

Sentencia C-720/07

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL Y ABSOLUTA/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL MATERIAL

SENTENCIA ESTIMATORIA Y SENTENCIA DESESTIMATORIA-Consecuencias

PRINCIPIO DE LA PRIMACIA CONSTITUCIONAL-Aplicación

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA-Alcance/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RELATIVA/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL APARENTE/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL REAL/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EXPLICITA/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL IMPLICITA

COSA JUZGADA MATERIAL-Inexistencia respecto del artículo 192 del Código Nacional de Policía

COSA JUZGADA MATERIAL-Inexistencia respecto del encabezado del artículo 207 y del numeral 8 del artículo 186 del CN

COSA JUZGADA-Inexistencia como efecto de la sentencia 62 de julio 2 de 1987 de la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 192 del CNP

La norma actualmente demandada fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 67 de julio 2 de 1987. Sin embargo, tal decisión no vincula a la Corte Constitucional dado que el presente juicio se realiza respecto de las normas de la Carta de 1991, mientras que el control adelantado por la Corte Suprema tuvo como referente las disposiciones constitucionales vigentes hasta la entrada en vigor de la actual Constitución.

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Naturaleza

En este primer auto no se realiza un estudio de fondo ni exhaustivo de las normas acusadas. Tampoco puede el auto admisorio establecer de manera autorizada y definitiva, el sentido y

alcance de las decisiones anteriores de la Corte. Por consiguiente, si bien la decisión adoptada en el auto admisorio, en principio, limita el alcance del juicio de constitucionalidad, en ciertas circunstancias puede ser revocada por la Corte al estudiar el asunto en Sala Plena.

UNIDAD NORMATIVA-Integración/UNIDAD NORMATIVA-Importancia en eventos de rechazo en el auto admisorio de la demanda por presunta existencia de cosa juzgada

La decisión de rechazar parcialmente una demanda por considerar que se esta frente al fenómeno de la cosa juzgada, inhibe la controversia constitucional sobre las normas cuya demanda se rechazó. En consecuencia, en estos casos la Sala Plena no puede simplemente revocar la decisión del auto admisorio y pronunciarse de fondo, pues se estaría pretermitiendo la controversia constitucional que exige el procedimiento legal y constitucionalmente establecido. En efecto, dada la decisión inicial de rechazar la demanda contra ciertas disposiciones, no fue posible conocer el concepto del Ministerio Público ni de otras personas o entidades con interés en la defensa o impugnación de las mismas. Por lo tanto, en casos como estos sólo es posible que la Sala Plena se pronuncie de fondo sobre las normas cuya demanda fue rechazada, si se esta ante alguna de las hipótesis de integración de la unidad normativa. Sólo en estos casos excepcionales, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, es posible que la Corte conozca de una norma cuya demanda no ha sido formalmente admitida y que no es objeto de control previo o automático. En el presente caso el magistrado sustanciador decidió rechazar la demanda contra el artículo 207 y 186-8 del CNP por existencia de cosa juzgada formal y material respectivamente. Sin embargo, como ya se vio, solo existe cosa juzgada formal respecto de una parte del artículo 207 pero no respecto del enunciado que lo encabeza. Adicionalmente, no existe cosa juzgada material respecto del numeral 8 del artículo 186-8. Se pregunta entonces la Corte si existe unidad normativa entre las citadas disposiciones y el artículo 192 cuya demanda fue admitida, de forma tal que la Corte pueda pronunciarse de fondo sobre las distintas disposiciones mencionadas.

UNIDAD NORMATIVA-Hipótesis de integración/UNIDAD NORMATIVA-Procedencia

En efecto, en principio, los artículos 186-8, 192 y la expresión “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”

que se encuentra en el encabezado del artículo 207 del CNP, tienen contenido jurídico similar, en tanto que todos ellos consagran, de manera general, la facultad para retener a una persona de forma transitoria. Por tanto, no tendría objeto decidir únicamente sobre la constitucionalidad de una sola de tales disposiciones legales (art.192) si su contenido material se reproduce – al menos parcialmente – en las otras dos disposiciones (arts. 186-8 y 207 –encabezado). En consecuencia, para que un eventual fallo de inconstitucionalidad no resulte inocuo, resulta necesario integrar la unidad normativa del artículo 192 del Código Nacional de Policía, con el artículo 186-8 y el encabezado del artículo 207 del mismo estatuto, respecto de los cuales no hay cosa juzgada y, por tanto, la Corte puede pronunciarse para definir su constitucionalidad.

MEDIDAS DE POLICIA-Límites temporal y espacial

RETENCION TRANSITORIA-Concepto/RETENCION TRANSITORIA-Naturaleza y alcance

RETENCION TRANSITORIA-Regulación legal

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación

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

fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Niveles de intensidad/JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y RETENCION TRANSITORIA

En el presente caso corresponde aplicar el principio de proporcionalidad en su versión más estricta, toda vez que la medida de retención transitoria afecta de manera cierta el goce de un derecho constitucional fundamental, como la libertad personal, aparte de los restantes derechos fundamentales que se ven comprometidos por las condiciones que acompañan tal privación. De otra parte, no se trata de una norma expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo, en virtud de las amplias facultades legislativas que la Carta vigente hasta 1991 permitía atribuir a este órgano. Tal circunstancia, como lo ha señalado esta Corte, disminuye relativamente la presunción de constitucionalidad de las normas y la deferencia que en su enjuiciamiento debe observar el juez constitucional.

RETENCION TRANSITORIA-Finalidad

La Corte ha entendido que la retención transitoria es una medida de protección destinada a prevenir que una persona que se encuentra en estado de transitoria incapacidad (ebriedad) o de grave, notoria y violenta exaltación, pueda cometer actos que afecten sus propios derechos o derechos de terceros. En este sentido, la medida estudiada tiene dos finalidades: busca proteger tanto al individuo que se encuentra en estado de transitoria incapacidad o de extrema excitación, como a terceras personas del peligro que podría suponer un comportamiento agresivo o simplemente descontrolado de una persona en tales circunstancias. Si la retención transitoria persigue proteger a todos los ciudadanos frente a las eventuales amenazas que para su vida, integridad y otros bienes constitucionalmente protegidos pudieran derivarse de la libre circulación de otras personas en estado de embriaguez o en estado de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal, tal finalidad no sólo no resulta contraria sino que encuentra sustento en un mandato constitucional expreso. La segunda de las finalidades perseguidas - la protección de los derechos e intereses del propio sujeto transitoriamente incapaz o excesivamente

exaltado respecto de sus propios actos -, también aparece como constitucional. Sin embargo, en este caso la necesidad sólo será una necesidad imperiosa cuando se trata de proteger de sus propios actos a personas que aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio (como los menores), o que se encuentran en situaciones (temporales o permanentes) de debilidad de voluntad o de incapacidad, hasta el punto en el cual puede razonablemente sostenerse que no tienen conciencia o capacidad para actuar de conformidad con sus verdaderos intereses. Si no fuera esta la circunstancia, la finalidad sería inconstitucional. Desde el punto de vista de la finalidad perseguida, no vulnera la Constitución la adjudicación a la policía de una medida encaminada a proteger derechos fundamentales de una persona que se encuentra en condición de incapacidad transitoria y de los terceros que puedan verse afectados por el comportamiento temerario, agresivo o irracional de esta persona.

RETENCION TRANSITORIA EN ESTACION DE POLICIA-Idoneidad

El juicio de idoneidad requiere verificar si la medida enjuiciada - que afecta el derecho a la libertad personal - resulta idónea (es decir útil o adecuada) para contribuir a la consecución de la finalidad que con ella se persigue. Ello ocurrirá si su implementación presta una contribución positiva en orden a alcanzar el fin propuesto, es decir, la protección de los derechos fundamentales. En cambio, se considerará inidónea si no reporta ningún beneficio a la consecución del propósito o cuando, incluso, resulta contraproducente de cara al mismo. Puede ser que la retención transitoria efectivamente proteja al individuo de los peligros a los que puede verse enfrentado cuando circula o interactúa con otros en estado de embriaguez o en alto grado de excitación. Sin embargo, la idoneidad de la medida para proteger al sujeto retenido se pone en cuestión al quedar demostrado que la misma expone al individuo a riesgos nuevos y adicionales a los que trata de evitar. En efecto, en primer lugar, por virtud de esta medida la policía confina al individuo retenido (que no ha cometido falta alguna), en lugares propios de detención de personas que han cometido delitos, han sido capturadas en flagrancia o están siendo procesadas. Se trata de lugares en los cuales se encierra a la persona en precarias condiciones de espacio y seguridad, en general, caracterizados por una total ausencia de medios materiales necesarios para permitir el goce de los derechos que, en principio, no podrían verse afectados por una medida de protección. La retención transitoria en estación de policía no conduce a que se brinde al individuo la atención médica y/o psicológica que su estado de transitoria incapacidad o de excitación probablemente requiera. El encierro se produce en una estación de policía, con personas que han sido privadas de la

libertad y bajo el control de agentes de la fuerza pública durante el término que el comandante considere adecuado, siempre que no exceda de 24 horas. Se trata pues, en palabras claras, de un encerramiento en un lugar de privación de libertad y no de una medida de protección – o de cuidado – real y efectiva como, por ejemplo, la conducción de la persona a un centro de salud o a un centro de atención social especializado como una comisaría de familia. El encerramiento en un lugar de detención no es una medida idónea para proteger al individuo en las condiciones tantas veces mencionadas, pues si bien logra conjurar algunos riesgos eventuales, apareja efectos ciertos que son contraproducentes para sus propios derechos. Por esta razón, la retención transitoria no parece la medida más adecuada para proteger todos los derechos fundamentales de una persona transitoriamente incapaz o altamente exaltada que requiere de una medida de protección urgente y que, se reitera, no ha cometido falta alguna. No sobra agregar que para la Corte no existe la menor duda de que cualquier privación de la libertad, incluso si es transitoria, por poco tiempo y con la finalidad de proteger a la misma persona, debe estar rodeada de todas las garantías constitucionales. De otra manera, tal privación se puede convertir en un nuevo riesgo para la integridad y los derechos de la persona indefensa que ha quedado absolutamente sometida a la fuerza del Estado. Sin la existencia de adecuadas salvaguardias toda privación de la libertad, en cualquier grado, constituye un riesgo para los derechos fundamentales.

RETENCION TRANSITORIA EN ESTACION DE POLICIA-Necesidad/PRINCIPIO DE NECESIDAD-Finalidad

Para que una medida de protección que se impone contra la voluntad del propio sujeto y que termina afectando su derecho a la libertad personal resulte constitucional, se requiere demostrar que es estrictamente necesaria. En consecuencia, quien defiende la medida debe estar en capacidad de probar que la misma resulta ser imprescindible para alcanzar una finalidad imperiosa que no puede ser alcanzada por ningún otro medio menos costoso para los derechos fundamentales con el mismo grado de eficacia. Así las cosas, el juicio de necesidad exige evaluar, en primer lugar, el costo de la medida que se estudia. El principio de necesidad persigue que la búsqueda de eficacia en el mantenimiento del orden público no conduzca a la adopción fácil – pero ilegítima – de los medios más costosos para los derechos del individuo. Lo que se busca, como ya se ha señalado tantas veces, es que se implementen medidas que, al tiempo que garantizan eficacia instrumental (idoneidad) para el logro de una finalidad deseable, no sacrifiquen de una manera excesiva (es decir, innecesaria) otros

derechos e intereses. Si en efecto en algunos casos de incapacidad – transitoria o permanente -, se imponen medidas de protección, la manera de hacerlo debe sacrificar apenas en la medida necesaria los derechos de aquél en quien recaen y debe poder compensar, en la atención o el cuidado requerido, la restricción de tales derechos. En el presente caso, dada la generalidad de las causales de retención, existen múltiples alternativas que permitirían de manera menos costosa para los derechos fundamentales, lograr la finalidad de protección perseguida. La conminación de la autoridad, la expulsión de lugar público, la conducción al domicilio de la persona o a un centro especializado de protección (como las comisarías de familia, las inspecciones de policía o los centros sanitarios), pueden ser medidas igualmente adecuadas para conjurar el riesgo eventual que ponen de presente las circunstancias que dan lugar a la retención.

RETENCION TRANSITORIA EN ESTACION DE POLICIA-Proporcionalidad

Para definir si el sacrificio de un derecho se encuentra justificado por la satisfacción de otros de igual o mayor importancia constitucional es necesario definir (i) la importancia e intensidad de la afectación del derecho comprometido (en este caso de la libertad personal y los derechos garantía que la rodean) y de la satisfacción del derecho protegido; (ii) el valor que, en abstracto, la Constitución le asigna a los distintos derechos comprometidos (la libertad personal y los derechos a la vida o a la integridad de terceras personas y del propio sujeto); y, finalmente (3) el grado de seguridad de las premisas empíricas que respaldan las razones a favor o en contra de la constitucionalidad de la medida (la certeza que en la práctica se puede tener sobre la afectación o la protección de los derechos en conflicto). La medida enjuiciada compromete seriamente tanto el derecho a la libertad personal como el derecho a un recurso efectivo contra la eventual arbitrariedad y los derechos-garantía que en toda circunstancia deben ser asegurados a las personas objeto de retención policial. La retención transitoria compromete la libertad personal, un derecho fundamental cuya especial valía se ve reflejada en las cautelas que dispone la constitución para su protección: reserva legal en su regulación; reserva judicial en su privación; principio de estricta legalidad; hábeas corpus; prohibición de pena sin juicio previo; debido proceso (derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros contenidos); prohibición de penas de destierro y prisión perpetua, entre otras. Dado este conjunto de técnicas que el constituyente dispone para la protección del derecho a la libertad, se deduce desde una perspectiva abstracta el importante valor que se concede a este derecho. Porque no resulta claro que la medida sea idónea para proteger a

quien en estado de incapacidad transitoria requiere una protección especial; porque existen medios que, con una idoneidad equivalente a la retención transitoria, sacrifican en menor medida otros valores y principios constitucionales; y porque además se trata de un caso en el cual la medida afecta bienes particularmente valiosos en aras de evitar un daño sobre el que, en estricto sentido, no se tiene certeza; la Corte concluye que la retención transitoria, tal y como se encuentra regulada y entendida como una medida de protección, resulta inidónea, innecesaria y desproporcionada en relación con los fines que persigue. En consecuencia, tanto el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970 y en la expresión “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando” , contenida en el artículo 207 del mismo decreto deben ser declaradas inconstitucionales. Sin embargo, la Corte no declarará la inexequibilidad de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 186 del CNP, pues la medida de la retención transitoria regulada de manera diferente a la forma como se regula en el actual Código y siempre que incorpore la totalidad de las garantías constitucionales puede resultar ajustada a la Constitución.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Efectos

En la actualidad la retención transitoria no se encuentra revertida de controles suficientes para evitar la privación arbitraria de la libertad. Tampoco es útil para proteger a la persona retenida, pues por las condiciones en la cuales se aplica, parece más una sanción encubierta que una verdadera medida de protección. Sin embargo, la declaratoria de inexequibilidad pura y simple, podría conducir a que la policía careciera de medidas para proteger efectivamente derechos como la vida y la integridad de personas puestas en situación de grave riesgo cuando se trata de circunstancias de urgencia frente a las cuales, en la actualidad, no existan medidas alternativas posibles. De esta forma, tendríamos que aceptar sin discusión las consecuencias nocivas previsibles de la ausencia de facultades preventivas o de protección. En estos casos, como ya lo ha hecho la Corte, podría proceder una decisión diferida en el tiempo pero condicionada en su aplicación temporal.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD CON EFECTOS DIFERIDOS PERO CONDICIONADOS-Justificación

La justificación para diferir el fallo en esta oportunidad radica en la necesidad de proteger valores, principios y derechos constitucionales que, de ser otra la decisión, podrían verse

seriamente comprometidos. En efecto, la decisión de diferir los efectos de la presente sentencia se fundamenta en la necesidad de no dejar a las personas puestas en situación de riesgo, huérfanas de una medida de protección que, a pesar de las deficiencias anotadas en punto de su constitucionalidad –que se resuelven temporalmente al condicionar la decisión –, resulta ser la única que en el diseño actual del régimen de policía sirve para prevenir graves afectaciones de sus derechos fundamentales en casos de urgencia y extrema necesidad. Adicionalmente, dada la ausencia de expresas facultades de protección para casos de urgencia, una decisión de inexecuibilidad con efectos inmediatos, por otra parte, podría impulsar a la policía a calificar como delito en grado de tentativa conductas agresivas o temerarias de personas que se encuentren en estado de embriaguez o excitación a fin de poder retener a la persona y evitar la consumación de un daño del cual luego el Estado podría ser responsable por omisión o deficiente protección. La decisión de diferir los efectos de la sentencia de inexecuibilidad se somete al cumplimiento de un término máximo razonable para que el Congreso de la República pueda regular esta materia bajo los parámetros de respeto a las garantías y derechos constitucionales ya señalados. Ese término, que habrá de culminar al vencimiento de la presente legislatura, es decir el 20 de junio de 2008, es suficiente para el trámite de una normatividad de policía que las mismas autoridades reconocen ha dejado de ser adecuada para la atención de las exigencias actuales que supone la convivencia ciudadana.

