos; los terrenos necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales; los terrenos necesarios de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas, corales y bosques nativos, legalmente protegidos; la zona de seguridad y protección de la vía férrea; las estructuras de transporte masivo y, en general, todas las zonas existentes y debidamente afectadas por el interés colectivo manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo (...).".

19. En su concepto, el Procurador General considera que la expresión sitios privados debe interpretarse como referida a aquellos utilizados para fines sociales, comerciales e industriales. Dicha interpretación no es posible, desde el punto de vista sistemático, ya que al considerar el artículo 32, precitado, la aprehensión podría realizarse en lugares públicos y abiertos al público, pero no en lugares utilizados para fines sociales, comerciales e industriales, porque esta norma dispone expresamente que los mismos no constituyen sitios privados, ni lugares públicos o abiertos al público.

Por otra parte, la norma también prevé que la aprehensión se realice en lugares privados. La Policía Nacional considera que esta expresión debe interpretarse como referida a sitios privados, pero abiertos al público. No obstante, se trataría de una interpretación carente de lógica, considerando que la misma ya prevé la aprehensión en lugares abiertos al público, como una hipótesis diferente. Por lo tanto, se concluye que la lectura literal de la norma sí autoriza la captura en lugares privados, como el domicilio, sin que sea posible interpretar ni que se refiere a lugares utilizados para fines sociales, comerciales o industriales, ni a sitios abiertos al público.

20. Al respecto, la norma no puntualiza si se trata del domicilio de la persona aprehendida en flagrancia en dicho lugar o si durante la persecución, se refugia allí, para evitar la captura. No aclara tampoco la norma si se trata de una autorización incondicional a la Policía para ingresar a los domicilios, incluso de personas que no son quienes cometieron el delito flagrante o son señaladas de haberlo realizado. No existen tampoco precisiones en cuanto a si se requiere o no la autorización del morador para penetrar en su domicilio

para realizar la aprehensión. Finalmente, frente a la hipótesis en la que es un particular quien aprehende a otra, no se determina si se requiere que dicho particular se encuentre de manera legítima en el sitio privado o, por el contrario, se le autoriza para ingresar, sin autorización, al domicilio ajeno, para aprehender a alguien en situación de delito flagrante o quien es señalado de haber cometido la conducta.

21. Finalmente, la norma no determina si la aprehensión realizada por parte de la Policía, puede realizarse en lugares privados, en los casos excepcionales en los que el artículo 163 del mismo Código, permite el ingreso al domicilio, sin orden de autoridad judicial competente, en los casos allí determinados como de “imperiosa necesidad”.

Las causas de la aprehensión

22. La norma bajo control dispone que la aprehensión procederá cuando la persona sea “señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito o cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido”. El recurso a la literalidad de la norma implica que, para la misma, se trata de cuatro hipótesis diferentes: (i) el señalamiento, (ii) la flagrancia, (iii) el pedido de auxilio y (iv) la aprehensión por parte del particular y, por lo tanto, se trataría de tres autorizaciones para aprehender, sin orden judicial, ni existencia de flagrancia. Sin embargo, varios de los intervinientes, incluida la misma Policía, ponen de presente que, en realidad, la aprehensión por voces de auxilio y aquella realizada por un particular, podrían corresponder a formas de la flagrancia (la llamada cuasi flagrancia y la flagrancia inducida). Pero para que esta interpretación sea posible, sería necesario neutralizar el recurso a la conjunción disyuntiva “o” y, además, precisar las condiciones en las cuales se realizan dichas aprehensiones (la aprehensión por voces de auxilio y la realizada por el particular), para que respondan a la categoría de la flagrancia; en particular, incluir exigencias de inmediatez entre la comisión del delito y la aprehensión. Según la Policía, la aplicación práctica de estas hipótesis se realiza de acuerdo con las exigencias de la flagrancia, previstas en el Código de Procedimiento Penal[27]. Sin embargo, esto no surge del tenor literal de la norma, por lo que la misma no se satisface por sí sola para determinar un sentido unívoco.

23. A pesar de que la Alcaldía de Bogotá considera que la hipótesis de aprehensión por señalamientos también podría interpretarse que coincide con alguna de las formas de la

flagrancia, si el señalamiento se realiza con la inmediatez requerida respecto de la comisión del delito, la Defensoría del Pueblo sostiene que esta hipótesis no corresponde a ninguna de las formas de flagrancia. Esto lo confirma la misma Policía Nacional quien pone de presente que a través de ella se permite que cuando alguien reconoce a quien cometió un delito hace unos días, una semana o un mes, pueda solicitar su aprehensión por parte de un agente de Policía, para lograr individualizarlo y presentar la correspondiente denuncia. En efecto, la norma no exige una determinada relación temporal entre la conducta y el señalamiento, por lo que es posible que pueda tratarse de hechos ocurridos varios años atrás.

24. Esta hipótesis de aprehensión exige que el señalamiento sea de haber cometido una infracción penal, por lo que hay una remisión normativa clara al Código Penal. Ahora bien, la norma no cualifica el señalamiento en cuanto a su precisión, soporte probatorio u otros elementos de juicio que permitan otorgar una mínima credibilidad al señalamiento, para que proceda la aprehensión. Sin embargo, en uno de los ejemplos incluidos en la guía policial que explica la aprehensión judicial, se indica que la persona que señala, exhibe un certificado del Instituto de Medicina Legal, donde se evidencian las lesiones provocadas por la agresión señalada[28]. En este sentido, el Ministerio de Justicia sostiene que el señalamiento que conduciría a la aprehensión, debe ser aquel que aporte un indicio de que se cometió efectivamente un delito. En este sentido, podría pensarse que la facultad otorgada a la Policía no implica una competencia reglada, en la que bastaría el señalamiento, sino se trataría de una competencia discrecional, a partir de la cual, se le otorgaría a cada agente de Policía, la facultad para evaluar si procede o no la aprehensión.

25. Finalmente, existe indeterminación en cuanto a quién es la persona que podría realizar el señalamiento. En efecto, no se exige que se trate de quien asegura ser la víctima y, por lo tanto, podría tratarse de un testigo directo o indirecto. Es por esta razón que la Defensoría del Pueblo indica que la indeterminación normativa permitiría que, incluso, la aprehensión pueda resultar del señalamiento de alguien que ni siquiera tiene la calidad de testigo, sino que recibió la información por los medios de comunicación o, incluso, por las redes sociales.

La condición para que proceda la aprehensión

26. Para que el agente de policía proceda a la realizar la aprehensión, en las condiciones antes descritas, la norma prevé, como única condición, que el solicitante concurra a presentar la denuncia. Esta previsión no genera dudas interpretativas. Sin embargo, la Defensoría del Pueblo explica que, aunque esta previsión busca compensar el riesgo que implica para la libertad de las personas, el hecho de que quien señale concurra inmediatamente a denunciar no prueba que sí existió el delito, ni que se reunieron las condiciones propias de la flagrancia y, en realidad, la condición desconoce el deber estatal de capturar en situación de flagrancia. Por su parte, la Procuraduría arguye que este requisito únicamente tiene razón de ser en la hipótesis en la que la captura en flagrancia fue realizada por un particular.

27. En síntesis, la norma permite que, sin mediar orden judicial, la Policía prive de la libertad a las personas, sin una duración determinada, (i) cuando existe flagrancia, (ii) cuando hay voces de auxilio o cuando un particular lo aprehendió, aunque en este caso no resulta claro si se trata de hipótesis de flagrancia; o (iii) cuando, a pesar de no existir flagrancia, alguien señala a otra persona de haber cometido una infracción penal, sin que se exija ningún requisito de cercanía temporal entre la conducta y el señalamiento; sin exigencias que apunten a determinar la credibilidad de dicho señalamiento, ni cualificación particular de la persona que señala. La aprehensión es posible que se realice en un lugar público, abierto al público o privado, pero la norma no precisa bajo qué condiciones es posible realizar la aprehensión en el domicilio privado de las personas. Todo esto indica a la Corte Constitucional que se trata de una norma abierta, que genera dudas en cuanto a la constitucionalidad de varios de sus componentes o de sus posibles interpretaciones normativas concretas. Por lo tanto, su constitucionalidad se determinará en dos etapas: la primera, relativa a su compatibilidad con el derecho a la libertad personal y a las garantías que la rodean y la segunda, en lo que concierne a la inviolabilidad del domicilio en caso de captura.

E. LA LIBERTAD PERSONAL Y SUS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

28. En la Constitución Política de 1991, la libertad adquirió un carácter central y transversal del régimen constitucional, al tratarse, a la vez, (i) de un valor constitucional, incluido en el Preámbulo de la norma suprema, al lado, entre otros, de la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz; (ii) un principio que irradia toda la acción

estatal[29] y se sustenta en varios contenidos constitucionales: en la protección de las libertades, como fin esencial del Estado -artículo 2-, en el establecimiento de la Constitución y la ley no como habilitantes, sino como límites a la libertad, cuyo desconocimiento genera responsabilidad de las personas -artículo 6- y, en la declaración formal, según la cual “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley” -artículo 13-; y, (iii) una serie de derechos-libertades fundamentales, como la libertad personal, fundada en la idea de que “Toda persona es libre” -artículo 28-, la libertad de locomoción -artículo 24-, el libre desarrollo de la personalidad -artículo 16-, la libertad de consciencia -artículo 18-, la libertad de cultos -artículo 19-, las libertades de expresión y de información -artículo 20-, la libertad de locomoción -artículo 24-, de escoger profesión u oficio -artículo 26- y de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra -artículo 27-. Se trata, todas, de libertades mínimas de un Estado democrático, como el colombiano. Esta triple calidad constitucional de valor, principio y derecho, permite afirmar que en nuestro sistema jurídico la libertad es la regla y, por lo tanto, sus restricciones deben ser excepcionales[30], del menor rigor posible, su interpretación debe ser restrictiva[31] y, en caso de duda, debe resolverse en favor de la libertad (interpretación pro libertate). Además, en tratándose de derechos - libertades, su satisfacción se logra, esencialmente, aunque no exclusivamente, mediante la garantía de las condiciones mínimas para su ejercicio, conocidas como orden público[32].

29. De las libertades reconocidas constitucionalmente, la más elemental o incluso, primaria, es la libertad física o personal, que consiste en la posibilidad de encontrarse en situación material de autodeterminarse y ejercer las otras libertades y derechos reconocidos expresamente o inherentes al ser humano[33], para explotar, bajo su propio juicio, las capacidades individuales y realizar las elecciones de vida que correspondan, sin coacciones o intromisiones indebidas[34]. En tal virtud, la libertad personal se afecta con medidas que someten a las personas al control o tutela de sus posibilidades y decisiones, tales como la aprehensión, retención, detención, captura, etc.[35], las que, aunque no se encuentran excluidas[36], sí deben responder a una serie de exigencias constitucionales, que se erigen en las garantías cuyo cumplimiento real determina que, efectivamente, las personas gocen de libertad, más allá de su proclamación formal.

30. Las garantías constitucionales en las que se funda la libertad personal, se encuentran establecidas en forma de reglas constitucionales[37] que, salvo la prohibición de detención, prisión o arresto por deudas y la exclusión de penas y medidas de seguridad

imprescriptibles -artículo 28 de la Constitución-, que se trata de mandatos dirigidos al Legislador, en esencia, son normas que buscan regular, de manera precisa, la actuación material del Estado en lo relativo a las afectaciones a la libertad personal[38]. Así, (i) la privación de la libertad exige la participación de las tres ramas del poder público, en desarrollo del principio de separación de poderes[39], ya que el Legislador debe previamente determinar las causas o motivos para la privación de la libertad, en atención al carácter excepcional de la misma, así como precisar el procedimiento que debe cumplirse para su ejecución[40] (artículos 28, 29 y n. 1 y 2 del art. 150 de la Constitución); la rama judicial debe, en cada caso, determinar la procedencia de la privación de la libertad, ordenarla y controlar que, en su ejecución, se hayan respetado las garantías constitucionales y legales, incluso al resolver las solicitudes de habeas corpus[41] (artículos 28, 29, 30, 32 y 250 de la Constitución); finalmente, la ejecución de la orden judicial, es decir, la aprehensión, es una actividad confiada a la rama ejecutiva, con el cumplimiento de las garantías constitucionales y legales. “La libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante”[42]. Si bien la afectación de mayor intensidad a la libertad es su privación, la norma también se dirige a las molestias, al disponer que “Nadie puede ser molestado en su persona o familia”. Al tratarse, en principio, de intervenciones menos lesivas de la libertad, la jurisprudencia ha admitido la relativización de las garantías, en particular, la de orden y control de autoridad judicial competente, al considerar que ciertas medidas policivas, como el registro a la persona, son molestias que no constituyen privaciones de la libertad, por sus implicaciones y su duración, pero resultan proporcionadas por los fines que persigue y por el limitado impacto que acarrearán y no sería lógico, en el caso concreto, exigir la intervención judicial para ordenar el procedimiento molesto[43]. Sin embargo, incluso las molestias o afectaciones a la libertad personal, que no constituyan privación de la libertad, también gozan constitucionalmente de reserva judicial, aunque ésta sí pueda ser objeto de ponderación caso a caso y, por consiguiente, resultar excepcionada.