SENTENCIA CONDICIONADA-Sujeta a regulación en materia de retención transitoria por parte del Congreso

Hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo establecido en los fundamentos anteriores, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario para proteger a una persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo. Si existe cualquier otra medida de protección al alcance de las autoridades, deberá preferirse esta última, so pena de incurrir en abuso de autoridad. Esta situación debe quedar clara, expresa y suficientemente motivada en informe escrito que de inmediato deberá ser rendido por la autoridad que ordena la retención y presentado inmediatamente a la persona retenida y al Ministerio Público para su conocimiento. El retenido, sin importar el estado en el que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata no sólo de las razones de la retención sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de comunicarse de inmediato con una persona

que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir ni firmar ningún documento o declaración que lo comprometa; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos; etc. Adicionalmente, toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no esta dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta. Así mismo, la persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el Estado en el que se encuentre y a ella se le permitirá comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo para cualquier efecto. En todo caso, la retención sólo puede tener lugar mientras la persona supera el estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas. El retenido - directa o indirectamente - debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad. Adicionalmente, mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que esta siendo objeto de protección y que se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados - por cualquier razón - y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión. Los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición. De esta manera se pretende garantizar que, al menos durante la corta vigencia de esta medida, la misma no pueda ser utilizada de forma abusiva o desproporcionada y que pueda ser objeto inmediato de control judicial. Lo que se persigue, en últimas, es que todas las personas en Colombia tengan la tranquilidad de que la fuerza policial no será arbitrariamente utilizada en su contra.

EXHORTACION AL CONGRESO-Expida nuevo Régimen general de Policía

En los casos en los cuales la Corte no ha tenido otra alternativa distinta a la de ordenar diferir los efectos de su fallo, la decisión se acompañó de un exhorto al Legislador para que, en un determinado plazo -variable según la naturaleza del asunto objeto de regulación-, profiriera una nueva reglamentación legal, acorde con los postulados constitucionales. La existencia de múltiples pronunciamientos sobre el Código Nacional de Policía, - expedido hace treinta y siete (37) años mucho antes de que entrara en vigor la constitución de 1991 y al amparo de un catalogo de valores y principios que no corresponden al nuevo orden constitucional -,

ponen de presente la falta de sintonía de dicha codificación con el derecho constitucional vigente. Ello hace más que aconsejable imperioso una revisión integral de dicho Código para ajustarlo a los requerimientos constitucionales. Por tal razón, la Corte exhortara al Congreso para que en ejercicio de su potestad de configuración adopte una ley que establezca un nuevo régimen de policía en desarrollo de la Constitución.

Referencia: expediente D-6692. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 192 del Decreto 1355 de 1970 “Por el cual se dictan normas sobre policía”

Actora: Zulma Isabel Bañol Zapata

Magistrada Ponente:

Dra. CATALINA BOTERO MARINO

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Zulma Isabel Bañol Zapata presentó demanda contra los artículos 186 (numeral 8º), 192 y 207 del Decreto 1355 de 1970, “por el cual se dictan normas sobre policía”. Mediante auto del veintidós (22) de febrero de 2007, el Magistrado Sustanciador, Álvaro Tafur Galvis, resolvió:

i. Rechazar la demanda presentada contra el numeral 8º del artículo 186 del Decreto 1355 de 1970, por existir cosa juzgada material derivada de la Sentencia C-199 de 1998.

i. Rechazar la demanda presentada contra el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, por existir cosa juzgada formal y absoluta derivada de la Sentencia C-199 de 1998.

i. Admitir la demanda contra el artículo 192 del Decreto 1355 de 1970, en relación con el cargo presentado por violación del artículo 28 de la Constitución Política.

De acuerdo con lo anterior, el auto del 22 de febrero de 2007 dispuso correr traslado de la demanda al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor; asimismo, ordenó fijar en lista la disposición acusada para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, así como al Ministro de Defensa y al Director General de la Policía Nacional, para que, de estimarlo oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la disposición demandada. Así mismo, dispuso invitar a este proceso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 33.840 del viernes cuatro (4) de septiembre de 1970:

“DECRETO NUMERO 1355 de 1970

(agosto 4)

por el cual se dictan normas sobre policía

(...)

Libro III

De las contravenciones nacionales de policía

Título Primero

Disposición Preliminar

Artículo 192. La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas.”

I. LA DEMANDA

La demandante considera que la retención transitoria de personas por parte de la Policía Nacional vulnera el artículo 28 de la Constitución Política, ya que: i) el derecho a la libertad es irrenunciable e inalienable; ii) la única excepción posible a la libertad de las personas es la detención establecida en el mismo artículo 28 de la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, que se apoya en la existencia de una orden judicial de autoridad competente, expedida con las formalidades legales y por delitos previamente definidos en la ley penal; iii) la libertad es un “bien-derecho” que el Estado tiene el deber de respetar y salvaguardar en favor de todas las personas.

En consecuencia, considera que no tiene respaldo constitucional que las autoridades de policía puedan privar de su libertad a las personas bajo la figura correctiva de la retención transitoria, con desconocimiento del juez natural, de la presunción de inocencia, de la reserva judicial y de las demás formalidades previstas en el artículo 28 de la Constitución Política. Afirma que la retención transitoria constituye una sanción que se aplica sin juicio previo por parte de autoridades administrativas de policía, las cuales no tienen la calidad de jueces ni ejercen funciones jurisdiccionales, con lo que se desconocen flagrantemente las garantías derivadas del artículo 28 constitucional.

Señala que si bien las demás medidas correctivas previstas en el artículo 186 del Decreto 1355 de 1970 pueden ser legítimas, no sucede lo mismo con la retención transitoria, pues “no se compadece que en el vigente Estado Social y Democrático de Derecho, las autoridades de policía sigan privando de la libertad a las personas”, es decir, “ restringiendo el derecho fundamental de la libertad personal, violando de forma campante y rampante la normatividad constitucional de forma expresa señalada en el artículo 28”.

Concluye que “el derecho a la libertad personal, reconocido y pregonado en un Estado por sus instituciones y su Constitución, no admite violaciones, ni de minutos, ni de horas, ni de

días, el término reducido, bajo ninguna óptica le resta ilegalidad, arbitrariedad ni exceso a los mecanismos correctivos en manos de la policía nacional”.

IV. INTERVENCIONES

1. Policía Nacional

La Policía Nacional concurre al proceso a través de Alfonso Quintero García, quien actúa como apoderado de la institución y, en tal calidad, solicita que se declare la exequibilidad de la norma acusada. Señala inicialmente que si bien la demanda versa sobre los artículos 186-8, 192 y 207 del Decreto 1355 de 1970, su intervención se restringirá al artículo 192, en la medida que respecto de los dos restantes la Corte rechazó la demanda por existir cosa juzgada derivada de la Sentencia C-199 de 1998.

Respecto de la constitucionalidad de la disposición acusada, considera lo siguiente:

i) A su juicio el demandante confunde la retención transitoria que regula el artículo 192 del Decreto 1355 de 1970 con la detención preventiva. La primera es una medida de policía que protege al propio retenido y a la comunidad, en tanto que la segunda garantiza la comparencia de una persona a un proceso por orden de una autoridad judicial.

ii) La retención transitoria es una medida preventiva basada en el deber de la policía de proteger a las personas en su libertad, tranquilidad, moralidad y salubridad. Su naturaleza no es sancionatoria (castigar, resocializar o retribuir) sino de prevención de atentados inminentes contra la seguridad ciudadana.

iv) No toda limitación de un derecho es una sanción. La retención transitoria es una medida preventiva que garantiza “un derecho actual o futuro”.

v) Este tipo de medidas se justifica en el marco de un Estado de Derecho por diferentes razones tales como la prevalencia del interés general sobre el particular y el compromiso del Estado en la protección de la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas. En ese sentido, la Constitución asigna como deber primordial de la policía “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades

públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

vi) La Constitución establece que los derechos no son absolutos y que en su ejercicio y goce las personas no pueden atentar contra el interés general ni contra los intereses de terceros, deben respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y están obligadas a obrar conforme al principio de solidaridad social, además de “respetar y apoyar a las autoridades legítimamente constituidas y propender por el logro y mantenimiento de la paz”.

vii) La retención transitoria sólo opera cuando existen motivos fundados, objetivos y ciertos y no habilita un ámbito de abuso por parte de las autoridades de policía, quienes tienen proscrito todo acto de coerción física y moral que interfiera o suprima la autonomía de las personas.

viii) En este orden de ideas, “la finalidad de la retención transitoria es legítima y se justifica como medida correctiva de prevención, para proteger la seguridad y el bienestar de la comunidad y del mismo individuo, en particular para garantizar y defender el interés general”.

De acuerdo con lo anterior concluye que “la retención transitoria consagrada en el Código Nacional de Policía no equivale a la detención preventiva que contempla el artículo 28 de la Constitución, pues mientras que la retención, como medida correctiva, consiste en mantener a una persona por 24 horas en una estación de policía, en respuesta a una contravención, o como mecanismo de protección social o individual, la detención preventiva es una medida de seguridad ordenada por una autoridad judicial, que restringe el derecho a la libertad de una persona sindicada de haber cometido un delito, por el tiempo que sea necesario, para garantizar que comparezca al proceso.”

2. Ministerio de Defensa Nacional

El Ministerio de Defensa Nacional intervino en el proceso a través de Sandra Marcela Parada Aceros, apoderada especial de la entidad, quien solicita que la norma acusada sea declarada exequible. Señala que su intervención se limitará al contenido del artículo 192 del Código Nacional de Policía, en la medida que el auto admisorio de la demanda concluyó que

respecto de las otras dos disposiciones acusadas (arts. 186-8 y 207 ibídem) existía cosa juzgada.

Indica que el accionante hace una indebida interpretación de la figura de la retención transitoria, ya que la identifica con la detención preventiva, la cual corresponde a una medida distinta. Que la primera comporta la protección de las personas y de la comunidad en general, mientras que la segunda garantiza la comparecencia del acusado a los procesos judiciales donde es requerido, en cuyo caso se requiere orden de autoridad judicial competente, pues implica una restricción al derecho de libertad de las personas.

Considera que las autoridades de Policía deben tener la posibilidad de tomar medidas preventivas para proteger a los habitantes en su vida, honra y bienes y que, en tal sentido, las causales habilitantes de la retención transitoria “son conductas que atentan contra los parámetros básicos de convivencia y además, pueden conducir a quien las realiza a cometer hechos graves en perjuicio de terceros.”

Advierte que la retención transitoria no es una sanción ni tiene por finalidad la represión de las personas. Su finalidad es legítima y se justifica como medida correctiva de prevención “para proteger la seguridad y el bienestar de la comunidad y del mismo individuo, y en particular para garantizar y defender el interés general, sin que con ello se reconozca un ámbito de abuso desmedido por parte de las autoridades de policía, pues la Constitución consagra también la proscripción de todo acto de coerción física y moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona.”

Recuerda que, como ha señalado la Corte Constitucional, el fin primordial de la policía es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar una convivencia pacífica (art. 218 C.P.) para lo cual se requiere expedir actos normativos generales y abstractos generadores de pautas de conducta (poder de policía) que puedan concretar las autoridades de policía frente a situaciones concretas de perturbación del orden público (función de policía). Que, precisamente, la norma atacada busca que “se creen herramientas o mecanismos jurídicos para brindarle a las autoridades los elementos necesarios para combatir de manera frontal y radical las conductas que atentan contra la sociedad, cumpliendo de esta manera su finalidad de garantizar los derechos de sus habitantes y prevenir los actos que atenten contra ellos (...)”.

Considera que sin este tipo de herramientas el Estado no podría velar por la dignidad humana y el goce efectivo de los derechos constitucionales de las personas. En su opinión, el artículo demandado pretende evitar o prevenir comportamientos que alteran el orden social, que es también un derecho de todos los ciudadanos.

Expresa que el artículo acusado no desconoce los límites propios del poder de policía como la sujeción al principio de legalidad; no intromisión en la esfera privada de las personas; aplicación de la medida como última ratio; observancia de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la restricción individual; respeto del derecho a la igualdad y libre ejercicio de las libertades públicas. Advierte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la Policía Nacional es un cuerpo armado de naturaleza civil ajeno a la disciplina castrense, que es necesario en todo Estado Social de Derecho para la garantía de las libertades individuales y la dignidad humana.

Concluye que para evitar la vulneración de los derechos fundamentales, “el Estado a través de sus instituciones de todo orden, debe hacer uso de las herramientas jurídicas que posee, como la norma que se pretende declarar inexecutable, para brindarle y garantizarle a la sociedad la protección de sus derechos, la tranquilidad, la paz y la armonía que le han sido arrebatadas o que se vean amenazadas por los actos que atentan contra ella, para el cumplimiento y logro de los cometidos estatales y el normal desarrollo de la vida social, económica, cultural, jurídica, etc., de los habitantes.”

3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

En atención a la invitación extendida por esta Corporación, la Academia Colombiana de Jurisprudencia remitió el concepto rendido por el académico Fernando Arboleda Ripoll, quien considera que la declaración de cosa juzgada hecha en el auto admisorio de la demanda respecto de los artículos 186-6 y 207 del Código Nacional de Policía, debe extenderse al artículo 192 ibídem. A su juicio, en la Sentencia C-199 de 1998 la Corte Constitucional resolvió materialmente la constitucionalidad de la figura de la retención transitoria, con base en la revisión de los mismos cargos que presenta la actora.

Señala que la constitucionalidad de los numerales 2º y 3º del art. 207 del Decreto 1355 de 1970, declarada en la Sentencia C-199 de 1998, encontró “legitimación y justificación, precisamente, por consistir en la permanencia de la persona en la estación de policía hasta

por 24 horas”, lo cual fue determinante para que la Corte concluyera que la retención transitoria no es una medida privativa de la libertad, que su carácter es preventivo y no represivo, que no constituye una sanción y que responde a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad adecuados para la protección de valores constitucionales cuya efectividad debe ser garantizada por la Policía Nacional.

En consecuencia, entiende que “si el artículo 192 del Decreto 1355 de 1970 se limita a definir la retención transitoria ‘como mantener al infractor en una Estación o Subestación de policía hasta por 24 horas’, definición a la que se han dado alcances y efectos que vienen de destacarse en el contexto del examen de constitucionalidad a la aplicación de medidas correctivas por la policía, las cuales fueron declaradas exequibles en los eventos indicados, su constitucionalidad ya ha sido juzgada por aparecer integrada a la legitimidad y justificaciones tomadas en cuenta por el juez de constitucionalidad para hacer la declaración contenida en la Sentencia C-199 de 1998”.

Indica que en la medida en que la Corte ya declaró la constitucionalidad de las causales de retención transitoria (C-199 de 1998 citada), una eventual inexequibilidad de las condiciones en que opera dicha retención (en estación de policía y sin exceder de 24 horas) llevaría a que “la permanencia de la persona en poder de la policía para los eventos de los ordinales 2º y 3º del Decreto 1355/70, podría ser en cualquier parte y por tiempo indefinido”, lo cual expondría al ciudadano a una situación irracional “que rompe con la proporcionalidad debida y conduce a consagrar una abierta situación de inconstitucionalidad, por lo que inexorablemente, para evitar un tal absurdo, procede declarar la conformidad del texto acusado con la Carta Política.”

“La sugerencia -dice para concluir- es que la Corte declare que el artículo 192 del Decreto 1355 de 1970 ha sido materia de juzgamiento en la Sentencia C-199 de 1998, por estar comprendido su contenido material en los artículos 186-8 y 207 ibídem y que lo allí decidido ha hecho tránsito a cosa juzgada absoluta y material”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador Judicial de la Nación allegó el concepto número 4293 del 20 de abril de 2007, por medio del cual solicita que se declare la inexequibilidad del artículo 192 del Decreto 1355 de 1970. Para tales efectos, reitera lo expresado en el Concepto No. 4198 del

25 de octubre de 2006 en relación con la prohibición constitucional de que existan órdenes de captura proferidas por autoridades administrativas. Al respecto, recuerda especialmente lo siguiente:

1. La Constitución Política de 1991 no permite la restricción de la libertad sino con orden judicial previa, salvo en el caso de captura en flagrancia. En ese sentido, se superaron los rezagos del absolutismo que existían en la Constitución Política de 1886 y que permitían manejar el concepto de libertad en función del arbitrio de cada gobernante. Por ello el artículo 28 de la Constitución Política de 1991 es categórico al señalar que la libertad solo puede ser limitada por orden judicial, lo que implica derogar el concepto de “captura administrativa”.

2. El artículo 28 de la Constitución Política establece reglas claras y precisas para la restricción de la libertad: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) respeto de las formas legales; y (iii) existencia de un motivo previamente definido en la ley como delito. “Esta noción garantista fue la que primó en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente y en la medida que se ampara efectivamente el ejercicio de los derechos fundamentales, se convierte en un concepto intangible, erigiéndose en un elemento definitorio del Estado Social de Derecho, de tal forma que impide que otros servidores estatales se abroguen la función de restringir la libertad”.

3. De acuerdo con el orden constitucional vigente y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional (Sentencias C-024 de 1994 y C-237 de 2005) se puede afirmar que “la captura administrativa, así como las sanciones rectoras de la libertad impuestas por autoridades administrativas fueron derogadas con la Constitución Política de 1991 y solamente se restringirá la libertad con orden de autoridad judicial competente”.

Con relación a la norma acusada (art. 192 del Código Nacional de Policía) señala que si bien puede considerarse como una medida correctiva que desde el punto de vista policivo busca garantizar la tranquilidad pública y la seguridad de la vida e integridad física de las personas, también “corresponde a una restricción de la libertad ordenada por una autoridad administrativa de manera autónoma sin la previa orden judicial a que hace mención la publicitada norma superior.” Por tanto, “considera que esta clase de medidas desconocen la

inequívoca voluntad del constituyente de 1991 de prohibir cualquier restricción de la libertad por parte de la autoridad administrativa”.

Concluye que el artículo 192 del Código Nacional de Policía “constituye una decisión legal que no encuentra sustento en la referida preceptiva [art.28 C.P], además que es irrazonable y desproporcionada en cuanto le concede la atribución a una autoridad administrativa de imponer una sanción de tipo policivo, que consiste en restringir la libertad de la persona por el término de hasta 24 horas, en una estación de policía”.

Por tales razones solicita la inconstitucionalidad de la disposición demandada.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición jurídica demandada forma parte de un Decreto con fuerza de ley.

Aspecto previo: la decisión contenida en la Sentencia C-199 de 1998 solamente se extiende a los numerales 1, 2 y 3 del artículo 207 del Código Nacional de Policía. Inexistencia de cosa juzgada respecto del enunciado que encabeza el mencionado artículo 207 y los artículos 186-8 y 207 del Código Nacional de Policía (en adelante CNP)

2. La accionante demandó tres disposiciones del Código Nacional de Policía que se refieren a la retención transitoria como medida de policía:

i. El artículo 186-8, en el que se enumeran las medidas correctivas de policía, entre ellas, “8. La retención transitoria”;

i. El artículo 192 que define la retención transitoria así: “La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas;

(iii) El artículo 207 según el cual “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio y al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción penal. Los últimos dos numerales, – no así en encabezado transcrito – fueron declarados exequibles en la Sentencia C-199 de 1998.

3. En el auto admisorio, el Magistrado Sustanciador del proceso rechazó la demanda del artículo 207 parcialmente transcrito, por existir cosa juzgada formal y absoluta derivada de la Sentencia C-199 de 1998. También rechazó la demanda contra el artículo 186-8, pues consideró que la expresión demandada no tenía un significado autónomo o separable del artículo 207 mencionado y, en consecuencia, estaba cobijada por el efecto de cosa juzgada material de la sentencia C-199/98 citada.

En consecuencia, solamente admitió la demanda respecto del artículo 192 del Código Nacional de Policía, que define la forma cómo se practica la retención transitoria: en estación o subestación de policía y hasta por 24 horas.

4. Pese a lo anterior, la Academia Colombiana de Jurisprudencia solicita a la Corte revisar el alcance de la cosa juzgada que surge de la Sentencia C-199 de 1998. En su criterio, el artículo 192 del Código Nacional de Policía también está amparado con el efecto de cosa juzgada derivado de la citada Sentencia C-199 de 1998. Considera el interviniente, que al adoptar dicha decisión la Corte revisó de manera integral, por el mismo cargo de esta demanda (violación del artículo 28 constitucional), los tres (3) artículos del Código Nacional de Policía que regulan la retención transitoria, inclusive en lo relativo a las circunstancias de aplicación de dicha figura. En consecuencia, a su juicio, en la presente decisión debe estarse a lo resuelto en esa providencia.

5. En virtud de lo anterior debe la Corte, en primera instancia, definir el alcance de la sentencia C- 199 de 1998 con la finalidad de determinar si sobre la disposición objeto de estudio recae el efecto de cosa juzgada constitucional. En consecuencia, la Corte procederá, en primer lugar, a recordar brevemente los efectos de la cosa juzgada constitucional para

proceder, posteriormente, a resolver el problema planteado.

Jurisprudencia sobre el alcance de la Cosa juzgada Constitucional

6. El artículo 243 de la Carta dispone que los fallos de constitucionalidad que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. El efecto de cosa juzgada constitucional apareja, al menos, las siguientes consecuencias. En primer lugar la decisión queda en firme, es decir, que no puede ser revocada ni por la Corte ni por ninguna otra autoridad. En segundo lugar, se convierte en una decisión obligatoria para todos los habitantes del territorio. Como lo ha reconocido la jurisprudencia, la figura de la cosa juzgada constitucional promueve la seguridad jurídica, la estabilidad del derecho y la confianza y la certeza de las personas respecto de los efectos de las decisiones judiciales². Ahora bien, la Corte ha señalado que el efecto de la cosa juzgada no es siempre idéntico. En este sentido, la cosa juzgada puede ser absoluta o relativa; formal o material; aparente o real; y explícita o implícita³.

7. La Cosa juzgada puede ser formal o material. El efecto de cosa juzgada formal se predica de la disposición que fue declarada exequible o inexecutable. En consecuencia, ante una sentencia estimatoria, la norma declarada inconstitucional no puede seguirse aplicando, el Congreso no puede proferir una nueva disposición con similar contenido al de la disposición inconstitucional y la Corte debe atenerse a su decisión para toda cuestión posterior. Si la sentencia es desestimatoria y la disposición es declarada exequible, los jueces, en principio, no pueden inaplicarla y la Corte debe atenerse a su decisión cuando quiera que la norma resulte nuevamente demandada. Ahora bien, el efecto de la cosa juzgada formal de una sentencia desestimatoria desaparecerá si la norma que fue declarada exequible no mantiene exactamente el mismo contenido normativo o cuando se ha producido un cambio constitucional que eventualmente pueda afectar su constitucionalidad. En consecuencia, no podrá predicarse el efecto de cosa juzgada formal si logra demostrarse que, pese a tratarse de la misma disposición (es decir de la misma norma en sentido formal) sobre la cual recae la primera decisión, el referente constitucional es diferente o su contenido normativo ha variado. Esto puede producirse, por ejemplo, cuando pese a que el texto de la norma declarada exequible permanece inalterado, se ha producido una variación sustancial en su contenido dado el cambio de otras disposiciones cuya interpretación sistemática es necesaria para aclarar o definir el contenido de la disposición previamente declarada exequible.

8. Existe cosa juzgada material cuando la demanda recae sobre una disposición que no ha sido formalmente objeto de control constitucional, pero que reproduce de manera idéntica o exacta, el contenido de una norma sobre la cual sí existe decisión de constitucionalidad. En estos casos, la Corte debe declarar la existencia de cosa juzgada material y respetar el precedente sentado en la primera decisión. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado: “el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, tal como lo ha reiterado la Corte, no sólo se presenta cuando existe una decisión anterior del juez constitucional en relación con la misma norma que nuevamente es objeto de demanda, sino también cuando dicha decisión recae sobre una disposición distinta pero que es literalmente igual o cuyo contenido normativo es idéntico”⁴. En el mismo sentido, ha dicho la Corte que existe cosa juzgada material cuando “a pesar de haberse demandado una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto del juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se apliquen comporte un cambio sustancial en su alcance y significación”⁵. Se requiere entonces que la primera decisión recaiga sobre “una disposición distinta – a la demandada – pero que es literalmente igual o cuyo contenido normativo es idéntico.”⁶. (Subraya fuera del original).

Dicho de otra forma, no existirá efecto de cosa juzgada material, si el contenido normativo de la disposición que se demanda no corresponde, de manera idéntica o exacta, al contenido normativo de la disposición sobre la cual existe pronunciamiento judicial previo. En efecto, el principio de la primacía constitucional exige que toda norma infra constitucional pueda ser confrontada con la Constitución y que la competencia para adelantar ese juicio sólo se vea limitada cuando no exista la menor duda sobre la existencia de un pronunciamiento previo. Esto sucede sólo cuando el texto y el contenido normativo de la disposición demandada, coinciden de manera exacta con el texto o el contenido material de una disposición sobre la cual recae decisión de constitucionalidad previa. Sin embargo, si estas normas no son materialmente idénticas, no existirá cosa juzgada material y procederá el nuevo juicio de constitucionalidad. Una interpretación más laxa que admitiera la extensión del fenómeno de la cosa juzgada a dos normas sólo parcialmente iguales o que se encuentren estrechamente relacionadas pero cuyo contenido no sea exacto, terminaría por afectar, de manera injustificada, el principio de la supremacía de la Constitución, pues excluiría del ámbito del control normas que no han sido objeto de juicio constitucional.

9. En virtud de lo anterior, corresponde a la Sala verificar si, en el caso que se estudia, se

presenta el fenómeno de cosa juzgada material respecto del artículo 192 del Decreto 1355 de 1970. Adicionalmente debe la Corte definir si existe cosa juzgada formal respecto del artículo 207 del CNP y material respecto del artículo 186-8, tal y como se estableció en el auto admisorio de la demanda. De encontrar que sobre las disposiciones mencionadas no existe juicio de constitucionalidad previo a partir del cual pueda predicarse el efecto de la cosa juzgada, la Corte debería establecer si resulta posible modificar el pronunciamiento preliminar hecho en el auto admisorio de la demanda.

Inexistencia de cosa juzgada material sobre el artículo 192 del CNP

10. La Academia Colombiana de Jurisprudencia solicita a la Corte extender el efecto de la cosa juzgada de la sentencia C-199 de 1998 al artículo 192 demandado. Dicha sentencia se pronuncio sobre los numerales 1 a 3 del artículo 207 del Código Nacional de Policía. Corresponde entonces a la Corte verificar si tales numerales tienen contenido idéntico al consagrado en el artículo 192 del CNP.

11. Como puede constatarse, el artículo 192 y los numerales 1-3 del artículo 207 del Código Nacional de Policía tienen contenidos normativos estrechamente relacionados pero sustancialmente diferentes. En efecto, el primero define una de las medidas correctivas que, según el Código, pueden ser impuestas por la Policía y establece un límite temporal (24 horas) y espacial (en la estación o subestación de policía) a la imposición de tal medida. A su turno, los numerales citados del artículo 207 establecen las circunstancias en la cuales se puede imponer la medida correctiva mencionada (al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio y al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción penal). En suma, mientras el primero de los artículos define la medida policiva y establece los alcances de la misma, el segundo, sobre el cual pesa – parcialmente – una sentencia de constitucionalidad, identifica las circunstancias de hecho en las cuales puede ser impuesta dicha medida por las autoridades de policía. En consecuencia, pese a la estrecha relación que existe entre las normas mencionadas, no resulta procedente extender al artículo 192 demandado el efecto de la cosa juzgada constitucional que pesa sobre los numerales 1 a 3 del artículo 207 del CNP.

12. Adicionalmente, la Sala encuentra que en la sentencia C-199 de 1998, la Corte

únicamente se ocupó de la constitucionalidad de las circunstancias que podrían dar lugar a la retención transitoria (numerales 1º, 2º, y 3º del artículo 207 del Código Nacional de Policía). En este sentido, la Corte declaró inexecutable la primera de tales causales y exequibles las dos restantes, sin abordar en detalle y de manera directa y suficiente el estudio de constitucionalidad de la medida de retención propiamente dicha. En efecto, si bien hay referencias generales a la retención transitoria, lo cierto es que en la Sentencia referida no existe un juicio constitucional específicamente orientado a estudiar si la existencia de la medida mencionada, en las circunstancias de tiempo y lugar de que trata el artículo 192 del CNP, se ajusta a la Constitución. (art. 192, en concordancia con el artículo 186-8 y el encabezado del artículo 207).