La garantía de intervención de autoridad judicial competente

31. El artículo 23 de la Constitución de 1886, tenía una redacción cercana al actual artículo 28. No obstante, la principal diferencia radica en que para la privación de la libertad o el registro del domicilio no exigía mandato escrito de autoridad judicial competente, sino únicamente de una autoridad competente, es decir, que constitucionalmente autorizaba el

registro del domicilio y la privación de la libertad, por parte de autoridades administrativas. Dicha norma tampoco imponía el deber de someter la privación de la libertad a un control judicial, en un término máximo determinado, como sí lo exige el segundo inciso del artículo 28, de la actual Constitución. A pesar de que el artículo 28 de la anterior Constitución exigía una cierta legalidad no estricta para que alguien pudiera ser penado[44], también permitía, de manera ordinaria, la aprehensión y retención de personas contra las que hubiere indicios de que atentan contra la paz pública, por orden presidencial y previo dictamen de los ministros, cuando hubiere “graves motivos para temer perturbación del orden público”. Se trataba de una autorización abierta para privar de la libertad, desprovista de términos ni garantías que recordaba las temidas *lettres de cachet*, *lettres closes* o *lettres fermées* del Antiguo Régimen francés en las que, por orden real, sin ningún tipo de control, se ordenaba el exilio, la encarcelación o el internamiento de las personas[45], algo que fue previsto en Colombia mediante la Ley 61 de 1888[46]. Si bien es cierto que a partir de 1914 se hizo necesario oír previamente al Consejo de Estado, para ejercer la facultad del artículo 28[47], y desde 1968 se impuso un límite de 10 días, al cabo de los cuales era necesario liberar a la persona o llevarla ante un juez[48], esta figura ponía en evidencia cómo, en el régimen constitucional anterior, la libertad personal no estaba garantizada y su principal amenaza la constituía la retención administrativa[49].

32. Este hecho explica que el Constituyente de 1991 hubiera querido instituir una reserva judicial en materia de restricciones o privaciones de la libertad, tanto de manera previa, en la toma de la decisión, como de manera posterior, en el control que debe realizarse a la aprehensión, para verificar su regularidad. Esta garantía se conoce como la reserva judicial de la primera y última palabra[50] y, a partir del texto constitucional, sólo admite la excepción de la captura en flagrancia, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución. De esta manera, en atención a la historia nacional, la Constitución colombiana establece garantías para la libertad personal más allá de aquellas exigidas por los compromisos internacionales adquiridos por el país y que se integran al bloque de constitucionalidad, donde no exige que la orden de privación provenga de una autoridad judicial[51]. Por consiguiente, la reserva judicial en materia de libertad personal, constituye un rasgo característico del texto superior colombiano[52]. Aunque el Acto Legislativo 02 de 2003 reformó el artículo 28 de la Constitución y permitió realizar detenciones, allanamientos y registros sin orden judicial, para luchar contra el terrorismo[53], la sentencia C-816 de 2004 declaró la inconstitucionalidad de dicha

enmienda, al encontrar vicios en su trámite.

33. El artículo 28 transitorio de la Constitución de 1991, prolongó provisionalmente el régimen anterior en materia de arresto administrativo de conductas punibles, hasta que se expidiera una ley que transfiriera, definitivamente, dichas competencias a las autoridades judiciales[54]. La vigencia de esta autorización provisional, permitió declarar la constitucionalidad del artículo 56 del Código de Policía de 1970[55] según el cual “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”, aunque varias disposiciones de dicho código permitían la privación de la libertad por orden administrativa[56] y las infracciones de policía permitían el arresto. Sin embargo, el régimen transitorio expiró definitivamente con la expedición de la Ley 228 de 1995, cuyo artículo 16 transfirió la competencia en materia de las antiguas contravenciones especiales de policía, a los jueces penales, promiscuos de familia y de menores, incluso por hechos cometidos con anterioridad a su vigencia[57].

34. La reserva judicial fue constitucionalmente reforzada por el Acto Legislativo 03 de 2002 que, al establecer el Sistema Penal Acusatorio, creó un juez especializado en la garantía previa y posterior a la privación de la libertad: el juez de control de garantías que, en razón de su autonomía e independencia, adquiere el carácter de ser garante de la libertad[58]. No sólo se trata del juez encargado de proferir las órdenes de captura, sino de controlar, dentro de las 36 horas siguientes[59], la regularidad de las aprehensiones ordenadas o realizadas en flagrancia. “Mediante este procedimiento se pone a disposición de la persona privada de la libertad la primera oportunidad de impugnar la restricción de su libertad y de obtener el restablecimiento en el goce de esta prerrogativa fundamental si la detención, el arresto o la captura se han producido con desconocimiento de las garantías debidas”[60].

35. El mismo Acto Legislativo 03 de 2002, redujo sustancialmente las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación y, a pesar de que se mantuvo orgánicamente dentro de la Rama Judicial, la facultad de ordenar directamente la captura de las personas, que antes era ordinaria, fue constitucionalmente delimitada como una excepción[61], de acuerdo con el inciso 3, del numeral 1, del artículo 250 de la Constitución, que confió al Legislador la determinación de “los límites y eventos en que proceda la

captura” excepcionalmente ordenada por la Fiscalía. Al respecto, en dos ocasiones esta Corte reprochó la manera como el Legislador configuró las hipótesis en las que se activa la competencia excepcional de la Fiscalía, al considerar que eran tan amplias, que se desconocía la competencia ordinaria que la Constitución atribuyó en la materia a los jueces[62]. Sin embargo, aparte de esta facultad excepcional, el Fiscal General de la Nación goza de la facultad para ordenar la captura de la persona cuya extradición ha sido concedida, de acuerdo con el artículo 506 del Código de Procedimiento Penal.

36. En atención de esta facultad, es posible concluir que, constitucionalmente, únicamente es posible privar de la libertad a las personas, (i) por una orden proferida por una autoridad judicial competente (artículo 28 de la Constitución), sea ésta la Corte Suprema de Justicia, los jueces de control de garantías o, excepcionalmente, la Fiscalía General de la Nación, como autoridad judicial perteneciente a la Rama Judicial o, (ii) cuando se trate de un delito flagrante (artículo 32 de la Constitución). Al ser la libertad la regla y su privación la excepción, en el Estado de Derecho colombiano, en el que no existen competencias implícitas, la competencia para privar de la libertad, atribuida a una autoridad judicial, debe ser clara y expresa, de tal manera que no basta con la intervención de un juez para que proceda la medida, sino es necesario que la Constitución y la Ley le hayan directa e indiscutiblemente asignado la función de ordenar medidas de privación de la libertad. Por esta razón, la reserva judicial en materia de privación de la libertad, no resulta constitucionalmente satisfecha ni con la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, en desarrollo del artículo 116 de la Constitución, ni a través del ejercicio de funciones de policía judicial, por parte de entidades que no constituyan autoridades judiciales[63].

El inciso segundo del artículo 28 de la Constitución: la “detención preventiva”

37. Lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución, según el cual “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” ha dado lugar a dos interpretaciones diferentes en la jurisprudencia constitucional.

38. La primera posición al respecto fue establecida a partir de la sentencia C-024 de

1994. Esta decisión introdujo una diferencia a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución, al considerar que la privación de la libertad con fines punitivos o como sanción, únicamente puede ser ordenada por un juez, mientras que la privación de la libertad con fines policivos, de orden público o “detención preventiva”, sí podía ser ordenada por autoridades administrativas[64]. A partir de esta idea, sostuvo la sentencia de 1994 que “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”. La llamada detención preventiva que consideró la Corte, como una excepción a la reserva judicial, se encontraba prevista en diversas normas del Decreto 1355 de 1970, Código de Policía, que en esencia preveía la captura por orden administrativa, un plazo de hasta 24 horas para identificar al aprehendido y comprobar si existían órdenes de captura, la posibilidad de captura por “requerimiento público” y la captura momentánea en sitios públicos o abiertos al público, con venia del alcalde[65]. Para la Corte Constitucional, la “detención preventiva derivada de aprehensión material” tenía como única finalidad la verificación de hechos, un límite temporal de 36 horas y la necesidad de un control judicial posterior. Esta detención administrativa constitucional sería la manera de otorgarle un efecto útil a la regla constitucional, según la cual el detenido preventivamente debe ser puesto a disposición de una autoridad judicial[66].

39. En razón de los importantes riesgos que ofrece esta facultad, respecto de la libertad de las personas, aunque la Corte flexibilizó la garantía de intervención judicial, evidenció su preocupación, “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”[67]. Por lo tanto, se fijaron diez condiciones para la admisibilidad constitucional de la detención preventiva, derivada de aprehensión material:

“(…) 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. (...) 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. (...) 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. (...) 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 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. (...) || 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”. (...) || 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. (...) 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”.

La sentencia C-179 de 1994, proferida respecto del proyecto de Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, confirmó esta interpretación del inciso segundo del artículo 28 de la Constitución: “(...) es preciso reiterar que por regla general es requisito indispensable para la aprehensión de personas la orden escrita de autoridad judicial competente, salvo los casos de flagrancia y el contenido en el inciso 2o. del artículo 28 de la Carta, que para el caso de estudio sería la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro”[68].

40. Sin embargo, esta interpretación del segundo inciso del artículo 28 de la Constitución, como una excepción a la reserva judicial, fue abandonada a partir de la sentencia C-730 de 2005. Aunque la sentencia C-199 de 1998 ya había sostenido que la detención preventiva debe ser ordenada por un juez[69], esta decisión no consideró expresamente el precedente de la sentencia C-024 de 1994. En la decisión de 2005, la

Corte Constitucional entendió que lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 28 no constituye una excepción, sino un refuerzo de la reserva judicial, al exigir tanto orden judicial previa, como control judicial posterior, dentro de máximo las 36 horas siguientes a la aprehensión: “(...) la protección de la libertad encomendada a la autoridad judicial no se limita al mandamiento escrito mediante el cual se puede privar a una persona de la libertad. Una lectura sistemática del artículo 28 muestra que la persona que haya sido detenida preventivamente -en virtud del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley-, 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. || La protección judicial de la libertad tiene entonces un doble contenido, pues no solamente será necesario mandamiento escrito de autoridad judicial competente para poder detener a una persona, sino que una vez se le haya detenido preventivamente en virtud de dicho mandamiento deberá ser puesta a disposición del juez competente, en el menor tiempo posible y en todo caso máximo dentro de las treinta y seis horas siguientes”[70].

41. Esta nueva interpretación del inciso segundo del artículo 28 de la Constitución se concretó en la sentencia C-176 de 2007 en el reproche a la privación administrativa de la libertad, prevista en el Código de Policía de 1970, que previamente había sido considerada conforme a la Constitución. Así, la regla del artículo 56 del Decreto 1355 de 1970 según la cual “Nadie puede ser privado de la libertad sino: a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente” fue declarada exequible, pero en el entendido de “que la privación de la libertad debe condicionarse a previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente” (negrillas originales) y la previsión “Cualquiera puede ser aprehendido por la policía y privado momentáneamente de su libertad mientras se le conduce ante la autoridad que ha ordenado su comparecencia”, del artículo 58 del mismo Código, en el entendido de “que se requiere que exista mandato previo de autoridad judicial competente” (negrillas originales). Para llegar a esta conclusión, la Corte realizó una lectura textual del artículo 28 de la Constitución, destacó que la reserva judicial en materia de restricciones a la libertad fue reforzada por el Acto Legislativo 03 de 2002[71] y puso de presente cómo la reserva judicial previa y posterior o de la primera y la última palabra se funda en los principios democrático y de separación de poderes, de los que se informa la Constitución de 1991[72].