A este respecto no sobra reiterar que el principio de supremacía constitucional exige, para que se configure la figura de la cosa juzgada material, no que la norma demandada y la que fue previamente estudiada se encuentren íntimamente relacionadas o que resulten parcialmente similares. Lo que se exige para sostener que no procede un nuevo juicio de constitucionalidad es que el contenido normativo de las dos disposiciones sea idéntico, es decir, exactamente igual. Como queda claro al leer las dos disposiciones mencionadas, su contenido normativo es distinto aunque estrechamente relacionado.

13. Ahora bien, se ha afirmado que existe cosa juzgada material porque en la sentencia C-199 de 1998, la Corte hizo referencia a la medida de policía denominada “retención transitoria”, consagrada en el artículo 192 del CNP así como en los artículos 186-8 y el encabezado del artículo 207 del mismo estatuto. Sin embargo, no puede alegarse la existencia de cosa juzgada material por la referencia que en la parte motiva de una sentencia la Corte hubiere hecho al contenido de una norma no demandada y sobre la que no se pronunció. Incluso si estas referencias hacen parte del dictum – o de la razón de la decisión – y no del obiter dictum, tendría que sostenerse que lo que existe en ese caso es un precedente que, en principio, debe ser respetado pero que admite distinciones y variaciones⁷. En efecto, como ya lo ha indicado esta Corporación, en estos casos la Corte tiene diversas opciones ninguna de las cuales es la simple invocación a la cosa juzgada material, pues no existe identidad entre el contenido material de las disposiciones que ya fueron objeto de pronunciamiento y las nuevas disposiciones demandadas. En estos casos, la norma que no ha sido juzgada debe ser objeto de un nuevo juicio de constitucionalidad siempre que resulte debidamente demandada.

En suma, dado que entre los artículos 192 y 207 del Código Nacional de Policía no existe identidad material y que en la Sentencia C-199 de 1998 la Corte no revisó la constitucionalidad del primero de los artículos mencionados ni extendió a él los alcances del fallo, la Sala concluye que respecto del artículo 192 demandado no puede predicarse la existencia de cosa juzgada y por tanto resulta procedente su revisión constitucional.

Inexistencia de cosa juzgada respecto del encabezado del artículo 207 y del numeral 8 del artículo 186 del CNP e integración de la unidad normativa

14. Tal y como se ha explicado, la sentencia C- 199 de 1998 se pronunció exclusivamente sobre los numerales 1, 2 y 3 del artículo 207 del CNP, pero nada dijo sobre el encabezado de dicho artículo, según el cual “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”⁸. Por tanto, el efecto de cosa juzgada formal que obliga a estarse a lo resuelto en sentencia anterior, únicamente se da en relación con los numerales mencionados del artículo 207, no así frente al contenido material de su encabezado. Sobre este contenido no ha habido pronunciamiento – ni formal, ni material – por parte de la Corte.

15. Adicionalmente, encuentra la Corporación, que la Sentencia C-199 de 1998 tampoco cubre con el efecto de cosa juzgada el numeral 8º del artículo 186 del Código Nacional de Policía. Según esta norma “Son medidas correctivas en cabeza de la Policía: (...) 8. La retención transitoria”. En efecto, de una parte constata la Corte que esta norma no ha sido objeto de juzgamiento por el juez constitucional. De otra parte, el contenido de esta disposición no es idéntico – aunque si estrechamente relacionado – al contenido normativo de los numerales 1 a 3 del artículo 207 del CNP objeto de la sentencia C-199 de 1998.

16. Ahora bien, lo dispuesto en el encabezado del artículo 207 del CNP y en el numeral 8 del artículo 186 del mismo estatuto resulta estrechamente relacionado con el artículo 192 que ahora se revisa y sobre el cual ya se estableció que no existe cosa juzgada constitucional. En efecto, las tres normas mencionadas consagran expresamente la atribución de las autoridades de policía de retener transitoriamente a una persona en las circunstancias que el Código disponga. En consecuencia, dado que se trata de tres normas que tienen un contenido esencialmente igual, el juicio de constitucionalidad sobre una de ellas debería extenderse a las otras dos de forma tal que el pronunciamiento de la Corte fuera integral,

coherente, consistente y eficaz, es decir, que no resultara inocuo.

17. Las precisiones anteriores generan sin embargo una pregunta: ¿el hecho de que en el auto admisorio de la demanda se hubiere considerado que respecto del artículo 207 existía cosa juzgada formal, -sin hacer excepción respecto de su encabezado-, y que en relación con el artículo 186-8 existía cosa juzgada material, impide que la Sala Plena de la Corte pueda rectificar esa decisión en el momento de la adopción de la sentencia de fondo?. Para la Sala la respuesta es negativa por varias razones que se explican a continuación.

18. Si bien el auto admisorio de la demanda define aspectos sustanciales del proceso, como la fijación de aquello que será materia de juzgamiento y respecto de lo cual los intervinientes ejercerán su derecho de participación, eso no cambia su naturaleza instrumental en el proceso de constitucionalidad. En efecto, como lo ha señalado la Corte, en este primer auto no se realiza un estudio de fondo ni exhaustivo de las normas acusadas. Tampoco puede el auto admisorio establecer, de manera autorizada y definitiva, el sentido y alcance de las decisiones anteriores de la Corte. Por consiguiente, si bien la decisión adoptada en el auto admisorio, en principio, limita el alcance del juicio de constitucionalidad, en ciertas circunstancias puede ser revocada por la Corte al estudiar el asunto en Sala Plena.

Así por ejemplo, la Sala Plena de la Corte puede proferir una decisión inhibitoria por inepta demanda – en contra de lo que en el auto admisorio se había considerado – o encontrar que, pese a la decisión del auto admisorio, las disposiciones demandadas ya han sido objeto de juicio de constitucionalidad por una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada. En el mismo sentido, la Sala Plena puede encontrar que no existía cosa juzgada sobre una determinada disposición cuya demanda fue rechazada por el magistrado sustanciador. Sin embargo, como pasa a explicarse, en este último caso, la Corte sólo podrá pronunciarse de fondo sobre las normas cuya demanda fue rechazada por presunta existencia de cosa juzgada, si resulta posible integrar la correspondiente unidad normativa. Pasa la Corte a explicar este asunto.

19. La decisión de rechazar parcialmente una demanda por considerar que se esta frente al fenómeno de la cosa juzgada, inhibe la controversia constitucional sobre las normas cuya demanda se rechazó. En consecuencia, en estos casos la Sala Plena no puede simplemente revocar la decisión del auto admisorio y pronunciarse de fondo, pues se estaría

pretermitiendo la controversia constitucional que exige el procedimiento legal y constitucionalmente establecido. En efecto, dada la decisión inicial de rechazar la demanda contra ciertas disposiciones, no fue posible conocer el concepto del Ministerio Público ni de otras personas o entidades con interés en la defensa o impugnación de las mismas. Por lo tanto, en casos como estos sólo es posible que la Sala Plena se pronuncie de fondo sobre las normas cuya demanda fue rechazada, si se esta ante alguna de las hipótesis de integración de la unidad normativa. Sólo en estos casos excepcionales, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, es posible que la Corte conozca de una norma cuya demanda no ha sido formalmente admitida y que no es objeto de control previo o automático.

20. En el presente caso el magistrado sustanciador decidió rechazar la demanda contra el artículo 207 y 186-8 del CNP por existencia de cosa juzgada formal y material respectivamente. Sin embargo, como ya se vio, solo existe cosa juzgada formal respecto de una parte del artículo 207 pero no respecto del enunciado que lo encabeza. Adicionalmente, no existe cosa juzgada material respecto del numeral 8 del artículo 186-8. Se pregunta entonces la Corte si existe unidad normativa entre las citadas disposiciones y el artículo 192 cuya demanda fue admitida, de forma tal que la Corte pueda pronunciarse de fondo sobre las distintas disposiciones mencionadas.

21. En el presente caso la Corte se encuentra ante una de las hipótesis excepcionales de integración de la unidad normativa. En efecto, el artículo 186-8 y el encabezado del artículo 207 del CNP consagran la existencia de la medida denominada “retención transitoria”. A su turno, el artículo 192 demandado, confirma la existencia de esta medida y establece las circunstancias de tiempo y lugar de su ejecución. Se trata, en suma, de normas con idéntico contenido para efectos, al menos, del debate constitucional que pueden suscitar.

Según la doctrina de la Corte, procede la integración de la unidad normativa, cuando se estructura alguna de las siguientes tres causales:

“(…) excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna. Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa. Sin embargo, para que, so pretexto de la figura

enunciada, la Corte no termine siendo juez oficioso de todo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha señalado que la formación de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de los siguientes tres eventos.

“En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio.

“En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo.

22. En el proceso que ocupa a la Corte, se está ante la segunda hipótesis mencionada. En efecto, en principio, los artículos 186-8, 192 y la expresión “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando” que se encuentra en el encabezado del artículo 207 del CNP, tienen contenido jurídico similar, en tanto que todos ellos consagran, de manera general, la facultad para retener a una persona de forma transitoria. Por tanto, no tendría objeto decidir únicamente sobre la constitucionalidad de una sola de tales disposiciones legales (art.192) si su contenido material se reproduce – al menos parcialmente – en las otras dos disposiciones (arts. 186-8 y 207 -encabezado). En consecuencia, para que un eventual fallo de inconstitucionalidad no resulte inocuo, resulta necesario integrar la unidad normativa del artículo 192 del Código Nacional de Policía, con el artículo 186-8 y el encabezado del artículo 207 del mismo estatuto, respecto de los cuales, como se dijo, no hay cosa juzgada y, por tanto, la Corte puede pronunciarse para definir su constitucionalidad.

23. Por las razones expuestas, la Sala no considera procedente la solicitud de declaración de cosa juzgada respecto del artículo 192 del Código Nacional de Policía y corrige el auto admisorio de la demanda, en cuanto a que el efecto de cosa juzgada de la Sentencia C-199 de 1998 no se extiende al artículo 186-8 y al encabezado del artículo 207 del mismo código.

Como ha quedado expresado, la Sala integrará la unidad normativa de la disposición demandada con lo dispuesto en el encabezado del artículo 207 del CNP y en el numeral 8 del artículo 186 del mismo estatuto. En consecuencia, la Sala analizará la constitucionalidad de las siguientes disposiciones:

“ARTICULO 186. Son medidas correctivas: (...)8. La retención transitoria;

Artículo 192. La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas.

ARTICULO 207. Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando:”

Inexistencia de cosa juzgada como efecto de la sentencia 67 de julio 2 de 1987 de la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 192 del CNP

24. La norma actualmente demandada fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 67 de julio 2 de 1987. Sin embargo, tal decisión no vincula a la Corte Constitucional dado que el presente juicio se realiza respecto de las normas de la Carta de 1991, mientras que el control adelantado por la Corte Suprema tuvo como referente las disposiciones constitucionales vigentes hasta la entrada en vigor de la actual Constitución¹¹.

Estudio de fondo de la “retención transitoria” consagrada en los artículos 186-8, 207 y 192 del Código Nacional de Policía

25. Según la demanda, la retención transitoria prevista en el Código Nacional de Policía vulnera el artículo 28 de la Constitución Política porque permite que las personas sean privadas de su libertad sin juicio previo, sin orden judicial y sin que se trate de conductas previstas en la ley como delito. En suma, la demandante considera que la retención transitoria es una medida que deja en manos de la Policía la facultad de privar a las personas de su libertad, lo que resulta violatorio de las garantías constitucionales derivadas del artículo 28 Superior.

A su turno, la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa, en sus respectivas intervenciones, solicitan que la norma acusada sea declarada exequible. Consideran que la actora confunde

la figura de la retención transitoria consagrada en la disposición acusada, con la detención preventiva a la que se alude en otros ámbitos normativos. Afirman que la primera comporta la protección de las personas y de la comunidad en general, en las dos circunstancias previstas en el artículo 207 del Código Nacional de Policía (estado de embriaguez y de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal), mientras que la segunda garantiza la comparecencia del acusado a los procesos judiciales en los cuales es requerido. Señalan que en este último caso se necesita orden de autoridad judicial competente tal como lo prevé el artículo 28 de la Constitución Política, pues implica una restricción al derecho de libertad de las personas. Al respecto indican que la Corte Constitucional ya ha señalado que la retención transitoria prevista en el artículo 192 del Código Nacional de Policía es una medida preventiva que no requiere orden judicial previa.

Contrario a lo anterior, el Ministerio Público considera que la Corte debe declarar la inexecutable de esta medida, porque se trata de una forma de “captura administrativa”, prohibida por la Constitución Política de 1991. En este sentido, el procurador reitera el concepto rendido con ocasión de la demanda de los artículos 56, 58 y 62 del Código Nacional de Policía, que la Corte declaró inexecutables a través de la Sentencia C- 176 de 2007, en el entendido que las autoridades judiciales son las únicas competentes para ordenar la detención de una persona. A juicio del Procurador, en esta última sentencia la Corte “fijó una vez más su criterio de la proscripción de la libertad por autoridad administrativa”.

Para resolver la cuestión planteada la Corte recordará la doctrina vigente sobre la figura que se estudia, su naturaleza y alcance.

Naturaleza y alcance de la retención transitoria según lo dispuesto en la sentencia C-199 de 1998

27. En la sentencia C-199 de 1998, la Corte encontró ajustada a la constitución la atribución de facultades preventivas a la policía para evitar que las personas transitoriamente incapaces o en estado de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal pudieran afectar sus propios derechos o derechos de terceros. Pese a que la Corte no estudio en detalle la figura de la retención transitoria y la decisión no versó expresamente sobre tal instituto, la sentencia referida formula una serie de consideraciones muy relevantes para la solución del presente caso. En la mencionada decisión, la Corte encuentra que la

retención transitoria de una persona en las circunstancias mencionada resulta constitucional siempre que tenga carácter meramente preventivo o de protección y se someta a los principios de ultima ratio, proporcionalidad y estricta legalidad. En consecuencia, debe tratarse de una medida estrictamente necesaria y urgente, que resulte claramente idónea para evitar un daño superlativo sobre los derechos fundamentales de una persona que se encuentra transitoriamente en incapacidad de defenderse o de conjurar la consumación de un perjuicio sobre un derecho fundamental. En suma, al estar sometida al principio de proporcionalidad estricta, la retención transitoria resulta constitucional si está diseñada como una medida que sólo puede ser aplicada en circunstancias de urgencia, cuando no existe otra medida menos lesiva para los derechos y siempre que quede demostrada su eficacia para lograr el objetivo propuesto, es decir, la protección adecuada de los derechos fundamentales de la persona a quien se afecta, de manera transitoria, su derecho a la libertad personal.

En efecto, en la mencionada sentencia, al referirse a la figura de la retención transitoria, la Corte indicó: “Esto quiere decir, que las autoridades administrativas sólo pueden adoptar las medidas necesarias y eficaces para el fin propuesto, y el remedio más enérgico, ha de ser siempre la última ratio. Además, y no obstante existir una norma legal, el fundamento jurídico en el que se fundamenta la limitación debe estar ajustado a las causales previamente establecidas en la ley, es decir, “que simples invocaciones del interés general o de derechos de rango legal, no son suficientes para restringir el alcance del derecho”. Igualmente, el legislador, al regular los supuestos en los que ha de operar la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, “fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente tal medida, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo”.