42. Como se puede ver, “(...) la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la facultad de las autoridades administrativas para privar de la libertad a las personas no ha estado exenta de discontinuidades”[73] a tal punto que, incluso, ya abandonada la interpretación que autorizaba la detención preventiva, por aprehensión material, en un obiter dicta, una sentencia de 2011 refirió la detención administrativa preventiva, como una excepción válida a la reserva judicial[74]. Sin embargo, en adelante la jurisprudencia constitucional ha sido constante en reprochar formas de privación administrativa de la libertad.

43. Así, la sentencia C-530 de 2003, declaró la inconstitucionalidad de la facultad de proferir órdenes administrativas de arresto, prevista en el Código de Tránsito, por no acudir a curso de formación para peatones y ciclistas que incumplan las normas de tránsito[75]. En igual sentido, la sentencia C-237 de 2005 declaró la inconstitucionalidad de la facultad administrativa de ordenar la captura de quien incumpla una orden de comparecencia, proferida por la Policía Nacional, para presentarse en el término máximo de 48 horas, ante el jefe de Policía, prevista en el Código de Policía de 1970. La razón de la decisión fue general: “(...) si una norma establece la privación de la libertad, en principio, sin que la decisión tomada provenga de autoridad judicial competente, no estaría ajustada a los postulados Constitucionales que declaran la reserva judicial en este aspecto; y por lo tanto deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico”[76]. También la sentencia C-850 de 2005 expulsó del ordenamiento jurídico, una norma del Código de Policía derogado que permitía la conducción por la fuerza, ante el jefe de Policía, de quienes hubieran sido testigos de una infracción de Policía, ya que “dicho traslado a la fuerza es una clara privación del derecho de libertad consagrado en la Constitución Nacional. Las condiciones de dicho traslado implican para el testigo la imposibilidad de ejercer su libertad personal (...) Esta situación constata una privación de la libertad violatoria del artículo 28 Constitucional, por cuanto se quebranta el principio de reserva judicial como límite de la libertad personal”[77]. En la sentencia C-929 de 2008, fue igualmente reprochado el arresto administrativo, por desacato reiterado al comparendo ambiental, previsto en la Ley 1259 de 2008, impuesto por infracción de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros[78]. Por su parte, la sentencia C-411 de 2015 declaró la constitucionalidad de la facultad de capturar, atribuida al INPEC, a quien incumpla las restricciones u obligaciones de la detención preventiva o la domiciliaria, luego de interpretar que, en realidad, no se trata de una privación administrativa de la libertad, ya que no es más que la materialización de una

privación de la libertad ordenada previamente por un juez[79]. Por el contrario, la sentencia C-329 de 2016 declaró la inexequibilidad de la detención administrativa por orden del jurado de votación, a personas que perturben las elecciones y no cumplieren la orden de retirarse del lugar, prevista en el Decreto 2241 de 1986, Código Nacional Electoral, porque sus dos interpretaciones posibles resultaban inconstitucionales: entendida como una sanción, desconocía abiertamente la reserva judicial en la materia[80], mientras que, entendida como una medida de protección del orden público durante las elecciones, no superaba el juicio estricto de proporcionalidad[81].

44. La jurisprudencia constitucional también ha aceptado la constitucionalidad de algunas restricciones de la libertad, sin orden judicial, al concluir que no se trata de privaciones de la misma o al excluir que puedan convertirse en ello[82]. Así, se concluyó que la orden de reclutamiento para prestar el servicio militar, no constituye una privación de la libertad, por lo que resulta constitucional que se trate de una medida que puede ser proferida por las autoridades militares. Sin embargo, declaró que la facultad de “compeler”, reconocida a las autoridades militares, sólo puede ser entendida como una medida de identificación inmediata, que no puede transformarse en una privación de la libertad[83].

45. Una mención especial merece la medida policiva del traslado por protección, prevista en el Código Nacional de Policía de 2016 y que se encontraba en el Código de 1970, bajo la denominación de retención preventiva. Se trata de la posibilidad de llevar a personas cuya condición ponga en riesgo su vida o integridad, a ciertos lugares, con el fin de prevenir que ocurran daños. Al respecto, aunque la sentencia C-199 de 1998 declaró inexecutable la facultad de retener administrativamente a las personas que incurrieran en irrespeto a la autoridad, por vulnerar la reserva judicial en materia de privación de la libertad, declaró la exequibilidad de la retención preventiva en comando, por embriaguez o excitación, prevista en el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970[84], luego de considerar que no se trata de una privación de la libertad, sino de una medida policiva que busca proteger los derechos fundamentales que se encuentran en riesgo[85].

46. Sin embargo, en la sentencia C-720 de 2007, la Corte Constitucional volvió a estudiar la retención preventiva en comando, ya que en esta ocasión se demandó una norma diferente a la juzgada en 1998, donde se establecían las condiciones concretas de la retención y se verificó que esta facultad permitía que se retuviera en el comando de Policía,

sin ningún tipo de control, hasta por 24 horas[86]. Considerando los graves riesgos que esta medida significaba para la libertad de las personas, la Corte la sometió a un test estricto de proporcionalidad que no superó, al mostrarse como una medida parcialmente idónea, por los riesgos que puede acarrear, innecesaria y desproporcionada. Sin embargo, la inexequibilidad de la retención preventiva en comando fue diferida hasta el 20 de junio de 2008; en entre tanto, se establecieron condicionamientos para neutralizar o disminuir los riesgos para la libertad personal[87] y, considerando que el Código de Policía era una legislación preconstitucional, la Corte exhortó al Legislador para “que expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución”[88].

47. El anterior exhorto fue acatado con la expedición de la Ley 1801 de 2016. En el artículo 155 del nuevo Código Nacional de Policía, la figura de la retención preventiva en comando fue configurada de manera diferente, bajo la categoría de traslado por protección, cuya constitucionalidad fue examinada mediante la sentencia C-281 de 2017. En esta decisión se declaró inexequible la facultad de utilizar el traslado por protección cuando el comportamiento sea una riña o la realización de comportamientos agresivos o temerarios, o de actividades peligrosas o de riesgo y se dirija contra una autoridad de Policía, ya que, en este caso, se identificó su naturaleza sancionatoria en violación de la reserva judicial. Sin embargo, la figura no sancionatoria de traslado por protección fue declarada exequible, pero se incluyeron condicionamientos dirigidos a proteger la dignidad y libertad de las personas[89].

48. En síntesis, de la prolífica jurisprudencia constitucional expuesta en materia de la libertad personal o física, es posible concluir que, aunque en un primer momento se interpretó que el segundo inciso del artículo 28 de la Constitución autorizaba la privación administrativa de la libertad, con el único fin de identificar a las personas y permitir su judicialización -detención administrativa preventiva derivada de aprehensión material-, dicha interpretación fue abandonada, al considerar que la reserva judicial estricta en la materia concierne, en el derecho colombiano, no únicamente el control de la regularidad de la aprehensión (reserva de la última palabra), sino también la orden judicial de privación de la libertad (reserva de la primera palabra). Por consiguiente, se declaró la inconstitucionalidad de una serie de potestades que significaban una privación administrativa de la libertad. Lo anterior no excluyó que se avalara la constitucionalidad de restricciones de la libertad, ordenadas por autoridades administrativas, a condición de que

las mismas tuvieran una finalidad no sancionatoria, no significaran una privación de la libertad y, en su ejecución, se respetaran los principios y derechos constitucionales en juego. Así, a la luz de la Constitución Política de 1991, la privación de la libertad únicamente puede resultar de la orden proferida por una autoridad judicial competente (artículo 28 de la Constitución), incluida la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de esta competencia jurisdiccional excepcional o de la captura en flagrancia (artículo 32 de la Constitución).

F. LA GARANTÍA DE ORDEN JUDICIAL O FLAGRANCIA PARA LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, FRENTE A LA NORMA BAJO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

49. La figura de la aprehensión con fin judicial, prevista en el artículo 168 del Código Nacional de Policía, bajo control, se activa cuando ocurra una de las siguientes hipótesis: (i) cuando una persona es señalada de haber cometido una infracción penal, (ii) cuando es sorprendida en flagrante delito, (iii) cuando un particular haya pedido auxilio y (iv) cuando un particular la ha aprehendido. Algunos intervinientes consideran que se trata de hipótesis de flagrancia en las que, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución, no se requeriría orden judicial para la aprehensión. Teniendo en cuenta la aparente cercanía entre las hipótesis (iii) y (iv) con formas de flagrancia, su constitucionalidad se analizará en conjunto, al lado de la hipótesis que expresamente refiere la flagrancia. La aprehensión por señalamientos, será examinada a continuación.

La aprehensión de la persona sorprendida en flagrante delito, cuando un particular haya pedido auxilio y cuando es un particular quien la ha aprehendido

La flagrancia, como excepción a la reserva judicial de la primera palabra:

50. El artículo 32 de la Constitución prevé una excepción a la reserva judicial en materia de privación de la libertad: “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona”, lo que, con mayor razón, autoriza a que la aprehensión en flagrancia la realice una autoridad policial.

51. La determinación de las condiciones para que se configure la situación de flagrancia es un asunto de la competencia del Legislador el que, de esta manera, desarrolla la previsión constitucional mencionada. Es por esta razón que cuando la jurisprudencia constitucional ha definido la flagrancia, lo ha hecho en atención a la regulación legal,

establecida, particularmente, en la ley procesal penal. En la actualidad, el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 dispone que

“Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible”.

52. Nótese que las hipótesis descritas, tienen en común la relación de inmediatez que debe existir entre la realización del comportamiento punible y la aprehensión, al mismo tiempo que la urgente necesidad de realizar la aprehensión, para evitar la fuga y permitir así la judicialización del presunto responsable del delito porque, en dichas circunstancias, no es posible esperar a que sea un juez quien ordene la captura[90]. Esto se explica porque la flagrancia deriva etimológicamente de flagrar[91], es decir, arder como el fuego, por lo que, para que exista flagrancia, el hecho debe aún estar aún en desarrollo o, al menos, suficientemente reciente. “Por consiguiente, no se configura la flagrancia cuando ni siquiera es posible individualizar a la persona por sus características físicas y tampoco cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después”[92]. De ahí que la flagrancia no se limita a aquella

hipótesis en la que (i) la persona es aprehendida en el momento mismo en el que se encuentra cometiendo la conducta -flagrancia en sentido estricto-, sino también (ii) cuando es aprehendida inmediatamente después de la conducta, pero como resultado de una persecución, de un señalamiento de un hecho que acaba inmediatamente de ocurrir o de la utilización de medios de videovigilancia y la persona es aprehendida inmediatamente después -flagrancia extendida-; igualmente (iii) cuando es capturada con objetos o instrumentos o en el vehículo utilizado para huir, a partir de los cuales es posible inferir razonablemente que acaba de realizar la conducta punible -flagrancia inferida por las cosas- [93]. En todos los casos, a pesar de que se acepta la excepción a la reserva judicial de la primera palabra, el aprehendido debe ser puesto, en el menor tiempo posible, a disposición del juez de control de garantías quien verificará las condiciones de la captura.

Los condicionamientos de la norma, para hacerla compatible con los artículos 28 y 32 de la Constitución

53. La norma bajo control de constitucionalidad prevé que la aprehensión con fin judicial podrá darse cuando la persona es “sorprendida en flagrante delito”. Esta hipótesis coincide con la flagrancia en sentido estricto, razón por la cual, permitir que la policía realice la captura es perfectamente compatible con los artículos 28 y 32 de la Constitución. También dispone que la aprehensión procede “cuando un particular haya pedido auxilio”, pero no exige que exista relación de inmediatez entre el llamado de auxilio y la realización de la conducta que podría ser punible. Lo mismo ocurre en la hipótesis en la que la aprehensión se ocurre cuando un particular “la haya aprehendido”, ya que es posible que la aprehensión por parte del particular, haya ocurrido mucho tiempo después de la ocurrencia de la conducta, cuando haya logrado identificarlo o encontrarlo y, en este caso, la captura no sería en situación de flagrancia.

54. Lo anterior implica que tanto el caso de la aprehensión por parte del particular, como la realizada como consecuencia de las voces de auxilio son causas que adolecen de un alto grado de indeterminación y que, en razón de lo anterior, podrían dar lugar a que se interprete que permiten la aprehensión sin orden judicial, a pesar de no existir flagrancia, por no exigir, necesariamente, que exista relación de inmediatez entre la aprehensión y la conducta considerada como punible. Esta situación contraría el artículo 28 de la Constitución, en el que la reserva legal para la privación de la libertad exige que la misma

sea “por motivo previamente definido en la ley”, contrario a la norma con alto grado de indefinición que aquí se examina. También resulta vulnerado el artículo 32, ya que permitiría la captura sin orden judicial, en hipótesis que no constituyen flagrancia.