En los términos anteriores resulta claro que, a juicio de la Corte, la retención transitoria no puede ser utilizada para encubrir medidas sancionatorias de ningún tipo, ni para lograr otros objetivos de política criminal como la declaración de la persona retenida al margen de los derechos que la Constitución le confiere. En este sentido la retención que se estudia se asemeja a las medidas urgentes de protección de menores abandonados o explotados y se aplica – en los términos del artículo 207 del CNP – a personas que transitoriamente se encuentran en incapacidad real de proteger sus propios derechos y que se convierten – sin necesariamente quererlo – en un riesgo potencial pero cierto, inminente y grave para sus propios intereses o para derechos de terceros. Se trata por ejemplo, de situaciones en las

cuales el grave estado de ebriedad o de excitación de una persona la pone en una situación de particular vulnerabilidad pudiendo ser objeto de agresiones por parte de terceros o convertirse en un riesgo para su propia vida o la de los demás.

En estos casos, como pasa a explicarse, la Constitución autoriza la intervención urgente y mínima o transitoria de las autoridades administrativas, con la única finalidad de proteger a la persona transitoriamente incapaz o gravemente exaltada cuando ello es absolutamente urgente y estrictamente necesario para la defensa de sus derechos¹². Sin embargo, como se trata de una medida de protección adoptada en contra de los intereses de la persona afectada, debe estar en capacidad de satisfacer – tanto en su diseño como en su aplicación – un estricto juicio de proporcionalidad. Este juicio se vuelve todavía más estricto si se tiene en cuenta que la retención transitoria no es cualquier medida de protección. En efecto, además de tratarse de una medida que se impone contra los intereses de la persona transitoriamente incapaz y en defensa de sus propios derechos (lo que ya la convierte en una medida que debe ser cuidadosamente estudiada), supone una restricción (aunque por corto tiempo) del derecho a la libertad personal. En consecuencia, esta medida debe respetar las garantías mínimas del derecho a la libertad, pues estas garantías se aplican a toda forma de restricción sin importar la denominación jurídica de la medida (detención, arresto, retención, internamiento, etc.) o la finalidad de la misma.

Pasa la Corte a explicar un poco más en detalle las afirmaciones anteriores y a identificar si la figura de la retención transitoria, tal y como se encuentra regulada en el CNP luego de la sentencia C-199 de 1988 citada (que le da el carácter de medida de protección), supera los estándares constitucionales mencionados: el juicio de proporcionalidad y las garantías mínimas exigibles para toda restricción de la libertad personal, que se convierten finalmente en la salvaguarda del individuo frente a cualquier actuación arbitraria de las autoridades.

Regulación legal de la retención transitoria

28. El Código de Policía faculta a la autoridad administrativa a retener, hasta por 24 horas, en una estación o subestación de policía, “al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio” y “al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal”. La medida de retención se puede imponer con fundamento en una prueba estimada en conciencia (art. 225 C.N.P.). Compete imponerla a

los comandantes de estación o de subestación de policía (arts. 207 y 219 C.N.P.). No requiere de resolución motivada. Sin embargo se exige el levantamiento de un acta en la que se consignen sucintamente los hechos que dieron lugar a la imposición de la medida y la identificación de la persona a quien se impuso. Esta acta debe llevar la firma del Comandante y de la persona a quien se impone (art. 227 C.N.P.). La decisión no puede ser impugnada inmediatamente. Tampoco se notifica a autoridad administrativa o judicial distinta a los servidores que la ordenan y ejecutan. La persona afectada es conducida a la estación o subestación de policía y puede ser retenida durante el tiempo que las autoridades de policía lo consideren adecuado, siempre que no supere las 24 horas (art. 222, C.N.P.). En ninguna parte de las normas legales aplicables se establecen los derechos de la persona retenida a comunicarse con quien pueda asistirle, a no hacer declaración alguna que pueda tener efectos en un proceso penal, a no ser puesta en una situación de mayor riesgo o vulnerabilidad, a comunicarse con un apoderado o interponer el recurso de habeas corpus, etc.

Se pregunta la Corte si la medida denominada “retención transitoria”, tal y como ha sido descrita, vulnera la Constitución.

La aplicación del juicio de proporcionalidad al caso que ocupa la atención de la Corte

29. Para resolver el problema planteado, distintos tribunales constitucionales, y en particular esta Corporación, han utilizado el llamado juicio (o principio) de proporcionalidad. Este principio parte de la base de que el Estado sólo puede restringir los derechos fundamentales – como el derecho a la libertad personal – cuando tiene razones constitucionales suficientes y públicas para justificar su decisión. En efecto, en un Estado constitucional de Derecho, el poder público no es el titular de los derechos. Por el contrario, el Estado constitucional existe, esencialmente, para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los cuales son titulares, en igualdad de condiciones, todas las personas. En este sentido, ningún órgano o funcionario público puede restringir los derechos fundamentales sino cuando se trata de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción apareja. Cualquier restricción que no supere este juicio carecerá de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser expulsada del mundo del derecho.

30. A falta de un mejor instrumento metodológico para evaluar las razones que se aportan para justificar una restricción a los derechos fundamentales, la mayoría de los tribunales constitucionales del hemisferio occidental – incluida esta Corte Constitucional – ha adoptado la metodología que propone el principio de proporcionalidad. La utilización de esta herramienta sirve al propósito fundamental de controlar la constitucionalidad de las decisiones de los órganos políticos que pueden comprometer los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, limitar la discrecionalidad judicial en estas sensibles materias¹³.

31. Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

Se trata, como ya se mencionó, de una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. Como lo ha señalado esta Corporación, “(l)a proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales”¹⁴.

32. La aplicación del juicio de proporcionalidad al caso que ocupa la atención de la Corte conduce a sostener que la retención transitoria sólo será una medida constitucional si, efectivamente, persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa y es verdaderamente útil, necesaria y estrictamente proporcionada para el logro de dicha finalidad. En particular, como ya lo ha explicado la Corte, la “idoneidad” indica que una medida sólo será proporcionada si, efectivamente, presta alguna ayuda a la consecución del fin buscado, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización de la finalidad propuesta. La exigencia de “necesidad”, se orienta a contener la tendencia – fácil – a

emplear los máximos medios, los más gravosos para los derechos del individuo, en el intento de alcanzar los objetivos de la actividad estatal de un modo pretendidamente más eficaz.

Finalmente, la exigencia de estricta proporcionalidad, reclama que la protección de derechos y otros bienes jurídicos que se busca asegurar con la intervención estatal resulte superior al sacrificio de los derechos que se ven afectados con la medida.

33. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido igualmente que las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad no se aplican con la misma intensidad en todos los eventos, sino que, para el caso del control de constitucionalidad, ella depende de la materia objeto de la norma demandada y del grado de legitimidad y representatividad democrática de la autoridad que la expide. En consecuencia, siguiendo los pasos de la jurisprudencia constitucional comparada, la Corte Constitucional ha distinguido tres niveles de intensidad en la aplicación del juicio de proporcionalidad¹⁵.

34. Como ya había sido mencionado, en el presente caso corresponde aplicar el principio de proporcionalidad en su versión más estricta, toda vez que la medida de retención transitoria afecta de manera cierta el goce de un derecho constitucional fundamental, como la libertad personal, aparte de los restantes derechos fundamentales que se ven comprometidos por las condiciones que acompañan tal privación. De otra parte, no se trata de una norma expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo, en virtud de las amplias facultades legislativas que la Carta vigente hasta 1991 permitía atribuir a este órgano. Tal circunstancia, como lo ha señalado esta Corte, disminuye relativamente la presunción de constitucionalidad de las normas y la deferencia que en su enjuiciamiento debe observar el juez constitucional. En efecto, como se sabe, las normas provenientes del poder Ejecutivo carecen del carácter plural y deliberativo que está presente en la formación de la voluntad política que tiene lugar en el Congreso.

En virtud de las consideraciones realizadas, procede la Corte a evaluar la constitucionalidad de la medida de protección consistente en la retención transitoria conforme a los estándares requeridos por el juicio estricto de proporcionalidad. A este respecto, la Corte hará el juicio de la medida atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales puede ser aplicada y sólo hará distinciones entre los supuestos de hecho cuando ello resulte necesario para avanzar en el análisis de constitucionalidad propuesto.

Finalidad de la retención transitoria: la medida persigue la protección de una serie de derechos de marcada importancia constitucional

35. En su versión más estricta, el principio de proporcionalidad exige que la medida enjuiciada persiga una finalidad no sólo legítima o constitucionalmente importante sino además imperiosa. A continuación se examinará cuál es el fin o los fines que persigue la retención transitoria y si la consecución de los mismos puede calificarse como constitucionalmente imperiosa.

36. Según ha quedado enunciado, la Corte ha entendido que la retención transitoria es una medida de protección destinada a prevenir que una persona que se encuentra en estado de transitoria incapacidad (ebriedad) o de grave, notoria y violenta exaltación, pueda cometer actos que afecten sus propios derechos o derechos de terceros. En este sentido, la medida estudiada tiene dos finalidades: busca proteger tanto al individuo que se encuentra en estado de transitoria incapacidad o de extrema excitación, como a terceras personas del peligro que podría suponer un comportamiento agresivo o simplemente descontrolado de una persona en tales circunstancias. Se trata por ejemplo de una medida extrema para proteger, por ejemplo, a quien decide lanzarse ebrio a una carretera de alta circulación y a los terceros que puedan verse afectados por este comportamiento o para asegurar los derechos de los miembros más débiles de una familia cuando un agresor se encuentra en estado de evidente, grave y violenta exaltación pero aún no ha iniciado un comportamiento delictivo.

37. No duda la Corte en reconocer que la protección de derechos fundamentales de terceros eventualmente afectados por el comportamiento de quien se encuentra en situación de transitoria incapacidad o en estado de grave excitación en el que pueda cometer inminente infracción penal, encuentra un claro respaldo constitucional. En efecto, el artículo 2 de la Carta erige en finalidad y razón de ser de las instituciones la de proteger a los habitantes del territorio en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. De tal suerte, si la retención transitoria persigue proteger a todos los ciudadanos frente a las eventuales amenazas que para su vida, integridad y otros bienes constitucionalmente protegidos pudieran derivarse de la libre circulación de otras personas en estado de embriaguez o en

estado de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal, tal finalidad no sólo no resulta contraria sino que encuentra sustento en un mandato constitucional expreso.

38. La segunda de las finalidades perseguidas – la protección de los derechos e intereses del propio sujeto transitoriamente incapaz o excesivamente exaltado respecto de sus propios actos -, también aparece como constitucional. Sin embargo, en este caso la necesidad sólo será una necesidad imperiosa cuando se trata de proteger de sus propios actos a personas que aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio (como los menores), o que se encuentran en situaciones (temporales o permanentes) de debilidad de voluntad o de incapacidad, hasta el punto en el cual puede razonablemente sostenerse que no tienen conciencia o capacidad para actuar de conformidad con sus verdaderos intereses. Si no fuera esta la circunstancia, la finalidad sería inconstitucional.

En este punto, resulta relevante recordar que la Corte ha considerado constitucionales algunas medidas coactivas de protección del propio individuo sobre quien recaen siempre y cuando no constituyan medidas perfeccionistas. En efecto, en la Sentencia C-307 de 1997, al evaluar la constitucionalidad de una medida que autorizaba la imposición de una sanción pecuniaria a los conductores de vehículos que no llevaran debidamente puesto el cinturón de seguridad, la Corte decidió que era constitucionalmente posible tomar medidas de protección respecto del individuo, en dos eventos: o bien en el caso de aquellas personas que “no tienen todavía la capacidad suficiente de discernir sus propios intereses en el largo plazo”, que sería el caso de los menores de edad; o bien, en tratándose de adultos, cuando existe una reducción de la voluntad, esto es, en los eventos en los cuales el sujeto se encuentra en un estado de debilidad volitiva o de falta de capacidad. Al respecto dijo la Corte:

“(L)as medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. Estas políticas se justifican porque, en casos determinados, es legítimo que terceras personas o el propio Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de individuos, como los menores, o los transitoriamente incapaces, incluso contra su voluntad aparente, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente

independencia de criterio, o se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos. Esta Corte considera que armoniza mejor con los valores constitucionales denominar esas políticas como medidas de protección de los intereses de la propia persona, o de manera más abreviada, medidas de protección, ya que en virtud de ellas, el Estado, respetando la autonomía de las personas, busca realizar los fines de protección que la propia Carta le señala”¹⁶.

39. En consecuencia, al menos desde el punto de vista de la finalidad perseguida, no vulnera la Constitución la adjudicación a la policía de una medida encaminada a proteger derechos fundamentales de una persona que se encuentra en condición de incapacidad transitoria y de los terceros que puedan verse afectados por el comportamiento temerario, agresivo o irracional de esta persona. Sin embargo, los reparos constitucionales pueden surgir en el supuesto de las llamadas debilidades volitivas así como en el caso en el cual no se demuestre la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida de protección. En efecto, el sometimiento de tales medidas a las exigencias mencionadas garantiza justamente que las mismas no degeneren en un ejercicio de arbitrariedad o de perfeccionismo moral incompatible con un Estado constitucional de derecho. Pese a las debilidades que han sido someramente advertidas, continúa la Corte con el juicio de proporcionalidad a fin de identificar si se satisfacen plenamente, en las distintas hipótesis de aplicación de la norma, todas las garantías mencionadas. En efecto, si bien en el juicio de proporcionalidad es necesario superar cada uno de los sub-principios para que proceda el análisis del siguiente, en el presente caso, en cumplimiento del mandato de racionalidad y suficiencia en la argumentación que pesa sobre el juez constitucional y, especialmente, en atención a la importancia que la doctrina constitucional en esta materia puede tener para la elaboración de una nueva normatividad de policía, la Corte considera apropiado realizar en su totalidad el análisis de la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida estudiada.

Examen de la idoneidad de la retención transitoria: la medida es relativamente idónea pero puede aparejar efectos contraproducentes para los derechos del propio sujeto retenido

40. El juicio de idoneidad requiere verificar si la medida enjuiciada – que afecta el derecho a

la libertad personal – resulta idónea (es decir útil o adecuada) para contribuir a la consecución de la finalidad que con ella se persigue. Ello ocurrirá si su implementación presta una contribución positiva en orden a alcanzar el fin propuesto, es decir, la protección de los derechos fundamentales. En cambio, se considerará inidónea si no reporta ningún beneficio a la consecución del propósito o cuando, incluso, resulta contraproducente de cara al mismo.

41. Ahora bien, el juicio estricto de proporcionalidad – que debe adelantarse al estudiar una norma expedida por el ejecutivo que autoriza la restricción de la libertad personal – eleva el nivel de exigencia en tanto impone acreditar que la medida no sólo resulta adecuada sino efectivamente conducente para el logro de la finalidad perseguida. En consecuencia, para dar por satisfecha esta exigencia no basta con afirmar que en el caso concreto no se ha demostrado que la implementación de la medida resulta indiferente – o incluso negativa – en relación con la finalidad perseguida. En estos casos se invierte la carga de la argumentación para exigir que se acredite de manera fehaciente la existencia de una relación de causalidad positiva entre la adopción de la medida enjuiciada y la satisfacción del fin propuesto.