La aprehensión por señalamientos

56. La aprehensión por señalamientos prevista en la norma demandada constituye lo que, a partir del Código Nacional de Policía de 1970, esta Corte, en la sentencia C-024 de 1994, denominó “detención preventiva derivada de aprehensión material”, “detención preventiva gubernativa” o captura por “requerimiento público” y que, definió como aquella facultad para aprehender a personas a partir de “razones objetivas, (...) 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. (...) 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. (...) Por eso, (...) 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”[94].

57. Como quedó explicado en esta sentencia, la decisión de 1994 fundaba la constitucionalidad de esta potestad administrativa para privar la libertad de las personas, sin flagrancia, ni orden judicial, en una interpretación del inciso segundo del artículo 28 de la Constitución, que fue revaluada a partir de la sentencia C-730 de 2005, confirmada en la sentencia C-176 de 2007, en la que, considerando el mismo Código Nacional de Policía de 1970, la Corte Constitucional decidió que la expresión “Nadie puede ser privado de la libertad sino: a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente” debía ser entendida en el sentido de que la privación de la libertad sólo es posible “previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente” (negrillas originales). De ahí que la aprehensión por requerimiento público o captura por acusación, quedó proscrita constitucionalmente, por tratarse de una violación caracterizada del artículo 28 de la Constitución. Al respecto,

evidencia la Corte Constitucional que la interpretación dada por las sentencias C-730 de 2005 y C-176 de 2007 al artículo 28 de la Constitución es correcta y responde a la exigencia de garantizar adecuadamente la libertad, en su triple naturaleza de valor, principio y derecho constitucional. Por lo tanto, no existen razones para realizar un cambio de la jurisprudencia establecida en la materia, que debilite el amparo constitucional de la libertad. En consecuencia, la posición jurisprudencial según la cual el segundo inciso del artículo 28 de la Constitución no autoriza una excepción a la reserva constitucional en materia de privación de la libertad, se reitera en la presente sentencia.

El análisis de la constitucionalidad del instrumento, como paso previo a la interpretación de la norma demandada

58. La aprehensión con fin judicial, por señalamientos de haber cometido una infracción penal, prevista en el artículo 168 bajo control, es una facultad atribuida a la Policía Nacional, que permite privar de la libertad sin orden judicial y que no requiere que la persona aprehendida se encuentre en situación de flagrancia, como resulta de la interpretación lógica y textual de la norma y como lo reconoce la misma Policía en sus intervenciones y lo pone de presente en los manuales de procedimiento policial donde explica que la aprehensión por señalamientos es una figura que permite capturar a quien días, meses o años atrás, ha cometido un delito[95].

59. La aprehensión por señalamientos busca permitir que la persona que fue víctima de un delito, pueda lograr la individualización de su agresor, cuando, tiempo después de la conducta presuntamente punible, logra identificarlo y ello le permite presentar la correspondiente denuncia. Se trata de una figura que pretende el acceso a la justicia de las víctimas de los delitos, que se encuentra en tensión con el derecho a la libertad personal del señalado como delincuente, por lo que podría pensarse que su constitucionalidad se resuelve mediante la aplicación de un juicio de proporcionalidad que, en este caso, debería ser realizado en su mayor intensidad. Sin embargo, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, cuando la medida a ponderar es inconstitucional en sí misma, no es posible realizar la ponderación, ya que “el juicio de proporcionalidad, en todos estos casos, se encuentra precedido de un examen que tiene por propósito definir si la medida cuyo juzgamiento se pretende está directamente proscrita por la Carta”[96], ya que la inconstitucionalidad intrínseca, no es ponderable.

60. Lo anterior es justamente lo que ocurre respecto de la aprehensión por señalamientos: se trata de una medida que contraría abiertamente el artículo 28 de la Constitución y que pone en altísimo riesgo la libertad de las personas, porque pretende reemplazar la garantía de orden previa de autoridad judicial competente, para que proceda la privación de la libertad, por un simple señalamiento hecho por otra persona la que, fruto del paso del tiempo, que podría ser incluso años, o de la confusión de los hechos, puede incurrir en un grave error en la identificación de quien considera delincuente y, a condición de acudir conjuntamente a presentar la denuncia, genera automáticamente la privación de la libertad del señalado por ella. Se trata de un claro desconocimiento de las garantías constitucionales que rodean la libertad personal y, por lo tanto, no es posible realizar un juicio de proporcionalidad[97], lo que impondría su declaratoria de inexequibilidad. Sin embargo, la Sala Plena de la Corte Constitucional comparte la apreciación del I.C.D.P. realizada en el presente proceso, según la cual, la aprehensión por señalamientos admite una interpretación que sería conforme al artículo 32 de la Constitución y, por consiguiente, en virtud del principio de conservación del derecho, se impone condicionar su constitucionalidad.

61. En efecto, aunque la aprehensión por señalamientos coincida con la figura de la “detención preventiva derivada de aprehensión material”, “detención preventiva gubernativa” o captura por “requerimiento público”, de la sentencia C-024 de 1994, inconstitucional por no exigir que la aprehensión se realice en situación de flagrancia, como lo reconoce la Policía Nacional, el tenor literal de la norma permite que se entienda que la expresión “señalada de haber cometido infracción penal”, corresponde a la hipótesis de flagrancia extendida según la cual, una persona es señalada por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración. Por consiguiente, tal como lo solicitó en su intervención la Alcaldía de Bogotá, se declarará la exequibilidad condicionada de la aprehensión por señalamientos, pero en dicho entendido.

62. Sin embargo, es necesario aclarar que en el caso en que una persona señale ante los agentes de Policía que determinada persona, días, meses o años atrás, cometió determinado delito y con el único fin de lograr su identificación y, por consiguiente, permitir el acceso efectivo a la justicia de las víctimas, con la presentación posterior de la correspondiente denuncia o querella, el mismo Código Nacional de Policía[98] otorga la

facultad a los agentes de Policía para solicitar la identificación y, en caso de resistirse a la misma, realizar un procedimiento de registro a la persona. Se trata de molestias que no constituyen privaciones de la libertad.

G. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO, EN CASO DE CAPTURA

63. La sentencia C-212 de 2017 precisó que “la inviolabilidad del domicilio constituye una de las piezas más representativas del principio de separación entre lo público y lo privado, ya que excluye, en principio, de la intervención estatal, espacios cerrados al público, que se encuentran estrechamente vinculados con el ejercicio libre de la vida privada[99]. La salvaguarda del domicilio frente a las intromisiones públicas manifiesta, a través de la protección de un espacio físico, la garantía misma del principio de libertad en varias de sus manifestaciones[100], tales como el derecho a la intimidad, “esencial en una sociedad democrática respetuosa del valor de la autonomía”[101], al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de creencias y de cultos y a la libre expresión cultural y de ideas. El vínculo que existe entre la protección del domicilio y la libertad, explica que la misma garantía de reserva judicial para su limitación se encuentre tanto respecto de la privación de la libertad, como en el acceso al domicilio (artículo 28 de la Constitución) y en el acceso a las comunicaciones privadas (artículo 15 de la Constitución)”[102].

64. Una de las garantías que rodean el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se encuentra en el artículo 32 de la Constitución el que, a pesar de autorizar que el sorprendido en flagrancia pueda ser aprehendido y llevado al juez por cualquier persona, es decir, sin necesidad de obtener una orden judicial previa, dispuso que “Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador”. El primero de los casos consiste en una ponderación realizada directamente por el Constituyente según la cual, la inviolabilidad del domicilio debe ceder ante el interés general presente en la captura de los delincuentes sorprendidos en flagrancia. En otros términos, entendió la Constitución que la inviolabilidad del domicilio no puede ser utilizada por el delincuente en flagrancia, para impedir la acción de la Policía. En el segundo caso, es decir, cuando durante la persecución el delincuente se refugiare en domicilio ajeno, la ponderación se inclinó en favor de la inviolabilidad del domicilio de quien no es la persona descubierta en flagrancia y es perseguido por las autoridades. Es por esta

razón que la regla constitucional exige que el morador autorice el ingreso, ya que la expresión “requerimiento” no podría entenderse como una simple formalidad que autorizaría a violar el domicilio de las personas, con o sin su anuencia[103].

65. La norma bajo control prevé que la aprehensión con fin judicial puede realizarse en sitio público “o abierto al público o privado”. Para el demandante, la aprehensión en lugar abierto al público o privado, desconoce la inviolabilidad del domicilio y, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque el artículo 32 de la Ley 1801 de 2016 no ha sido objeto de control de constitucionalidad, sí constituye un instrumento para la interpretación de la norma demandada, al encontrarse en el mismo cuerpo normativo y, por lo tanto, permite una lectura sistemática. Dicho artículo 32 dispone que “No se consideran lugares privados: 1. Bienes muebles o inmuebles que se encuentran en el espacio público, en lugar privado abierto al público o utilizados para fines sociales, comerciales e industriales. || 2. Los sitios públicos o abiertos al público, incluidas las barras, mostradores, áreas dispuestas para: almacenamiento, preparación, fabricación de bienes comercializados o utilizados en el lugar, así como también las áreas dispuestas para el manejo de los equipos musicales o Disc jockey, y estacionamientos a servicio del público” (negritas no originales).

66. La aprehensión con fin judicial puede realizarse, de acuerdo con lo anterior, en lugar abierto al público, lo que en la definición señalada corresponde tanto a lugares privados abiertos al público, como a otros sitios abiertos al público. Pero no podría realizarse en lugares privados no abiertos al público, aunque utilizados para fines sociales, comerciales e industriales, ya que el Código Nacional de Policía no los considera ni sitios públicos, ni abiertos al público, ni privados. Incluso la indeterminación de la norma podría permitir que la aprehensión se realice en lugares privados cerrados al público, teniendo en cuenta que genéricamente dispone que la aprehensión puede también realizarse en lugares privados, sin diferenciar entre ellos. Sin entrar a analizar la constitucionalidad del artículo 32 del Código Nacional de Policía, referido, porque escapa al objeto del presente control de constitucionalidad, es posible identificar que: (i) la aprehensión con fin judicial en lugares abiertos al público, no corresponde al domicilio de las personas, es decir, “espacios cerrados al público, que se encuentran estrechamente vinculados con el ejercicio libre de la vida privada”[104] y, en este sentido, no resulta inconstitucional que la aprehensión en flagrancia se realice en lugares abiertos al público y así se declarará en la parte resolutive de la presente sentencia; (ii) la aprehensión en espacio privado puede corresponder al

domicilio de las personas.

67. En tratándose del acceso de la Policía al domicilio de las personas, el artículo 163 del mismo Código, cuya constitucionalidad fue declarada mediante la sentencia C-212 de 2017, prevé las hipótesis en las que “La Policía podrá penetrar en los domicilios, sin mandamiento escrito, cuando fuere de imperiosa necesidad”:

“1. Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio.

2. Para extinguir incendio o evitar su propagación o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro.

3. Para dar caza a animal rabioso o feroz.

4. Para proteger los bienes de personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas.

5. Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de estos.

6. Para proteger la vida e integridad de las personas, si en el interior del inmueble o domicilio se están manipulando o usando fuegos pirotécnicos, juegos artificiales, pólvora o globos sin el debido cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

68. Como puede verse, al tratarse de una limitación excepcional a la inviolabilidad del domicilio, consideró la Corte Constitucional que “las autoridades de policía solamente están autorizadas a aplicar la norma demandada en casos límite, esto es, en situaciones extremas que requieren la intervención urgente y obligatoria de aquellas autoridades para preservar los derechos o intereses que se encuentran en grave riesgo de afectarse”[105]. Su constitucionalidad se declaró al realizar un juicio de proporcionalidad entre los derechos e intereses que la Policía pretende salvaguardar y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, luego de considerar que “Tratándose de un derecho constitucional, la inviolabilidad del domicilio no reconoce prerrogativas ilimitadas, lo que contrariaría, directa o indirectamente, la vigencia de otros derechos constitucionales que quedarían desprotegidos por amparos absolutos e inflexibles de este derecho”[106].