En virtud de las consideraciones realizadas, debe la Corte definir si la retención transitoria resulta idónea, – en el sentido de efectivamente conducente –, para proteger la integridad, la vida y otros bienes y derechos de terceros o del propio agente en quien recae dicha intervención policial, cuando quiera que este se encuentre en situación de incapacidad transitoria o en estado de grave excitación en el que pueda cometer inminente infracción penal.

42. En principio resulta razonable afirmar que cuando una persona se encuentra en estado de grave exaltación o de embriaguez en un lugar público y rehúsa ser conducida a su domicilio puede, eventualmente, ser víctima de lesiones o maltratos o causar daños no deseados a sus derechos o a derechos de terceras personas. Así por ejemplo, nadie duda de que una persona embriagada se encuentre en una situación de particular indefensión. Si adicionalmente esta persona tiene comportamientos agresivos o temerarios, como acometer actividades peligrosas o de riesgo o irrespetar gravemente las reglas de convivencia en lugares concurridos, puede evidentemente poner en peligro intereses y derechos propios y

de terceros. En estos casos, mantener bajo control a la persona, como última ratio, mientras supera el estado de embriaguez puede ser una medida idónea para evitar eventuales lesiones.

43. Sin embargo, tal y como pasa a explicar la Corte, la forma como se encuentra regulada la medida que se estudia plantea serias dudas sobre su verdadera capacidad para alcanzar la finalidad de protección perseguida. En este punto cabe recordar que la retención transitoria no debe ser entendida como una sanción (si así fuera sería inconstitucional), sino como una medida de protección de terceros y del propio sujeto destinada a prevenir un daño eventual que aún no ha sido causado. En este sentido, se pregunta la Corte si la medida que se estudia reúne efectivamente todas las garantías necesarias para que contribuya efectivamente a la protección de la persona retenida y no de lugar nuevas circunstancias que puedan, incluso, ser contraproducentes en términos de los derechos que el Estado, en todo caso, esta obligado a proteger.

44. Como ya se mencionó, tal y como se encuentra diseñada, puede ser que la retención transitoria efectivamente proteja al individuo de los peligros a los que puede verse enfrentado cuando circula o interactúa con otros en estado de embriaguez o en alto grado de excitación. Sin embargo, la idoneidad de la medida para proteger al sujeto retenido se pone en cuestión al quedar demostrado que la misma expone al individuo a riesgos nuevos y adicionales a los que trata de evitar. En efecto, en primer lugar, por virtud de esta medida la policía confina al individuo retenido (que no ha cometido falta alguna), en lugares propios de detención de personas que han cometido delitos, han sido capturadas en flagrancia o están siendo procesadas. Se trata de lugares en los cuales se encierra a la persona en precarias condiciones de espacio y seguridad, en general, caracterizados por una total ausencia de medios materiales necesarios para permitir el goce de los derechos que, en principio, no podrían verse afectados por una medida de protección.

En segundo término, la retención transitoria en estación de policía no conduce a que se brinde al individuo la atención médica y/o psicológica que su estado de transitoria incapacidad o de excitación probablemente requiera. Como se dijo, el encierro se produce en una estación de policía, con personas que han sido privadas de la libertad y bajo el control de agentes de la fuerza pública durante el término que el comandante considere adecuado, siempre que no exceda de 24 horas. Se trata pues, en palabras claras, de un encerramiento

en un lugar de privación de libertad y no de una medida de protección – o de cuidado – real y efectiva como, por ejemplo, la conducción de la persona a un centro de salud o a un centro de atención social especializado como una comisaría de familia.

En tercer lugar, la medida se lleva a cabo en condiciones de absoluta indefensión de la persona retenida. La autoridad no tiene que motivar o justificar la decisión; la persona no tiene derecho a ser informada de las razones de la retención; no existe notificación inmediata a terceras personas o a otras autoridades sobre esta decisión; la persona retenida no tiene derecho a ser informada de las garantías que la amparan, ni tiene reconocidos derechos esenciales como el derecho a comunicarse de manera inmediata con una persona que la asista o que la defienda; no existen garantías para evitar la incomunicación; no se reconoce el derecho de la persona a permanecer en silencio para evitar interrogatorios o declaraciones que puedan auto implicarla; y tampoco se establecen mecanismos que impidan una duración irrazonable o desproporcionada de la medida, pues la misma se aplica durante el término que el comandante libremente encuentre necesario, siempre que no exceda de 24 horas. Al final, sin embargo, la persona se ve compelida a firmar un documento en el cual declara su entera satisfacción por el trato recibido.

Finalmente, por las razones que han sido explicadas, la medida comporta la restricción cierta, y no meramente probable, de múltiples derechos fundamentales – como los de la intimidad personal y familiar, reunión, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión – que acompaña a toda privación de libertad sin que parezca que existe alguna justificación clara para ello¹⁷.

Todo lo anterior llevaría a concluir que si una de las finalidades fundamentales que se busca alcanzar con la retención transitoria es proteger al propio individuo de eventuales peligros para su vida, integridad y otros derechos, el medio escogido por el legislador no sólo no garantiza que se brinde la protección deseada sino que comporta una amenaza – e incluso una nueva violación – de estos derechos. En efecto, el encerramiento en un lugar de detención no es una medida idónea para proteger al individuo en las condiciones tantas veces mencionadas, pues si bien logra conjurar algunos riesgos eventuales, apareja efectos ciertos que son contraproducentes para sus propios derechos. Por esta razón, la retención transitoria no parece la medida más adecuada para proteger todos los derechos fundamentales de una persona transitoriamente incapaz o altamente exaltada que requiere

de una medida de protección urgente y que, se reitera, no ha cometido falta alguna.

En los términos anteriores, incluso en situaciones de urgencia, – como la que daría lugar a la retención temporal de una persona ebria o exaltada con la finalidad de protegerla, deben ponerse en práctica todas las garantías constitucionales diseñadas para proteger derechos fundamentales cuya restricción o vulneración no encuentra justificación. En este sentido, sólo será idónea la medida de protección que efectivamente permita a la persona protegida comunicarse con sus allegados o con quien pueda asistirle, defenderse de una eventual arbitrariedad o de actos policiales que lo obliguen a declarar contra si mismo o contra terceras personas, o de agresiones de terceras personas que comparten su encerramiento. Adicionalmente, una verdadera medida de protección, supone la atención de autoridades civiles técnica o profesionalmente capacitadas para brindar el cuidado médico o psicológico requerido.

45. Ahora bien, es cierto que en principio, las autoridades de policía tienen no sólo la facultad sino el deber de proteger a personas puestas en situación de indefensión que pueden ser víctimas de distintas agresiones o que se han convertido en un riesgo potencial para derechos de terceras personas. Se trata por ejemplo de casos en los cuales la persona ebria decide lanzarse a una carretera de alta circulación o cuando la persona exaltada que se encuentra en disposición evidente de lesionar, por ejemplo, a los miembros más débiles de su familia. En estos casos las autoridades de policía deben poder contar con medidas eficaces para prevenir el daño y brindar la protección requerida. No obstante, tal y como pasa a explicarse, la medida que se estudia no sólo no es del todo idónea para brindar dicha protección sino que, en los términos en los cuales se encuentra diseñada, tampoco parece estrictamente necesaria. Con fundamento en los imperativos de racionalidad y suficiencia en la argumentación del juez constitucional, continúa la Corte el juicio de proporcionalidad de la medida estudiada.

Examen de necesidad de la retención transitoria: la medida estudiada, tal y como se encuentra regulada en la ley, resulta innecesaria dado que pueden existir otros medios menos lesivos de los derechos que sin embargo pueden alcanzar la finalidad de protección perseguida

46. Para que una medida de protección que se impone contra la voluntad del propio sujeto y

que termina afectando su derecho a la libertad personal resulte constitucional, se requiere demostrar que es estrictamente necesaria. En consecuencia, quien defiende la medida debe estar en capacidad de probar que la misma resulta ser imprescindible para alcanzar una finalidad imperiosa que no puede ser alcanzada por ningún otro medio menos costoso para los derechos fundamentales con el mismo grado de eficacia. Así las cosas, el juicio de necesidad exige evaluar, en primer lugar, el costo de la medida que se estudia.

47. Para determinar cuán onerosa resulta la medida de la retención transitoria, no es reiterativo recordar que se trata de una privación de la libertad en un establecimiento policial. El hecho de que se trate de una verdadera privación del derecho, en un establecimiento policial de retención transitoria (al cual son conducidas en igualdad de condiciones todas las personas capturadas por su presunta implicación en la comisión de delitos), llevada a cabo por orden de una autoridad de policía, sin que se exija motivar la decisión y sin que existan garantías adicionales para contrarrestar una posible arbitrariedad, es constitucionalmente relevante para definir el grado de afectación del derecho fundamental comprometido. En efecto, la afectación de la libertad personal será mayor entre menos garantías institucionales existan para evitar o contrarrestar la arbitrariedad en el uso de la fuerza contra el sujeto afectado.

48. En los términos anteriores se pregunta la Corte si existen otras medidas que pudieran satisfacer la finalidad de protección perseguida, con un costo menor que el que apareja la medida estudiada. El mismo Código de Policía menciona algunas de las medidas menos onerosas que el encerramiento en estación de policía, que podrían aplicarse en las circunstancias tantas veces descritas, para lograr la finalidad perseguida.

Una primera alternativa para proteger derechos de terceros y sacar a la persona ebria o gravemente exaltada de la situación de riesgo en la que se encuentra, puede consistir en restringir la libertad de circulación en el lugar de los hechos, como lo prevé el artículo 290, numerales 1º y 3º del C.N.P.. Esta norma faculta a las autoridades de policía para “amonestar en privado a quien riña o amenace a otros”. Y si tal amonestación no fuera suficiente, puede además la Policía “expulsar de sitio público o abierto al público a quien, en dicho establecimiento, riña o perturbe la tranquilidad”. Se trata de una alternativa igualmente orientada a evitar las alteraciones del orden público y, de manera mediata, el daño para derechos y bienes de terceros y del propio actor, pero que no implica su traslado y

confinamiento en una estación de policía, sino que se limita a restringir al individuo ebrio o exaltado, la libertad para circular o interactuar con otras personas en un sitio público donde su presencia en tales condiciones se hubiere convertido en una amenaza para la tranquilidad o la integridad de terceros y la suya propia. En definitiva, se trataría de una restricción transitoria del derecho a la libre circulación, sin encerramiento. Es esta, sin duda, una medida menos onerosa porque no lleva aparejada la privación de la libertad, es decir, la incomunicación de la persona, ni los riesgos de habitar con otras en una situación de encierro, entre otros. Asimismo, la actuación de los agentes del orden estaría expuesta a la mirada pública, lo que garantiza, de alguna manera, la interdicción de la arbitrariedad.

Otra alternativa, también consagrada en la ley y que sin duda cumple de mejor manera el objetivo de proteger al sujeto gravemente exaltado, consiste en que la Policía lo conduzca a su respectivo domicilio o al lugar privado de su preferencia en el cual pueda gozar de adecuada protección. Pese a que conducir a una persona altamente excitada a su domicilio, aún en contra de su voluntad, supone una restricción de su libertad y de sus derechos, esta medida es menos gravosa que la representada por el confinamiento en una estación de policía, toda vez que no queda incomunicado, se le respeta su derecho a la intimidad, de la misma manera que se le permite permanecer en condiciones más adecuadas para el despliegue de sus derechos, comparadas con las solitas privaciones a que se ven sometidos aquellos sujetos sobre los cuales recae el encerramiento –como ocurre en la retención transitoria-. Ahora bien, no desconoce esta Corte que una de las hipótesis de aplicación de la retención transitoria es justamente cuando la persona ebria no consiente en ser llevada a su domicilio, pero esta medida podría aplicarse a la segunda hipótesis y, en todo caso, obligaría a las autoridades de policía a intentar primero la conducción del sujeto al domicilio o al lugar en el cual pueda gozar de adecuada protección.

Finalmente, una alternativa menos costosa al encerramiento en un establecimiento policial, es la conducción de la persona alterada o ebria ante un funcionario civil (no policial) o judicial, con competencia técnica para proferir al sujeto la protección que requiere y al amparo de todos los controles que sobre este funcionario debe desplegar el Estado de derecho¹⁸. Se trata de una medida de protección que no apareja sanción alguna, que no esta acompañada de incomunicación ni comporta el sometimiento del sujeto a otros factores de riesgo, y que – dentro del un límite máximo razonable de las veinticuatro (24) horas – puede extenderse mientras el sujeto, en realidad, necesite la protección del Estado y no pueda

recibirla de una persona allegada o de un establecimiento privado de su elección. Dicha alternativa ha sido prevista por el propio legislador en casos como los que contempla el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuya virtud se permite atender al menor que se encuentra en situación de riesgo en centros de protección especializada¹⁹, o en aquellos casos en los cuales la persona se encuentra en estado de evidente incapacidad transitoria y debe ser conducida de inmediato a un centro médico o asistencial. En estos casos de urgencia, existiría una habilitación del Estado para restringir de manera transitoria – mientras se supera el estado de riesgo – la libertad de locomoción de la persona, pero de manera transparente y siempre al amparo de un funcionario imparcial que tenga la competencia técnica para brindar la atención requerida, dentro de un límite temporal definido y bajo la totalidad de los controles administrativos y judiciales consagrados en el ordenamiento jurídico para evitar conductas arbitrarias.

En todo caso, para que una medida de protección, como las que se imponen a un menor o a un incapaz permanente o temporal, pueda generar una restricción transitoria de la libertad se requiere la satisfacción de las reglas mínimas antes mencionadas, es decir: que se este ante una situación de urgencia que exija la intervención inmediata de la autoridad para evitar daños sobre los derechos del propio sujeto o de terceros eventualmente comprometidos; que efectivamente la persona requiera la protección prevista para garantizar sus derechos; que la policía se limite a conducir a la persona a la institución de protección de que se trate; que la situación de urgencia pueda ser verificada, en el término de la distancia, por el funcionario técnico, civil o judicial a quien se han conferido facultades de protección; que se respeten las formalidades legales para este tipo de actuaciones; que se produzca exclusivamente por los motivos previamente definidos en la ley; que en realidad se brinde la protección exigida y no se someta al sujeto a riesgos nuevos o adicionales; y que su duración se extienda exclusivamente mientras el sujeto se encuentra en situación o estado de riesgo y siempre que no exista otra medida, al alcance del funcionario administrativo o judicial competente, menos lesiva de sus derechos.

49. Ahora bien, si la conducta de una persona alterada da lugar a una contravención o un delito, lo que procede no es proteger a la persona comprometida sino iniciar el proceso de reproche. En estos casos, la Policía cuenta con las medidas específicas que el legislador ha considerado adecuadas para contrarrestar o prevenir el daño. Medidas que van desde la reprensión o la expulsión de un determinado lugar, hasta la captura en flagrancia por la

comisión del delito, incluso, en grado de tentativa. En estos casos, sin embargo, no se estaría ya ante una medida de protección y sería necesario aplicar entonces los estándares mínimos que la Constitución y los tratados internacionales establecen para prevenir o reparar el daño y, al mismo tiempo, garantizar el debido proceso y los restantes derechos del presunto infractor.

50. Como ya se mencionó, el principio de necesidad persigue que la búsqueda de eficacia en el mantenimiento del orden público no conduzca a la adopción fácil – pero ilegítima – de los medios más costosos para los derechos del individuo. Lo que se busca, como ya se ha señalado tantas veces, es que se implementen medidas que, al tiempo que garantizan eficacia instrumental (idoneidad) para el logro de una finalidad deseable, no sacrifiquen de una manera excesiva (es decir, innecesaria) otros derechos e intereses. Si en efecto en algunos casos de incapacidad – transitoria o permanente –, se imponen medidas de protección, la manera de hacerlo debe sacrificar apenas en la medida necesaria los derechos de aquél en quien recaen y debe poder compensar, en la atención o el cuidado requerido, la restricción de tales derechos.

En el presente caso, como se ha mencionado, dada la generalidad de las causales de retención, existen múltiples alternativas que permitirían de manera menos costosa para los derechos fundamentales, lograr la finalidad de protección perseguida. La conminación de la autoridad, la expulsión de lugar público, la conducción al domicilio de la persona o a un centro especializado de protección (como las comisarías de familia, las inspecciones de policía o los centros sanitarios), pueden ser medidas igualmente adecuadas para conjurar el riesgo eventual que ponen de presente las circunstancias que dan lugar a la retención.

La existencia de múltiples alternativas menos lesivas para los derechos de las personas y con un grado de eficacia similar para protegerla, conduce a reforzar las dudas sobre la constitucionalidad de la medida estudiada. Sin embargo, dada la importancia de la decisión que la Corte debe adoptar no sólo para el caso concreto, sino para aclarar algunos de los criterios constitucionales que deben guiar la elaboración de un nuevo estatuto policial, considera importante la Corporación hacer el análisis de proporcionalidad en sentido estricto de la medida demandada.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto de la retención transitoria. La medida

estudiada reporta un beneficio eventual en ciertas circunstancias. Sin embargo, tal y como se encuentra diseñada, en la practica puede causar un daño constitucional mayor al beneficio constitucional que efectivamente logra

51. Finalmente, compete a la Corte evaluar si los derechos e intereses que se protegen con la medida estudiada tienen, en el caso concreto, mayor peso (o valor constitucional) que aquellos que se sacrifican al ponerla en práctica. En otras palabras, debe la Corte evaluar si la privación de la libertad en estación de policía, hasta por 24 horas, por decisión de un funcionario de policía, a quien se encuentre ebrio y no consienta ser conducido a su domicilio o a quien este exaltado, supone un costo menor que el beneficio constitucional que efectivamente se alcanza con su aplicación. Es decir, si la medida de retención transitoria es proporcional en sentido estricto.

Dicho examen supone efectuar una ponderación entre los principios constitucionales que suministran razones tanto en contra como a favor de la constitucionalidad de la norma o medida enjuiciada. La estructura argumentativa de dicha ponderación viene dada por la regla en virtud de la cual entre mayor afectación a un derecho mayor tiene que ser la satisfacción del derecho que se busca proteger.

Según la doctrina y la jurisprudencia más especializada, para definir si el sacrificio de un derecho se encuentra justificado por la satisfacción de otros de igual o mayor importancia constitucional es necesario definir (i) la importancia e intensidad de la afectación del derecho comprometido (en este caso de la libertad personal y los derechos garantía que la rodean) y de la satisfacción del derecho protegido; (ii) el valor que, en abstracto, la Constitución le asigna a los distintos derechos comprometidos (la libertad personal y los derechos a la vida o a la integridad de terceras personas y del propio sujeto); y, finalmente (3) el grado de seguridad de las premisas empíricas que respaldan las razones a favor o en contra de la constitucionalidad de la medida (la certeza que en la práctica se puede tener sobre la afectación o la protección de los derechos en conflicto).

52. Para definir el grado de afectación del derecho a la libertad personal que se produce con la medida estudiada, es necesario recordar que la retención transitoria comporta una privación de la libertad por orden de una autoridad de policía. La medida consiste en el encierro de la persona ebria o exaltada en el mismo lugar en el cual son reclusos

transitoriamente quienes tienen orden de captura o quienes han sido capturados en flagrancia. De otra parte, la decisión de retener a la persona no se encuentra acompañada de garantías que en la práctica permitan evitar o controlar la arbitrariedad en el uso de la fuerza. En efecto, como ya ha sido mencionado, la orden de retención no es motivada, no hay recurso alguno ni intervención de funcionario judicial o administrativo distinto a los miembros de la fuerza pública, ni está claro que la persona tenga derecho a conocer las razones de la retención, a no dar declaración alguna y a comunicarse de inmediato y en forma permanente con sus familiares o con un apoderado de confianza. Así mismo, la retención puede darse por el lapso que el funcionario de policía estime conveniente siempre que no supere las 24 horas. Se trata, por lo tanto, de una intensa modalidad de restricción de la libertad personal, si se compara con otras limitaciones posibles de este derecho que cabría adoptar en una situación semejante, tales como la obligación de abandonar un establecimiento público, la conducción al propio domicilio o a un establecimiento sanitario o de protección especializada.

En las circunstancias anotadas, la restricción de la libertad personal lleva aparejada la afectación de otros derechos fundamentales, como el derecho a disponer de un recurso efectivo para evitar la arbitrariedad; a conocer las razones de la privación de la libertad y que estas reposen en documento escrito que pueda ser susceptible de control judicial; a no ser encerrado en lugar común con personas condenadas o sindicadas; a comunicarse con el exterior y recibir asistencia de familiares o amigos y defensa técnica de un abogado de confianza; en fin, al derecho de todo ciudadano a confiar, tranquila y seguramente, en que no será objeto de actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades. Esto aparte de los riesgos adicionales a los cuales puede estar sometida una persona que en grave estado de excitación o ebria es encerrada con otras personas en un establecimiento de retención transitoria.

En consecuencia, la medida enjuiciada compromete seriamente tanto el derecho a la libertad personal como el derecho a un recurso efectivo contra la eventual arbitrariedad y los derechos-garantía que en toda circunstancia deben ser asegurados a las personas objeto de retención policial.

53. Ante la intensa afectación de los derechos fundamentales que produce la retención transitoria, se pregunta la Corte cual es la intensidad (o el grado) con que dicha medida

contribuye al logro de la finalidad que persigue – la protección de derechos de terceros y del propio sujeto puesto en condición de riesgo – y, por ende, satisface los principios constitucionales que prima facie la respaldan.

Para determinar de manera más adecuada el nivel de satisfacción de los derechos cuya protección se persigue, es preciso considerar el grado de lesividad que representan los supuestos que dan lugar a imponer la retención. Cuanto más probable sea la lesión o amenaza de los bienes jurídicos que se busca proteger con la intervención policial, tanto más intensa será la contribución que ella preste a la protección de dichos bienes jurídicos. En sentido contrario, cuanto más remota sea la relación entre las conductas que habilitan la intervención policial y la lesión o amenaza de los bienes jurídicos que con ella se quiere proteger, menor será la intensidad con que tal medida contribuya a satisfacer los principios que ordenan la protección de dichos bienes.

54. Podría sostenerse que la retención transitoria de una persona embriagada o altamente exaltada conduce a evitar riesgos ciertos sobre derechos de terceros e incluso del propio sujeto retenido. Para fundamentar tal afirmación, podrían ponerse ejemplos importantes de comportamientos agresivos, violentos o simplemente temerarios de personas que se encuentren en alguno de los estados mencionados. Sin embargo, lo cierto es que las hipótesis fácticas que dan lugar a la retención son de tal amplitud y ambigüedad que en muchos casos no dan lugar a riesgo alguno. En consecuencia se vuelve desproporcionada la retención.

Así por ejemplo, el individuo que deambula en estado de embriaguez y no consciente ser llevado a su domicilio no representa, necesariamente, un peligro grave ni para si mismo ni para terceros. Sin embargo, tal y como esta regulada la figura, basta con que las autoridades policiales encuentren a una persona en este estado para que, si se niega a ser conducida a su casa, pueda ser encerrada en una estación de policía durante 24 horas. No se exige, por ejemplo, que las terceras personas cuyos derechos puedan resultar afectados estén determinadas o al menos sean determinables. Tampoco parecen relevantes las circunstancias en las cuales la persona retenida se encuentre, es decir, si esta fuertemente embriagada o en leve estado de alicoramiento; acompañada o sola; tranquila o exaltada; caminando o conduciendo; en un lugar seguro o en zonas de especial riesgo, etc.

En las condiciones descritas, la relación entre la adopción de la medida y la protección de los bienes que dice perseguir resulta, cuando menos, dudosa.

55. Por su parte, el segundo de los supuestos que, según la codificación policial, da lugar a retención transitoria, requiere que el alto grado de excitación pueda dar lugar a un “inminente” comportamiento punible. En esta hipótesis, el vocablo “inminente” denota un estado que aún es previo al comienzo de ejecución de un ilícito penal, pues de otra forma se estaría ante la comisión de un delito (al menos en grado de tentativa) frente a lo cual la policía esta autorizada para capturar a la persona, por verificarse el estado de flagrancia²⁰.

En consecuencia, la retención transitoria se orienta a evitar peligros posibles pero remotos para los bienes jurídicos de terceras personas, razón por la cual el grado en que dicha medida contribuye a la protección de tales bienes si bien resulta cierto, no puede considerarse especialmente intenso.

56. Finalmente, en las condiciones advertidas en los numerales anteriores, el grado de protección de los bienes jurídicos del propio infractor que se logra con la medida enjuiciada es aún menor. Para ello valgan las consideraciones efectuadas al señalar la dudosa idoneidad, e incluso el carácter contraproducente de la retención transitoria en estación de policía (en las circunstancias tantas veces descritas) en relación con la finalidad de protección del individuo sobre quien recae. Adicionalmente, las causales legales resultan de tal vaguedad que nada permite indicar que la persona en ese estado, en efecto, puede causarse a si misma un riesgo que en pleno uso de sus facultades mentales no estaría dispuesta a soportar.

57. En definitiva, la retención transitoria representa una afectación grave de la libertad personal y demás derechos fundamentales comprometidos en su ejecución y, pese a que tiene algún grado de eficacia, lo cierto es que no parece reportar equivalentes niveles de satisfacción de los bienes jurídicos que con su implementación se busca proteger.

58. Ahora bien, se pregunta la Corte cual es el valor que la Constitución le asigna a cada uno de los principios o derechos en tensión en el presente caso. Esta cuestión repara en el hecho de que no todos los bienes o derechos tienen la misma importancia, el mismo significado, para los participantes en la práctica constitucional. Así por ejemplo, una cosa es el derecho de un acreedor a ser llamado a un concurso de acreedores y otra, bien distinta, el derecho a

la vida o a la integridad personal. Para realizar esta ponderación no sobra recordar que el reconocimiento constitucional expreso de un derecho permite atribuirle un peso abstracto mayor del que pueda conferirse a aquellos derechos que surgen de decisiones legislativas autónomas. Un segundo criterio a considerar es aquél en virtud del cual cabe atribuir un mayor peso abstracto a los derechos fundamentales individuales respecto de los que protegen bienes no fundamentales. Finalmente, también cabe atribuir un peso abstracto mayor a una posición de derecho fundamental, cuanto mayor sea su grado de resistencia constitucional, esto es, cuanto más resistente resulte a la ponderación y cuantas mayores garantías haya dispuesto la propia constitución para asegurar su protección.

59. Conforme a los criterios anteriores, es posible afirmar que los principios o bienes constitucionales que se ven afectados con la medida estudiada están llamados a tener un elevado peso abstracto en la ponderación. En efecto, la retención transitoria compromete la libertad personal, un derecho fundamental cuya especial valía se ve reflejada en las cautelas que dispone la constitución para su protección: reserva legal en su regulación; reserva judicial en su privación; principio de estricta legalidad; hábeas corpus; prohibición de pena sin juicio previo; debido proceso (derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros contenidos); prohibición de penas de destierro y prisión perpetua, entre otras. Dado este conjunto de técnicas que el constituyente dispone para la protección del derecho a la libertad, se deduce desde una perspectiva abstracta el importante valor que se concede a este derecho.

Sin embargo, aunque por las razones señaladas en los argumentos anteriores no es posible determinar con absoluta claridad los derechos y demás bienes jurídicos que tiende a proteger la “retención transitoria”, es posible conceder – como de hecho se ha concedido en algunos apartes anteriores de esta decisión – que tal medida esté, en últimas, encaminada a la protección de derechos fundamentales con una importancia similar al de la libertad, como la vida o la integridad del sujeto protegido y de terceras personas. Así las cosas, cabe conferir a los principios constitucionales en juego una importancia material equivalente.

60. Resta entonces definir el grado de seguridad en torno a las premisas empíricas que respaldan los argumentos a favor y en contra de la medida enjuiciada. Con este análisis se quiere dar relevancia al hecho de que no siempre los fundamentos fácticos (o premisas empíricas) que respaldan los argumentos a favor o en contra de la medida, tienen el mismo

grado de confiabilidad, y que tal diferencia ha de ser considerada al momento de asignar el peso a cada uno de los principios que intervienen en la ponderación. En efecto, como ya se mencionó, entre más intensa sea la afectación de un derecho fundamental, mejores razones materiales, ciertas y confiables, debe tener la autoridad para demostrar el beneficio que tal restricción persigue alcanzar.

61. Los fundamentos jurídicos anteriores demuestran el carácter remoto (o abstracto) del daño que se pretende evitar. Asimismo, ponen de presente serias dudas acerca de la idoneidad de la retención transitoria (en la condiciones antes mencionadas) como medida para proteger al propio individuo sobre quien recae, si se considera que con ella se le expone a una lesión de sus derechos más cierta y a peligros nuevos y adicionales. Finalmente, la seguridad de las premisas que sustentan la necesidad de la medida enjuiciada sufre un serio menoscabo por la comprobada existencia de alternativas, sin duda menos lesivas, y sin embargo igualmente eficaces para alcanzar la finalidad perseguida.

Todo ello permite considerar que, en relación con la afectación grave y cierta, no meramente eventual, de la libertad personal y demás derechos comprometidos con la retención transitoria, la calidad de las premisas empíricas que sustentan las razones a favor de la intervención no satisface el criterio antes expuesto. En otras palabras, nada permite a esta Corte considerar que, en el caso que se estudia, la fuerte intensidad en la afectación de derechos fundamentales (como la libertad personal) apareja la seguridad en la protección de los derechos que dicha medida pretende resguardar.

62. En definitiva, si bien para la Constitución los derechos enfrentados en el presente caso tienen un valor abstracto similar, lo cierto es que la fuerte restricción del derecho a la libertad personal que tiene lugar con la aplicación de la medida estudiada, no conduce necesariamente a asegurar una mejor y mayor protección de los derechos de terceros y de la propia persona protegida. En efecto, como ha sido mencionado, las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor de la constitucionalidad de la medida no cuentan con el grado de seguridad que se requiere para apoyar una intervención cierta y especialmente intensa en derechos fundamentales como la que representa la retención transitoria.