69. En dichas circunstancias excepcionales en las que la Policía se encuentra autorizada para ingresar sin orden judicial al domicilio de las personas, para proteger otros intereses o derechos fundamentales, es perfectamente posible que, encontrándose legítimamente allí, advierta que hay un delito en alguna de las hipótesis de flagrancia. En ese caso, ya que el artículo 32 de la Constitución autoriza a cualquier persona a realizar la captura sin orden judicial, es lógico que la Policía deba cumplir sus funciones y proceder a la aprehensión en situación de flagrancia.

70. En consideración de todo lo anterior, aunque la norma demandada permite la aprehensión en lugares privados, por parte de la Policía, sin establecer condiciones que resultan necesarias para el respeto del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, ésta podría prestarse para actuaciones inconstitucionales, que desconocerían los artículos 28 y 32 de la Constitución Política. Por lo tanto, en aras de garantizar la supremacía constitucional y evitar la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma en cuestión, se hace necesario que la Corte Constitucional introduzca condicionamientos interpretativos a la expresión “privados”, prevista en la norma bajo control. En particular, siguiendo el concepto de la Defensoría del Pueblo, la aprehensión en flagrancia en sitios privados sólo es constitucional si quien realiza la misma se encuentra legítimamente en el lugar, es decir, que no se trata de una autorización para desconocer la inviolabilidad del domicilio ajeno. Al respecto, cuando quien realiza la aprehensión es la Policía Nacional, es posible establecer las siguientes hipótesis: (i) Que se encuentre persiguiendo al delincuente y éste se refugie en su propio domicilio. En este caso, el artículo 32 de la Constitución autoriza a ingresar al domicilio, sin orden judicial, para realizar la captura en flagrancia. (ii) Que se encuentre persiguiendo al delincuente y éste se refugia en domicilio ajeno. En este caso, de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución, la Policía podrá ingresar al domicilio, si obtiene la autorización del morador. (iii) Que la Policía se encuentre en el domicilio de las personas, habiendo accedido en alguna de las circunstancias excepcionales de imperiosa necesidad en las que, el artículo 168 de la Ley 1801 de 2016 autoriza el ingreso sin orden judicial previa o ha ingresado al domicilio de las personas con anuencia previa del morador y, en dichas circunstancias, presencia una situación de delito flagrante. Ahora bien, aunque la norma no regula lo relativo a la aprehensión realizada por el particular, sino la realizada por el personal uniformado de la Policía Nacional, también prevé que la misma es posible “cuando un particular (...) la haya aprehendido”. Al respecto, la interpretación constitucional de esta expresión implica entender que la norma tampoco autoriza al

particular para desconocer la garantía de inviolabilidad del domicilio y, por lo tanto, se requiere que quien aprehende se encuentre allí de manera legítima, porque es su propio domicilio o porque fue autorizado para ingresar por parte del morador.

71. En suma, en todos estos casos la aprehensión en flagrancia en el domicilio de las personas por parte de la Policía Nacional requiere que quien aprehende, se encuentre legítimamente en el lugar y, por lo tanto, no es posible desconocer la inviolabilidad del domicilio, en los términos de los artículos 28 y 32 de la Constitución. En este sentido, se condicionará la interpretación de la expresión “privados” prevista en la norma bajo control.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

72. Le correspondió a la Corte Constitucional decidir una demanda de inconstitucionalidad contra varias expresiones contenidas en el inciso primero del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía, donde se prevé la aprehensión con fin judicial. Consideraba el accionante que la norma vulnera el artículo 28 de la Constitución, al permitir la privación administrativa de la libertad, es decir, sin que medie orden judicial, ni flagrancia y, en su concepto, la carga impuesta a quien solicite la aprehensión, de acudir inmediatamente a presentar la denuncia, no compensa la grave afectación al derecho a la libertad personal. También sostenía que la aprehensión en sitios abiertos al público y privados, vulnera el mismo artículo de la Constitución, pero por permitir el desconocimiento de la inviolabilidad del domicilio.

73. De manera preliminar, constató la Corte que, aunque el accionante señaló como cuestionada la expresión “siempre que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia”, en realidad, no formuló una acusación de inconstitucionalidad al respecto, que cumpla con las cargas argumentativas para permitir un juicio de constitucionalidad. Por lo tanto, la Corte se inhibió de juzgar la constitucionalidad de dicha expresión, por ineptitud sustantiva de la demanda.

74. En cuanto al análisis de la constitucionalidad de las expresiones adecuadamente demandadas, la Corte procedió, en primer término, a interpretar el alcance de la norma, a partir de lo cual se pudo constatar que las condiciones causales y materiales de la aprehensión regulada en el artículo 168 demandado, sí constituyen una efectiva privación

de la libertad, considerando que, aunque la persona aprehendida podría ser liberada luego de que se presente la denuncia, en el caso en el que la aprehensión no se diera en situación de flagrancia, la misma persona también era conducida forzosamente bajo esposas, imposibilitando el ejercicio mismo de la libertad personal y que, la supresión de la libertad aquí prevista, no incluía un límite de duración preciso. También se concluyó que, aunque la aprehensión con fin judicial era posible que ocurriera en situación de flagrancia, la hipótesis de la aprehensión por señalamientos permitía la privación de la libertad por el simple señalamiento que realice otra persona en el sentido de que días, meses o años atrás cometió una conducta punible, razón por la cual, no se trataba ni de una captura por orden judicial competente, ni en flagrancia. Luego de establecer que constitucionalmente únicamente es posible privar de la libertad a las personas por orden de autoridad judicial competente, la que, de manera excepcional incluye a la Fiscalía General de la Nación o, por cualquier persona, cuando exista flagrancia, con la obligación, en ambos casos, de poner al aprehendido a disposición del juez de control de garantías, concluyó la Corte Constitucional que las diferentes hipótesis de aprehensión con fin judicial únicamente podrían resultar conformes a la Constitución Política si se entiende que corresponden a una de las distintas formas de captura en flagrancia, en desarrollo del artículo 32 de la Constitución, previstas en la actualidad en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

75. Por esta razón condicionará la exequibilidad de la expresión “señalada de haber cometido infracción penal”, prevista en el inciso primero del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016, en el entendido de que corresponde a una de las hipótesis de flagrancia, que consiste en haber sido señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración. También declarará la exequibilidad de las expresiones “cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido”, en el entendido de que igualmente corresponden a hipótesis de captura en flagrancia y, por lo tanto, para que proceda la aprehensión, es necesario que exista relación de inmediatez entre el hecho considerado punible y la aprehensión.

76. En lo relativo a la aprehensión en lugares abiertos al público, encontró este tribunal que, al no corresponder al domicilio de las personas, no vulnera el artículo 28 de la Constitución. Por el contrario, condicionará la expresión “privado”, en el entendido de que la captura en flagrancia en el domicilio, procede por parte de la Policía Nacional, en los

términos del artículo 32 de la Constitución, es decir que el ingreso es legítimo cuando la persona es aprehendida como resultado de una persecución y se refugia en su propio domicilio o, cuando tratándose del domicilio de otra persona, se cuenta con la autorización del morador para acceder al mismo.

III. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 de 2017.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “o abierto al público”, del inciso primero del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016.

Tercero.- Declarar CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE la expresión “o privado”, del inciso primero del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016, en el entendido de que la aprehensión en flagrancia en el domicilio procede por parte de la Policía Nacional, en los términos del artículo 32 de la Constitución.

Cuarto.- Declarar CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE la expresión “señalada de haber cometido infracción penal”, prevista en el inciso primero del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016, en el entendido de que corresponde a una de las hipótesis de flagrancia, que consiste en haber sido señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.

Quinto.- Declarar CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE las expresiones “cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido”, del inciso primero del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016, en el entendido de que corresponden a hipótesis de flagrancia y, por lo tanto, para que proceda la aprehensión, es necesario que exista relación de inmediatez entre la conducta punible y la aprehensión.

Sexto.- INHIBIRSE de proferir un pronunciamiento de fondo respecto de la expresión

“siempre que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia”, del inciso primero del artículo 168 de la Ley 1801 de 2016, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

Magistrado

Con impedimento aceptado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

En comisión

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Exequibilidad pura y simple (Salvamento parcial de voto)

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente D-11933

Magistrado Ponente:

Alejandro Linares Cantillo

En atención a la decisión adoptada en este asunto por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 10 de julio de 2019, presento salvamento parcial de voto, pues considero que las expresiones “señalada de haber cometido infracción penal” y “cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido” debían declararse exequibles sin condicionamiento.

1. Frente a ambas expresiones, la sentencia limita a los casos de flagrancia la posibilidad de aprehender sin orden judicial a quien presuntamente ha cometido una conducta punible. Sin embargo, no comparto dicha restricción, por las siguientes razones:

i) Se trata de una lectura de la norma que no se deriva del artículo 28 superior. En efecto,

con fundamento en una serie de pronunciamientos de esta Corporación, se concluyó que la aprehensión sin orden judicial en casos distintos a la flagrancia estaba proscrita, por tratarse de una violación de la reserva judicial. Sin embargo, las providencias que soportan tal afirmación aluden a aprehensiones de naturaleza administrativa[107], que fueron declaradas inconstitucionales porque, en esos eventos, la privación de la libertad resultaba desproporcionada. Por el contrario, la norma demandada se refiere a la posibilidad de capturar a quien presuntamente ha cometido un delito. En ese contexto, la posibilidad de que se llevara a cabo la aprehensión sin orden judicial resultaba plenamente razonable.

ii) Al respecto, la sentencia C-024 de 1994, mediante la cual se declaró constitucional una medida similar, ofrecía elementos valiosos para fijar el alcance de la norma y tornar compatible el derecho a la libertad personal con una hermenéutica pro legislatore. En aquella decisión, la Corte Constitucional fijó diez sub-reglas relevantes que, aplicadas en lo pertinente a este caso, permitían cerrar el ámbito de discrecionalidad de la autoridad policial. Se trataba, en resumen, de considerar “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”[108]. De este modo, los eventos de privación de la libertad que consagraba la norma cuestionada, caracterizados en términos de fundada urgencia, adquirirían límites claros y precisos, y eran, por ello, compatibles con la Constitución.

iii) La Corte consideró de manera equivocada que, a la luz de los precedentes descritos, la norma sin condicionamientos era per se inconstitucional. Por ello, omitió llevar a cabo un análisis de proporcionalidad, el cual conducía a declarar la exequibilidad simple del artículo 168 del Código Nacional de Policía. Por una parte, las hipótesis regladas de captura que allí se consagraban eran adecuadas para el logro de fines constitucionalmente imperiosos, como la seguridad ciudadana, la protección eficaz y pronta de las personas contra el delito y la garantía de celeridad en la persecución de las conductas punibles. Por otro lado, no parecían existir medidas alternativas (distintas a la captura en estricta flagrancia), que, siendo menos restrictivas de la libertad, pudieran realizar en igual o mayor medida tales propósitos.

iv) Aunado a esto, el nivel de afectación a la libertad personal que contenía la norma impugnada era, por otro lado, claramente leve, por las siguientes razones: i) consagraba

una hipótesis precisa y reglada de privación transitoria de la libertad; ii) podía restringirse por sub reglas similares a las fijadas en la sentencia C-024 de 1994; iii) la detención siempre tiene, además de un límite temporal infranqueable, un control de legalidad posterior ante el juez de garantías correspondiente; y en todo caso, iv) nadie más que esa autoridad judicial, tratándose de la investigación de un delito, es quien puede determinar, en la audiencia preliminar respectiva, si el capturado debe o no enfrentar el proceso privado de su libertad.

v) Finalmente, las razones expuestas en la sentencia para declarar condicionalmente exequible las referidas expresiones, parten de supuestos en los que la aprehensión se realizaría de manera equivocada, como cuando quien señala incurre en un grave error en la identificación. Sin embargo, eventos hipotéticos en los que la aplicación de la norma podría resultar problemática o arbitraria, no pueden constituir el fundamento de un juicio de constitucionalidad en abstracto, que es el que le corresponde efectuar a la Corte.

2. Por otro lado, una lectura sistemática de la norma permite concluir que el artículo 168 demandado no regula las facultades de los particulares para llevar a cabo aprehensiones con fines judiciales, sino la posibilidad de que el personal de la Policía Nacional aprehenda a quien ha sido capturado por un particular. Por tanto, considero que no debían incluirse condicionamientos relacionados con los requisitos que deben cumplirse cuando los particulares aprehenden a quien, presuntamente, ha cometido un delito.

Fecha ut supra,

Carlos Bernal Pulido

Magistrado

[2] Luz Elena Rodríguez Quimbayo. Folios 71 a 99 del expediente.

[3] Paula Robledo Silva. Folios 100 a 103 del expediente.

[4] Diana Alexandra Remolina Botía. Folios 104 a 107 del expediente.

[5] Jason Alexander Andrade Castro. Folios 52 a 70 del expediente.

[6] El término de fijación en lista venció el 10 de marzo de 2017, mientras que la intervención se recibió el 21 de marzo del mismo año. En dicha intervención, la alcaldía solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada, en aplicación del precedente previsto en la sentencia C-024 de 1994. Considera que el demandante realiza una interpretación errónea de la norma, ya que ésta es una materialización del art. 28 de la Constitución que prevé la detención preventiva. Agrega que la aprehensión en cuestión no afecta la inviolabilidad del domicilio, porque ésta no es absoluta y la aprehensión busca sólo conducir para fines de identificación.

[7] El término de fijación en lista venció el 10 de marzo de 2017, mientras que la intervención se recibió el 22 de marzo del mismo año. En dicho concepto, los intervinientes solicitan la declaratoria de inexecutable de la norma demandada, porque consideran que no responde a la lógica preventiva propia del Código de Policía, sino que es congruente con la lógica propia del derecho penal. Explican que el Código sólo permite el acceso al domicilio sin orden judicial en las hipótesis de urgencia previstas en el artículo 163 de dicha codificación. Sostienen que la norma bajo examen contraría la inviolabilidad del domicilio al no tratarse de hipótesis de flagrancia y desconoce las garantías que rodean la libertad personal, principalmente la orden judicial previa.

[8] El término de fijación en lista venció el 10 de marzo de 2017, mientras que la intervención se recibió el 12 de junio del mismo año. Explica que la aprehensión es un momento esencial de la captura, como forma de aplicar las medidas que restringen la libertad, mientras que la aprehensión aquí regulada, es una captura administrativa que resulta inconstitucional porque permite, con el simple señalamiento, desconocer las garantías de la presunción de inocencia. Precisa que, ya que la norma diferencia la flagrancia, de la aprehensión cuando un particular pide auxilio o haya sido aprehendido por el particular, debe entenderse que estas hipótesis no corresponden a alguna de las formas de flagrancia y derivan de ello su inconstitucionalidad. También sostiene que la obligación de acudir a presentar la denuncia es inconstitucional.

[9] El término de fijación en lista venció el 10 de marzo de 2017, mientras que la intervención se recibió el 29 de septiembre del mismo año. Explica que la norma incluye una hipótesis ajena a la flagrancia, que consiste en la aprehensión por señalamientos y evidencia cómo la norma es abierta e indeterminada en cuanto al sujeto que puede señalar

y el tiempo de la privación de la libertad. Pone de presente cómo la aprehensión por tercera persona tampoco exige la inmediatez propia de la flagrancia. Llama la atención de que la norma no exige verificación o examen alguno previo para permitir la aprehensión. En atención a la vaguedad de la norma, considera que se vulnera la exigencia de previsión legal de las causas de la privación de la libertad, así como el procedimiento para llevarlo a cabo. Agrega que la norma también desconoce la inviolabilidad del domicilio. También sostiene que la norma desconoce las finalidades respecto del cuerpo de policía, previstas en el artículo 218 de la Constitución. Concluye que el último inciso demandado, que obliga a concurrir a presentar la denuncia conduce a autorizar a la Policía a incumplir su deber de capturar a personas encontradas en flagrancia e, incluso, desconoce deberes de los servidores públicos, previstos en la Ley 906 de 2004. Puntualiza que la expresión solicitante, utilizada por la norma, desconoce la situación especial de las víctimas.

[10] Fernando Carrillo Flórez. Folios 141 a 159 del expediente.

[11] Coronel Pablo Antonio Criollo Rey.

[12] (anexa el formato en folio 12 del cuaderno de pruebas, anexo al cuaderno principal)

[13] Folios 46 a 47 del expediente.

[14] Artículo 67 del Código de Policía de 1970. Es de aclarar que dicha norma utilizaba la expresión “persona acusada” en sentido no técnico, teniendo en cuenta que no se trataba de alguien que se le hubiera formulación acusación en materia penal por parte de un juez de instrucción criminal, sino se refería a alguien señalado (acusado) por otra de haber cometido un delito.

[15] Artículo 149 de la Ley 1801 de 2016.

[16] Es por esta razón que el artículo 4 del mismo Código, resalta la naturaleza preventiva de los instrumentos allí previstos: “Artículo 4°. Autonomía del acto y del procedimiento de policía. Las disposiciones de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no se aplicarán al acto de policía ni a los procedimientos de policía, que por su misma naturaleza preventiva requieren decisiones de aplicación inmediata, eficaz, oportuna y diligente, para conservar el fin superior de la convivencia, de

conformidad con las normas vigentes y el artículo 20 de la Ley 1437 de 2011 (...).

[17] “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” (negritas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[18] En efecto el artículo 22 de la Ley 599 define el dolo de la siguiente manera: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar” (negritas no originales). Por su parte el artículo 19 del mismo código clasifica las conductas punibles en “Delitos y contravenciones. Las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones”. Aunque las contravenciones penales no encuentran desarrollo en la legislación actual, éstas no deben confundirse con las contravenciones administrativas. Por lo tanto, la expresión conducta punible apunta únicamente a comportamientos tipificados en materia penal.

[19] Dicha graduación en el tiempo fue definida en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal “Artículo 301. Reformado por la Ley 1453 de 2011, artículo 57. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.

4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible”.

[20] Sentencia C-591/05.

[21] El Acuerdo 079 de 2003, Por la cual se expide el Código de Policía de Bogotá, D.C., dispone en su artículo 143 que la aprehensión “Es la acción física de sujetar a una persona con el fin de conducirla inmediatamente ante la autoridad judicial competente en cumplimiento de una orden de captura o cuando se le sorprenda en flagrancia”.

[22] “(...) la captura, como acto material de aprehensión de la persona, en cualquiera de sus modalidades (como consecuencia de una autorización judicial previa, en virtud de la flagrancia, o en ejercicio de facultades excepcionalísimas de la Fiscalía)”: Corte Constitucional, sentencia C-163/08.

[23] El artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, dispone el “trámite de la orden de captura”, en los siguientes términos: “Proferida la orden de captura, el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. De igual forma deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación” (negritas no originales).

[24] “La captura no es solamente el acto físico de asir, sino también el acto jurídico de conducir, vigilar y presentar”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 1970, n. 404880.

[25] “Ahora bien: cuando el Código del Menor habla de aprehensión, no se refiere a la figura de “detención preventiva” consagrada en la Constitución, sino al acto físico por el cual se restringe el derecho de locomoción del menor mientras se resuelve lo pertinente para su mejor protección”: Corte Constitucional, sentencia C-019/93. un “examen sistemático de los preceptos constitucionales relacionados con la libertad individual y los límites a sus restricciones, permite afirmar que toda privación efectiva de la libertad personal, [llámese captura, retención, detención, aprehensión] debe ser sometida a control judicial de inmediato, y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción”: Corte Constitucional, sentencia C-163/08.

[27] “De igual forma, se puede aplicar el medio de policía cuando un particular lo solicite (voces de auxilio) o cuando éste lo haya aprehendido en flagrancia, para lo cual deberá tener en cuenta los parámetros establecidos en la ley 906”: Guía “Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional frente al Código Nacional de Policía y Convivencia”, punto 2.2.4, folio 8 del cuaderno de pruebas, anexo al cuaderno principal.

[28] Ejemplo N. 21: Una patrulla es abordada por un ciudadano, indicando que, en el un establecimiento de comercio cercano, se encuentra la persona quien días atrás lo agredió físicamente y que tiene el certificado de Medicina Legal de las lesiones causadas por la persona señalada” (negrillas no originales): Guía “Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional frente al Código Nacional de Policía y Convivencia”, punto 2.2.4, folio 46, del cuaderno de pruebas, anexo al cuaderno principal.

[29] “Desde esta perspectiva la libertad se configura como un contenido axiológico rector del sistema normativo y de la actuación de los servidores públicos, del cual, en todo caso, también se desprenden consecuencias normativas en la interpretación y aplicación, no sólo del texto constitucional, sino del conjunto de preceptos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, que deben ser leídos siempre en clave libertaria”: Corte

Constitucional, sentencia C-879/11.

[30] “Del preámbulo y de otros preceptos constitucionales se deriva la consagración de la libertad como un principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción a la libertad individual”: Corte Constitucional, sentencia C-163/08.

[31] El principio de libertad implica “el carácter restrictivo en la interpretación de las disposiciones que prevén afectaciones a la libertad”: Corte Constitucional, sentencia C-163/08.

[32] “(...) el orden público debe definirse como las condiciones de seguridad, tranquilidad y de sanidad medioambiental, necesarias para la convivencia y la vigencia de los derechos constitucionales, al amparo del principio de dignidad humana”: Corte Constitucional, sentencia C-225/17.

[33] “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”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94; “(...) la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad”: Corte Constitucional, sentencia C-176/07.

[34] Libertad personal es “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”: Corte Constitucional, sentencia C-774/01.

[35] “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”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[36] “(...) el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción”: Corte Constitucional, sentencia C-327/97.

[37] “Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental”: Corte Constitucional, sentencia C-163/08.

[38] “Las reglas contenidas en los dos primeros incisos van encaminadas a preservar la legalidad del procedimiento mediante el cual se priva materialmente a una persona de su libertad. Es decir, se restringe la forma como el Estado puede ejercer dicha actividad. (...) || Como se ve, salvo la prohibición de detención, prisión y arresto por deudas, las reglas contenidas en el artículo 28 van encaminadas principalmente a regular directamente la actividad material del Estado, determinando la forma y el alcance de su potestad para privar de la libertad a las personas. Es decir, la regulación constitucional contenida en el artículo 28 va dirigida principalmente a las autoridades encargadas de llevar a cabo físicamente las decisiones mediante las cuales se ejerce esta actividad” (negritas originales): Corte Constitucional, sentencia C-580/02.

[39] “No puede perderse de vista que la reserva judicial en esta materia tiene un sustento en el principio de separación de funciones (CP art 113)”: Corte Constitucional, sentencia C-411/15.

[40] “Es claro que las condiciones para que una persona sea privada de la libertad deben ser fijadas previamente por la ley, y los supuestos de su afectación, deben regirse por el principio de excepcionalidad”: Corte Constitucional, sentencia C-199/98.

[41] “El habeas corpus o derecho a recurrir judicialmente la privación ilegal de la libertad - también considerado por la jurisprudencia constitucional como una acción constitucional- ocupa una especial posición en el ordenamiento, dado que, por un lado, se trata de un derecho de aplicación inmediata, según lo prevé el artículo 85 de la Carta (...) y, por otro, los tratados internacionales que lo reconocen y que han sido ratificados por el Estado colombiano se integran al bloque de constitucionalidad en sentido estricto en virtud del artículo 93 inciso 1 de la Constitución, al tratarse de un derecho no susceptible de ser restringido durante los estados de excepción, según quedó establecido en la sentencia

C-187 de 2006. Se trata, lo indicó la Corte en una de sus primeras providencias, de “una garantía del control de la aprehensión” (C-024/94)”: Corte Constitucional, sentencia C-038/18.

[42] Corte Constitucional, sentencia C-730/05.

[43] “Como se observa, la Constitución estatuye que nadie puede ser molestado en su persona, como un mandato distinto del que establece el derecho a no ser privado de la libertad sino en virtud de mandamiento judicial. Lo cual significa que hay no solo una prohibición de privar a las personas de su libertad sin orden de autoridad judicial competente, sino además una prohibición de interferencias arbitrarias en la libertad personal, incluso menos intensas que un encierro. En nuestro ordenamiento puede entonces advertirse que sin necesidad de autorización judicial, las autoridades de policía pueden ejercer actos coactivos sobre la libertad personal menos intensos que un arresto, un confinamiento o una retención, si tienen razones fundadas para concluir que es preciso hacerlo con el fin de garantizar otros derechos fundamentales”: Corte Constitucional, sentencia C-329/16.

[44] La norma no exigía que la tipificación se encontrara en una norma de rango legal, ya que disponía que “nadie podrá ser penado ex -post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente”.

[45] Claude Quézel, *De par le Roy: essai sur les lettres de cachet*, ediciones Privat, Toulouse, 1981. La mayoría de estas cartas selladas empezaban con la expresión “En nombre del Rey, mandamos y ordenamos que...”.

[46] El artículo 1 de la conocida como Ley de los Caballos disponía “Art. 1º. Facúltase al Presidente de la República: 1º. Para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión ó pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario”.

[47] Artículo 7 del Acto Legislativo del 10 de septiembre de 1914. Esta reforma constitucional restableció el Consejo de Estado, suprimido por el Acto Legislativo 10 de

1905.

[48] El artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 1968 introdujo un inciso final al artículo 28 de la Constitución de 1886, según el cual “Transcurridos diez días desde el momento de la aprehensión sin que las personas retenidas hayan sido puestas en libertad, el Gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los jueces competentes con las pruebas allegadas, para que decidan conforme a la ley”.

[49] “(...) la retención administrativa existente en el artículo 28 de la Constitución de 1886 (...), con justa razón, fue severamente criticada por la Asamblea Constituyente a punto de establecerse su supresión en el derecho constitucional colombiano. (...) 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 (...) 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”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[50] “Se dice que hay “reserva de la primera palabra” (o reserva absoluta de jurisdicción), cuando, en ciertas materias, compete al juez no solamente la última y decisiva palabra sino también la primera palabra referente a la definición del derecho aplicable a las relaciones jurídicas. Es decir, que hay ciertos asuntos sobre los cuales sólo se pueden pronunciar los tribunales”: Corte Constitucional, sentencia C-879/11.

[51] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968, establece en su artículo 9: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. || 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. || 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías

que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. || 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a 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. || 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación". Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, dispone en su artículo 7: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. || 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. || 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. || 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. || 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. || 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. || 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".

[52] "Este rasgo distintivo de la Constitución de 1991 supone una garantía superior a la prevista en los tratados internacionales de derechos humanos": Corte Constitucional, sentencia C-879/11.

[53] "Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial

posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar”: inciso final del artículo 28 de la Constitución, introducido por el artículo 3 del Acto Legislativo 02 de 2003.

[54] Artículo transitorio 28. “Mientras se expide la ley que atribuya 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 los mismos”.

[55] Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[56] La sentencia T-490/92 consideró, al amparo del artículo 28 transitorio, que la orden de arresto tomada por el alcalde de Sasaima, Cundinamarca, por irrespeto a la autoridad, era legítima.

[57] La sentencia C-364/96 declaró la inconstitucionalidad de la limitación de la competencia de los jueces únicamente a hechos cometidos en vigencia de la Ley 228 de 1995, al considerar que “con la expedición de la ley 228 de 1995 cobró plena vigencia el artículo 28 de la Carta, resultando inconstitucional la aplicación del artículo 28 transitorio, pues éste sólo rigió hasta el momento en que se expidió la ley que transfirió a los jueces el conocimiento de las contravenciones sancionadas con pena de arresto”.

[58] “La condición de garante del juez se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones, los cuales cobran particular relevancia en dos momentos: (i) cuando desarrolla la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley; y (ii) cuando cumple la labor controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene”: Corte Constitucional, sentencia C-163/08.

[59] La sentencia C-163/08 precisó que las 36 horas no se trata del término para solicitar el control y, por lo tanto, condicionó el artículo 2 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007, “en el entendido que dentro del término de treinta y seis

(36) horas previsto en la norma se debe efectuar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías o el juez de conocimiento, si la captura se efectúa en la fase del juicio". Por su parte, la sentencia C-137/19 declaró la inexecutable del artículo 21 de la Ley 1908 de 2018, que estableció que el control judicial debe realizarse dentro de un "plazo razonable". Preciso la Corte que del segundo inciso del artículo 28 de la Constitución Política se desprende 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"(subrayas no originales), lo que significa que el Legislador tiene la facultad de establecer el término razonable y cierto dentro del cual se debe realizar el control de la privación de la libertad. Sin embargo, advirtió que en la actualidad dicho término no ha sido establecido, razón por la cual, debe entenderse que tanto la puesta a disposición judicial, como el control, deben realizarse dentro del término de las 36 horas, previsto en la norma superior y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en la materia.

[60] Corte Constitucional. Sentencia C-163/08.

[61] "Como se evidencia, tanto durante la Asamblea Nacional Constituyente, como en la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, la decisión de situar orgánicamente a la Fiscalía, dentro de la Rama Judicial del Poder público y dentro de la lista de los órganos que administran justicia, fue una decisión tomada en razón de las funciones jurisdiccionales atribuidas a este órgano las que, a pesar de haber sido ostensiblemente reducidas, se mantuvieron después de la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, el que dispuso "La ley podrá facultar a la Fiscalía General para realizar excepcionalmente capturas" y que autorizó a "adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones" (numeral 1, inciso 3 y numeral 2 del artículo 250 de la Constitución Política)": Corte Constitucional, sentencia C-232/16.

[62] La sentencia C-730/05 declaró la inexecutable del inciso tercero de la artículo 2 de la Ley 906 de 2004, al constatar que "La amplitud e indeterminación de las expresiones "existiendo motivos fundados" y "razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito", al tiempo que contradicen el principio de legalidad (art 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a "motivos fundados" los cuales siempre pueden existir, y a "motivos razonables" que comprenden una

amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado". También, mediante sentencia C-1001/05, se declaró la inexequibilidad del artículo 300 de la misma Ley, al concluir que "(...) en el artículo acusado se incluyeron por el Legislador expresiones muy similares a las que con ocasión del examen del último inciso del artículo 2° de la misma Ley 906 de 2004 llevaron a la Corte a declarar la inexequibilidad de varios de sus apartes, por resultar contrarios no solo al artículo 250-1 sino al principio de legalidad". Finalmente, la sentencia C-090/06 declaró exequible lo dispuesto en el parágrafo del art. 297 de la Ley 906 de 2004, según el cual "Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías", "en el entendido de que la facultad excepcional de efectuar capturas de la Fiscalía General de la Nación no será aplicable hasta tanto el legislador no regule, de conformidad con el inciso tercero del numeral 1 del artículo 250 de la Constitución, los límites y eventos en que excepcionalmente procede la captura por orden de la Fiscalía General de la Nación".

[63] La sentencia C-244/96 da lugar a entender, en razón de su redacción, que la reserva judicial para la interceptación de comunicaciones se satisface con que la autoridad administrativa tenga funciones jurisdiccionales, atribuidas en la ley. Esta afirmación, ciertamente discutible en cuanto a la interceptación de comunicaciones, sería inaceptable en materia de privación de la libertad: "Obsérvese que es la misma Constitución la que le otorga a la Procuraduría General de la Nación, esto es, al Procurador General y a sus agentes y delegados, la facultad de ejercer funciones de Policía Judicial. Las que, según la norma impugnada, se dirigen exclusivamente a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria. || Con fundamento en estas disposiciones cabe preguntar ¿qué funciones que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios? Para responder esta pregunta es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal, cumple entre otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de

comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc, previa orden escrita de la autoridad judicial competente. || Entonces, como para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc, los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación, funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Superior” (negritas no originales).

[64] “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”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[65] Algunas de las normas juzgadas en la sentencia C-024/94 son las siguientes: “Artículo 56. Nadie puede ser privado de la libertad sino: a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente (...) 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. // Artículo 64. Para la aprehensión del reo ausente, de condenado o de prófugo se tendrá como suficiente petición de captura el requerimiento público. // 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. (...) 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” (negrillas no originales).

[66] “Las excepciones constitucionales al anterior régimen de reserva judicial: la flagrancia y la detención preventiva derivada de aprehensión material. 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. (...) 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. (...) 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).”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[67] Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[68] Corte Constitucional, sentencia C-179/94.

[70] Corte Constitucional, sentencia C-730/05. Posición confirmada en las sentencias C-850/05 y C-879/11, en donde se explicó que: “En efecto, la exigencia que la persona detenida preventivamente sea 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, puede también ser interpretada como una garantía adicional a la captura realizada en virtud de mandamiento judicial, dirigida a establecer un término perentorio para que una autoridad judicial se pronuncie sobre la privación de la libertad personal”.

[71] “(...) los artículos 28 y 250, tal y como fue modificado por el Acto Legislativo 3 de 2002, de la Constitución son enfáticos en sostener la reserva judicial como garantía fundamental para el ejercicio legítimo de la restricción del derecho a la libertad, pues es un instrumento necesario y adecuado para el control de constitucionalidad y legalidad de las decisiones restrictivas en las sociedades democráticas. Así, resulta válido recordar que, en sentencia C-730 de 2005, la Corte dijo que el principio de reserva judicial para la privación de la libertad fue reforzado con la expedición del acto legislativo que introdujo el sistema penal acusatorio en el país”: Corte Constitucional, sentencia C-176/07.

[72] “Esa posición unánime de este Tribunal no sólo encuentra sustento en la interpretación literal del artículo 28 superior, sino en la lectura sistemática de los artículos 1º, 2º, 113 y 250 de la Constitución, puesto que la estricta reserva judicial para el ejercicio legítimo de la restricción de la libertad física de las personas surge de los principios democrático y de separación de las ramas del poder público que dejan a cargo del órgano judicial la armonización de los derechos e intereses en tensión cuando se investigan conductas que afectan bienes jurídicamente protegidos. De esta forma, la privación de la libertad se ubica entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y proteger la vida, honra y bienes de las personas y el deber estatal de asegurar el ámbito legítimo de la libertad del ciudadano. (...) Por consiguiente, la expresión “autoridad competente” prevista en el literal a) del artículo 56 del Código de Policía, resulta inconstitucional, en tanto que, conforme a la anterior filosofía constitucional que sirvió de fundamento a esa normativa, permite que otras autoridades, distintas a la judicial, y, en especial, las autoridades de policía a quienes está dirigida la normativa que contiene la regulación acusada, ordenen válidamente la privación de la libertad”: Corte Constitucional, sentencia C-176/07.

[73] Corte Constitucional, sentencia C-928/09.

[74] “Del anterior recuento resulta que la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido ciertas excepciones a la reserva judicial en materia de afectación de la libertad personal, en primer lugar la flagrancia, con fundamento en el artículo 32 constitucional; en segundo lugar, la figura de la detención administrativa preventiva y; por último, la figura de la retención transitoria, entendida como una medida de protección de los derechos de personas transitoriamente incapaces y no como una sanción restrictiva de la libertad personal”: Corte Constitucional, sentencia C-879/11.

[75] El artículo 133 de la Ley 769 de 2002, “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito, disponía que “Los peatones y ciclistas que no cumplan con las disposiciones de este código, serán amonestados por la autoridad de tránsito competente y deberán asistir a un curso formativo dictado por las autoridades de tránsito. La inasistencia al curso será sancionada con arresto de uno (1) a seis (6) días”.

[76] Corte Constitucional, sentencia C-237/05 que declaró inexecutable el inciso 2 del Art. 69 del Decreto - Ley 1355 de 1970. Agregó la sentencia que “En efecto, la captura estipulada en la norma mencionada, se produce fruto del incumplimiento de una orden administrativa, dejando a su arbitrio a la autoridad administrativa, en este caso la Policía Nacional, para la privación de la libertad fruto de dicha omisión en el cumplimiento. || En suma, al permitir la norma demandada la captura de una persona por el incumplimiento de una orden de comparendo, que no es cosa diferente que una orden administrativa emitida por la Policía Nacional; se vulnera el principio de reserva judicial establecido en el Art. 28 Constitucional”.

[77] Corte Constitucional, sentencia C-850/05.

[78] “De esta manera, a partir de la entrada en vigencia definitiva del artículo 28 de la Constitución de 1991 no es admisible dentro del ordenamiento constitucional que funcionarios diferentes a las autoridades judiciales dicten sanciones de arresto”: Corte Constitucional, sentencia C-929/08.

[79] “(...) cuando la disposición demandada se interpreta, según lo anterior, a la luz de su texto, del contexto normativo en el cual se inserta, del marco procesal y penitenciario en el

cual está llamada a aplicarse, se observa de conformidad con la Constitución que presupone precisamente una providencia en la cual un juez competente ha impuesto una medida de detención o una pena de prisión domiciliarias, y se aplica (i) respecto de quien está en situación de libertad, de hecho o en virtud de un permiso debidamente extendido; (ii) incurre en una violación de las obligaciones propias y exclusivas de esa forma de detención o prisión; y (iii) esa violación es actual. Debido a que es entonces necesario que exista una resolución judicial que haya impuesto la medida o pena privativa de la libertad, y a que es una respuesta administrativa orientada a ejecutar esa decisión tomada por juez competente, en los casos precisos en que se incumplan las obligaciones contenidas en la providencia, la Corte considera que no se viola la reserva judicial en la materia (CP arts. 28, 32 y 250) y por lo mismo declarará exequible el artículo 31 (parcial) de la Ley 1709 de 2014”: Corte Constitucional, sentencia C-411/15. En la sentencia T-531/16, la Corte conoció de la tutela presentada por un ciudadano que había sido aprehendido, por error, en varias ocasiones, como resultado de un error en las bases de datos. Concluyó la Corte que “no existió vulneración al derecho de libertad, por parte de la Policía Nacional, puesto que la detención se produce de conformidad con información que reposa en las bases de datos del INPEC y que permitió inferir que el actor se encontraba cumpliendo una pena consistente en detención domiciliaria, lo que hizo incurrir en error a la Policía Nacional”.

[80] “Conforme a lo anterior, la orden de retención en cárcel o cuerpo de guardia que, según la norma demandada, puede impartir el Presidente del Jurado de votación, es inconstitucional en su potencial sancionatorio”: Corte Constitucional, sentencia C-329/16.

[81] “El artículo 118 del Código Electoral admite que el Presidente del Jurado pase de una interferencia poco más que leve, en que le ordena a la persona que perturbe el ejercicio del sufragio retirarse del lugar de votación, a la más extrema forma de interferencia que consiste en la privación efectiva de la libertad personal, en cárcel o cuerpo de guardia. La finalidad de hacer cesar cualquier forma de perturbación al ejercicio del sufragio puede lograrse con efectividad cierta y terminante, mediante una intervención de la fuerza pública que o bien le ordene a la persona retirarse del lugar bajo la advertencia de coacción, o bien la retire coactivamente del sitio de votación, con un acto de toma de control físico que lo conduzca fuera de la zona relevante para el adecuado ejercicio del sufragio durante las elecciones”: Corte Constitucional, sentencia C-329/16.

[82] “Esta distinción tiene origen en la previa diferenciación entre limitaciones a la libertad personal que suponen una efectiva afectación de la libertad física, las cuales requieren el cumplimiento de la regla formal a la que se ha hecho referencia (el mandamiento escrito de autoridad judicial competente) y las restricciones momentáneas de la libertad personal que no son consideradas como una injerencia en este derecho y que no requieren por lo tanto el cumplimiento del requisito al que se ha hecho referencia” (negrillas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-879/11.

[83] “(...) la expresión compeler resulta en extremo ambigua y puede ser entendida en el sentido que la autoridad militar está autorizada a restringir la libertad personal y conducir al ciudadano que no se ha inscrito al lugar de concentración para inscribirlo, practicarle los exámenes de aptitud y si resulta apto conducirlo a la unidad militar respectiva (...) la expresión compeler a la que se ha hecho referencia no ha sido entendida como una restricción momentánea sino como una limitación de la libertad personal que se puede prolongar incluso durante varios días (...) Es decir, se trata de una limitación de la libertad practicada por autoridades militares, que se lleva a cabo en cuarteles, durante un término indefinido (mientras se define la situación militar del retenido) y en la que no son claras las garantías del sujeto retenido pues no están consignadas en ninguna norma de carácter legal o reglamentario (...) “Ahora bien, en aras del principio de conservación del derecho resta por considerar si la expresión compelerlo contenida en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 es susceptible de una interpretación conforme con la Constitución, y en tal sentido encuentra esta Corporación que la única comprensión que cumple tal condición es si se entiende la expresión acusada en el sentido de que quien no haya cumplido la obligación de inscribirse para definir su situación militar, solo puede ser retenido de manera momentánea mientras se verifica tal situación y se inscribe, proceso que no requiere de ningún formalismo y que se agota precisamente con la inscripción, por lo tanto no puede implicar la conducción del ciudadano a cuarteles o distritos militares y su retención por autoridades militares por largos períodos de tiempo con el propósito no solo de obligarlo a inscribirse, sino de someterlo a exámenes y si resulta apto finalmente incorporarlo a filas”: Corte Constitucional, sentencia C-879/11.

[84] Artículo 207. “Compete a los Comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: (...) 2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio. 3. Al que por estado grave de

excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal”.

[85] “(...) estima la Corte que las medidas consagradas en los numerales 2° y 3° de la disposición acusada, no equivalen propiamente a privación de la libertad sino a la adopción de una medida correctiva razonable, que no comportan una carga excesiva para el afectado, dada su corta duración, ni limitan la realización de los proyectos de vida individuales; en cambio, garantizan otros valores reconocidos constitucionalmente, como la prevalencia del interés general y la preservación del orden público. ¶ Ahora bien, no obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que dado el amplio margen de apreciación que se le reconoce a la autoridad de policía para imponer la medida de retención en el comando, en ocasiones puede hacerse uso indebido de esta potestad, e incurrir en actuaciones arbitrarias en detrimento de los derechos y garantías ciudadanas. Por ello, la Corte entiende, que tratándose de una medida correctiva como la examinada que en cierto modo restringe el ejercicio de la libertad personal reconocida como un valor esencial en el ordenamiento, es indispensable que en su aplicación las autoridades de policía actúen dentro de un marco razonable y prudente sin que puedan ocasionar lesiones de cualquier orden en contra de la integridad física de quien se encuentra en los estados previstos en las normas sub examine”: Corte Constitucional, sentencia C-199/98.

[86] El artículo 192 del Código de Policía de 1970 disponía que “La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas”.

[87] “En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo resuelto en el ordinal anterior, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la

Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición”: Corte Constitucional, sentencia C-720/07.

[88] Ya la Corte había proferido un exhorto en el mismo sentido en la sentencia C-176/07. La sentencia C-028/09 reiteró el exhorto, al tomar en consideración que “desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 un número importante de normas del Código Nacional de Policía han sido declaradas inconstitucionales o constitucionales en forma condicionada, la mayor parte de ellas por cuanto vulneraban los principios de reserva legal, reserva judicial o debido proceso. De esta manera, el Código ha perdido su coherencia interna y las autoridades no cuentan con un compendio normativo que establezca con claridad cuáles son sus facultades y los mecanismos con los que cuentan para ejercer su función de velar por la protección de los derechos y libertades ciudadanos”.

[89] “(i) el traslado de protección “a un lugar destinado para tal fin” solo se podrá aplicar en los municipios que cuenten con los lugares adecuados de atención y protección de personas trasladadas. (ii) en el informe escrito exigido por el parágrafo 3º del artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 se deberá incluir, además de la causal invocada, los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal, y (iii) la persona sujeta al traslado podrá solicitar la cesación del mismo al superior jerárquico que haya recibido el informe”.

[90] “(...) 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”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[91] “Lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dicho que la expresión flagrancia viene de “flagrar” que significa arder, resplandecer, y que en el campo del derecho penal, se toma en sentido metafórico, como el hecho que todavía arde o resplandece, es decir que aún es actual” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del (19) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) aprobado mediante acta N°94”: Corte Constitucional, sentencia C-239/12.

[92] Corte Constitucional, sentencia C-198/97.

[93] Tomando en consideración el artículo 345 de la Ley 600 de 2000, la sentencia C-239/12 explicó que “habrá flagrancia en tres supuestos diferentes: el primero, al que se le ha denominado “flagrancia en sentido estricto”, cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito; el segundo supuesto, el de la “cuasiflagrancia” cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; por último la “flagrancia inferida” hipótesis en la que la persona no ha sido observada en el momento de cometer el delito, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él”.

[94] Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

[95] En su intervención, la Policía explica que la norma busca proteger al ciudadano “que cuando es víctima de una conducta punible y desconoce el paradero del responsable, sea por indefensión cuando no puede aprehender al sujeto activo de la conducta, pero sin embargo, días, meses o años después lo observa buscando incurrir en nuevos delitos, deseando denunciar pero desconoce su plena identidad, o después de haber denunciado, considera oportuno complementar la información, al observar al responsable de la conducta, busca el uniformado de policía para que le colabore con esa gestión” (negritas no originales). También, en el ejemplo n. 21 que se encuentra en la Guía “Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional frente al Código Nacional de Policía y Convivencia”, punto 2.2.4, folio 46, del cuaderno de pruebas, anexo al cuaderno principal, se lee que “Una patrulla es abordada por un ciudadano, indicando que, en el un establecimiento de comercio cercano, se encuentra la persona quien días atrás lo agredió físicamente y que tiene el certificado de Medicina Legal de las lesiones causadas por la persona señalada” (negritas no originales).

[96] Corte Constitucional, sentencias C-114 y C-115 de 2017, donde se unificó la estructura del test de proporcionalidad, en sus tres intensidades.

[97] En el mismo sentido ya se pronunció esta Corte: “ (...) antes de emprender un juicio de proporcionalidad se impone una primera cuestión y es precisamente la reserva judicial en

materia de limitación de la libertad personal exigida por el artículo 28 constitucional, pues de conformidad con lo señalado con este precepto las restricciones a la libertad requieren mandamiento escrito de una autoridad judicial competente, es decir, se trata de una regla formal que debe ser verificada antes de poder abordar el examen de proporcionalidad de las eventuales restricciones a la libertad personal, física o corporal”: Corte Constitucional, sentencia C-879/11.

[98] Artículos 35.3 y 159 de la Ley 1801 de 2016.

[99] “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 un espacio físico en sí mismo, al individuo en su seguridad, libertad e intimidad”: Corte Constitucional, sentencia C-519/07.

[100] En la sentencia C-1024/02, la Corte constitucional realizó un recuento de la concepción doctrinal del domicilio para concluir que la protección del domicilio se explica por tratarse de una extensión misma de la libertad personal.

[101] Corte Constitucional, sentencia C-041/94.

[102] Corte Constitucional, sentencia C-212/17.

[103] “La autorización libre y expresa del titular de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, deriva esta forma de allanamiento en un acto razonable y proporcionado siempre que el consentimiento haya sido manifestado de manera libre y expresa”: Corte Constitucional, sentencia C-806/09

[104] Corte Constitucional, sentencia C-212/17.

[105] Corte Constitucional, sentencia C-176/07, respecto de la norma equivalente, prevista en el Código de Policía de 1970.

[106] Corte Constitucional, sentencia C-212/17. En dicha decisión se decidió: “Primero.- Declarar EXEQUIBLES el enunciado y los numerales 1 al 6 del artículo 163 de la Ley 1801

de 2016, por los cargos examinados. || Segundo.- Declarar EXEQUIBLES los apartes demandados del párrafo 1 del artículo 163 de la Ley 1801 de 2016, EN EL ENTENDIDO de que el cumplimiento de las garantías allí previstas no excluye la realización de un control judicial posterior de la actuación policial. || Tercero.- EXHORTAR al Congreso de la República para que, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia, en un término no superior al agotamiento de las siguientes dos legislaturas, es decir, antes del 20 de junio de 2019, expida una ley que defina: (i) la jurisdicción y el juez competente para realizar el control posterior y rogado del acceso al domicilio sin orden judicial previa por parte de autoridades administrativas, (ii) los términos y condiciones para solicitarlo y para su realización, (iii) los aspectos procesales del control y (iv) los poderes del juez en la materia. || Cuarto.- En el caso en el que al vencimiento del plazo previsto en el numeral anterior, dicha ley no haya sido promulgada, el control judicial del acceso al domicilio sin orden judicial previa deberá ser realizado, previa solicitud del interesado, por el juez de control de garantías”.

[107] Por ejemplo, la aprehensión de quien incumplía una orden de comparecencia proferida por la Policía Nacional, la conducción por la fuerza de quien hubiera sido testigo de una infracción de policía, el arresto por desacato a un comparendo ambiental, o la detención por orden de un jurado de votación a personas que perturbaran las elecciones, entre otras.

[108] Estas sub-reglas, que la misma Corte reseñó, son las siguientes: i) la detención tiene que basarse en razones objetivas y motivos fundados. ii) La detención debe ser necesaria, esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse la orden judicial. iii) La detención 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. iv) Esta facultad tiene estrictas limitaciones temporales. v) La aprehensión debe ser proporcionada esto es, debe tener en cuenta la gravedad del hecho y no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona. vi) Se aplica plenamente el derecho de Habeas Corpus. vii) Las aprehensiones no pueden traducirse en la práctica en una violación del principio de igualdad de los ciudadanos, es decir, no pueden ser discriminatorias. viii) El allanamiento sólo puede ser ordenado por autoridad judicial. xi) La persona objeto de una detención debe ser “tratada humanamente” y ser informada de sus derechos. Y x) La regulación de

las detenciones preventivas es materia legal.