Por las razones expuestas, es decir, porque no resulta claro que la medida sea idónea para proteger a quien en estado de incapacidad transitoria requiere una protección especial;

porque existen medios que, con una idoneidad equivalente a la retención transitoria, sacrifican en menor medida otros valores y principios constitucionales; y porque además se trata de un caso en el cual la medida afecta bienes particularmente valiosos en aras de evitar un daño sobre el que, en estricto sentido, no se tiene certeza; la Corte concluye que la retención transitoria, tal y como se encuentra regulada y entendida como una medida de protección, resulta inidónea, innecesaria y desproporcionada en relación con los fines que persigue. En consecuencia, tanto el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970 y en la expresión “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando” , contenida en el artículo 207 del mismo decreto deben ser declaradas inconstitucionales. Sin embargo, la Corte no declarará la inexecutable de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 186 del CNP, pues la medida de la retención transitoria regulada de manera diferente a la forma como se regula en el actual Código y siempre que incorpore la totalidad de las garantías constitucionales puede resultar ajustada a la Constitución.

Estudio de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad y de las alternativas existentes para no desproteger los derechos constitucionales fundamentales que la norma estudiada persigue proteger

63. Como ha sido reiteradamente expuesto, existen algunas hipótesis en las cuales se requiere con urgencia la intervención de las autoridades administrativas para evitar que personas embriagadas o altamente exaltadas pongan en riesgo sus derechos o derechos de terceros. En estos casos, las autoridades de policía podrían acudir a cualquiera de las medidas alternativas que fueron mencionadas en Fundamentos anteriores de esta decisión o a las otras que se encuentren consagradas en las normas de policía. Una de tales medidas, la más extrema, es la conducción de la persona a un centro de protección. Como ya fue mencionado, esta medida sólo puede ser adoptada en casos absolutamente urgentes en los cuales no exista ninguna otra medida alternativa que sirva para proteger derechos fundamentales de la importancia del derecho a la libertad que se restringe. Se trata, por ejemplo, de proteger a personas que deambulan habiendo perdido la conciencia o que se encuentran evidentemente en un estado de incapacidad transitoria que las hace altamente vulnerables. Sin embargo, en estos casos la persona debe ser puesta en lugar idóneo para brindar la protección requerida y en todo momento debe ser advertida de sus derechos. Adicionalmente, debe poder comunicarse de manera permanente con sus allegados o con un

apoderado – si así lo considera – y la decisión policial debe estar ampliamente motivada y ser comunicada de inmediato a los allegados de la persona afectada y a una autoridad civil encargada de velar por los derechos de esta persona. Sólo de esta manera se garantiza que la actividad de protección no de lugar a actuaciones arbitrarias que incluso terminan afectando drásticamente la propia legitimidad de las instituciones comprometidas.

64. Ahora bien, podría sostenerse, no sin razón, que la policía no cuenta con las facultades de protección que han sido mencionadas. En efecto, para casos en los cuales es absolutamente necesario y urgente conducir a la persona que no ha perdido del todo la conciencia a un lugar de protección, las autoridades administrativas solo parece tener a su disposición la medida consistente en la retención transitoria. En consecuencia, dado el diseño de las normas de policía actualmente vigente, al expulsar a las disposiciones demandadas del ordenamiento jurídico las autoridades quedarían sin facultades para poder proteger en casos urgentes y necesarios a personas puestas en situación de riesgo cuya protección no puede, bajo ninguna circunstancia, ser conferida in situ.

En estas circunstancias, se impediría la protección de una persona que se encuentra en situación de evidente peligro o que ha puesto en serio peligro derechos de los demás. Se trata por ejemplo, del caso ya mencionado de la persona con un alto – y evidente – grado de alicoramiento y que deambula solitaria en una zona altamente peligrosa, o de la persona ebria que se lanza sistemáticamente a una avenida de amplia circulación o que tiene un comportamiento público altamente agresivo y no respeta la conminación policial. En estos casos puede pasar que la conminación resulte infructuosa y que no exista otra medida eficaz para proteger a la persona puesta en situación de riesgo. En consecuencia, si ninguna medida in situ fuera suficiente para conjurar el riesgo y las normas demandadas se declararan inexecutable, las autoridades no tendrían otro remedio que permanecer todo el tiempo acompañando en su deambular al sujeto o al grupo concernido. Sin embargo, la Corte no puede dejar de reconocer que en algunas circunstancias, dada la escasez de recursos y la dificultad evidente de disponer de personal suficiente, así como la necesidad en algunos de estos casos de brindar a la persona atención especializada que no puede ser conferida en el lugar de los hechos, la alternativa mencionada resultaría inviable o insuficiente.

La decisión de proferir un fallo diferido pero condicionado al respeto de ciertas salvaguardas mínimas de la libertad y otros derechos fundamentales

66. En casos anteriores la Corte Constitucional ha encontrado necesario diferir sus decisiones de forma tal que la sentencia sólo surta efectos a partir del vencimiento de un plazo fijado por la Corte para que el legislador pueda conjurar las consecuencias constitucionalmente indeseables de retirar del ordenamiento jurídico la norma estudiada. La Corte ha explicado como sigue el fundamento de su competencia para proferir fallos con efectos ultra-activos:

“Para responder a ese interrogante, es necesario tener en cuenta que es doctrina reiterada de esta Corte que el juez constitucional no está atrapado en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad en forma inmediata (sentencia de inexecuibilidad), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En tales circunstancias, no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexecuibilidad, por la sencilla razón de que puede ocurrir que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales.²¹

67. En cuanto hace a las exigencias que debe cumplir la Corte para el ejercicio de esta atribución, la jurisprudencia se ha manifestado en los siguientes términos:

“(L)a Corte Constitucional puede legítimamente recurrir a una sentencia de constitucionalidad temporal, siempre y cuando (i) justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca claramente en el expediente que la declaración de inexecuibilidad inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) el juez constitucional debe explicar por qué es más adecuado recurrir a una inexecuibilidad diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento. Finalmente, y como es obvio, (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende,

en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales”²²

68. Al respecto, vale la pena recordar algunos casos en los que la Corte ha estimado no solo prudente sino necesario diferir los efectos de su decisión y conceder un plazo al legislador para que este, en ejercicio de su potestad de configuración, conjure los efectos nocivos de una declaración de inexecutable pura y simple.

En un caso también de trascendencia para las garantías constitucionales de la libertad, la Corte declaró la inexecutable de varias disposiciones que regulaban la institución del hábeas corpus, por encontrar que se había desconocido el trámite estatutario que se exige para los derechos fundamentales. Sin embargo, para no eliminar del ordenamiento el régimen del hábeas corpus, estimó necesario aplazar temporalmente los efectos del fallo y conceder al Legislador el tiempo requerido para tramitar la correspondiente ley estatutaria²³.

Esta misma solución fue adoptada por la Corte en relación con las normas del Estatuto Financiero que consagraban la fórmula de cálculo del UPAC, declaradas inexecutables mediante Sentencia C-700 de 1999. En dicha Sentencia la Corte suspendió los efectos de la declaratoria de inexecutable de las normas, pues consideró necesario garantizar un tránsito normativo sin los traumatismos económicos que causaría la inexecutable pura y simple de las normas relativas al Sistema UPAC. Esto, a pesar de la absoluta incompetencia que tenía el Gobierno Nacional para su expedición, circunstancia que precisamente precipitó la declaratoria de inexecutable²⁴.

Poco tiempo después²⁵, se adoptó una decisión similar, al proferir la inexecutable del numeral tercero del artículo 121 del Decreto Ley 663 de 1993, así como la de la expresión “que contemplen la capitalización de intereses” contenida en el numeral primero de la norma en mención en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo, cuya inexecutable definitiva quedó suspendida hasta el 20 de junio de 2000, plazo originalmente otorgado por la Sentencia C-700 de 1999 para la expedición de un nuevo régimen legal para la financiación de créditos para la adquisición de vivienda.

En una decisión posterior (Sentencia C-1541 de 2000²⁶), la Corte declaró la inexecutable del artículo 12 del Código Procesal del Trabajo, por consagrar un régimen diferenciado de competencias –tanto en términos de instancias como de cuantías– en la jurisdicción laboral que resultaba violatorio del derecho a la igualdad. En esta ocasión, la Corte decidió diferir los efectos del fallo, para dar lugar a que el Legislador, dentro de su órbita de competencias, llenara el vacío que en materia de jurisdicción laboral generaba su decisión²⁷.

En el año 2001²⁸, nuevamente la Corte optó por diferir los efectos de un fallo, ante los traumatismos constitucionales que podría causar una decisión de inexecutable pura y simple. En dicha oportunidad, la Corte declaró la inexecutable del régimen legal de los corregimientos departamentales en las antiguas intendencias y comisarías contenido en el artículo 21 del Decreto 2274 de 1991. La Corte optó por una sentencia diferida por estimar que de ser declarada inexecutable en forma pura y simple la norma acusada se generaría un vacío legal traumático, pues los entes territoriales, entonces corregimientos departamentales, quedarían sin ningún régimen jurídico que les fuera aplicable. También advirtió la Corte que en ese caso la decisión a seguir era la del fallo diferido y no la de la modulación de la sentencia, pues encontró que el Legislador podía regular la situación de los corregimientos de múltiples maneras, al tratarse de un tema complejo en el cual la facultad de configuración que se reconoce al Legislador es de carácter amplio. En este orden de ideas le concedió el plazo de dos legislaturas, plazo que la Corte encontró suficiente en atención a la materia que requería regulación y a la prioridad del tema para los nuevos departamentos.

Posteriormente, con ocasión del estudio de una norma sobre distribución de regalías, la Corte, al constatar la vulneración de varios principios que regulan el trámite de formación de las leyes, consideró pertinente declarar la constitucionalidad temporal de la norma estudiada. A juicio de la Corte, una decisión de inexecutable simple podría generar efectos inconstitucionales que se debían precaver, relacionados con la ausencia de un régimen de regalías petroleras y las consecuencias nocivas de tal situación para la seguridad jurídica en la actividad de explotación petrolera, representativa del 35% de las exportaciones²⁹.

69. Como se dejó anotado en un fundamento anterior, la justificación para diferir el fallo en esta oportunidad radica en la necesidad de proteger valores, principios y derechos constitucionales que, de ser otra la decisión, podrían verse seriamente comprometidos. En efecto, la decisión de diferir los efectos de la presente sentencia se fundamenta en la

necesidad de no dejar a las personas puestas en situación de riesgo, huérfanas de una medida de protección que, a pesar de las deficiencias anotadas en punto de su constitucionalidad -que se resuelven temporalmente al condicionar la decisión -, resulta ser la única que en el diseño actual del régimen de policía sirve para prevenir graves afectaciones de sus derechos fundamentales en casos de urgencia y extrema necesidad. Adicionalmente, dada la ausencia de expresas facultades de protección para casos de urgencia, una decisión de inexecuibilidad con efectos inmediatos, por otra parte, podría impulsar a la policía a calificar como delito en grado de tentativa conductas agresivas o temerarias de personas que se encuentren en estado de embriaguez o excitación a fin de poder retener a la persona y evitar la consumación de un daño del cual luego el Estado podría ser responsable por omisión o deficiente protección.

70. Siguiendo las reglas antes mencionadas, se pregunta la Corte si en este caso existe otra medida, distinta a la constitucionalidad temporal de la norma estudiada, que permita la protección de los bienes constitucionales mencionados en el Fundamento anterior.

En el caso actual una sentencia integradora no es adecuada para resolver los problemas de constitucionalidad advertidos en las normas estudiadas. En efecto, de una parte, en la decisión a la que se ve abocada hoy la Corte, no basta simplemente con señalar cuál de las posibles interpretaciones es la que resulta constitucional para que el ejercicio de la facultad cuestionada sea compatible con el ordenamiento jurídico. Como ha quedado explicado, no se trata en este caso de un problema de interpretación normativa sino de un inadecuado diseño institucional. Tampoco resulta posible o conducente introducir una cláusula o condición permanente que torne la atribución en constitucional. En estas materias, corresponde al legislador y no a la Corte Constitucional establecer la reglamentación que de manera permanente permita, al mismo tiempo, que la policía cumpla con la finalidad de protección para la cual ha sido creada, pero en condiciones adecuadas que garanticen con certeza que esas facultades no serán utilizadas para fines distintos a los establecidos por la Constitución ni ejercidas de manera arbitraria o desproporcionada. En este campo, como lo ha reiterado la Corte, existe un amplio espectro de posibilidades regulatorias y por lo tanto una amplia potestad de configuración legislativa que, en todo caso, debe ser ejercida dentro de los límites y lineamientos trazados por la Constitución.

71. Ahora bien, en el presente caso, la decisión de diferir los efectos de la sentencia de

inexequibilidad se somete al cumplimiento de un término máximo razonable para que el Congreso de la República pueda regular esta materia bajo los parámetros de respeto a las garantías y derechos constitucionales ya señalados. Ese término, que habrá de culminar al vencimiento de la presente legislatura, es decir el 20 de junio de 2008, es suficiente para el trámite de una normatividad de policía que las mismas autoridades reconocen ha dejado de ser adecuada para la atención de las exigencias actuales que supone la convivencia ciudadana. En este sentido, la Corte conmina al Congreso a no dilatar más una urgente e inaplazable decisión legislativa para adecuar las normas de policía al derecho constitucional vigente.

72. No obstante lo dicho en punto a la imposibilidad de proferir una sentencia integradora, en el presente caso la decisión diferida tiene que estar acompañada de una serie de salvaguardas temporales destinadas a asegurar que durante el corto tiempo de vigencia de las disposiciones estudiadas, las mismas serán aplicadas dentro de las garantías mínimas que la Constitución establece. En efecto, si bien corresponde al legislador la definición del régimen nacional de policía, lo cierto es que al dejar vigentes las disposiciones estudiadas, incluso si es por corto tiempo, la Corte debe poner de presente las condiciones mínimas para que su aplicación resulte constitucionalmente admisible. Sin embargo, no sobra mencionar que las condiciones constitucionales que es necesario establecer para que el ejercicio de la retención transitoria resulte temporalmente admisible, no resuelven de hecho todas las complicaciones y necesidades que se desprenden del ejercicio de esta atribución, como por ejemplo, la necesidad de determinar lugares idóneos para ofrecer una real protección de las personas que necesiten atención urgente e inmediata para superar la situación de riesgo en la que se encuentran. Estas salvaguardas exigen un diseño institucional que no corresponde a la Corte sino al Congreso en ejercicio de la facultad de configuración que la Constitución le reconoce.

73. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte se ve compelida a dictar una sentencia condicionada –pues señala unos parámetros de actuación y unas exigencias a las autoridades que si bien surgen de la Constitución no se encuentran previstas actualmente en la normatividad de policía- y a aplazar los efectos de la decisión de inexequibilidad, para permitir que sea el Legislador quien, en ejercicio de su competencia, regule de manera permanente, en términos claros y suficientes, la materia objeto de estudio. En todo caso, cualquier regulación debe resultar coherente con los Pactos Internacionales de Derechos

Humanos y las garantías constitucionales, como se dejó anotado en los fundamentos anteriores de esta sentencia.

74. En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo establecido en los fundamentos anteriores, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario para proteger a una persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo. Si existe cualquier otra medida de protección al alcance de las autoridades, deberá preferirse esta última, so pena de incurrir en abuso de autoridad. Esta situación debe quedar clara, expresa y suficientemente motivada en informe escrito que de inmediato deberá ser rendido por la autoridad que ordena la retención y presentado inmediatamente a la persona retenida y al Ministerio Público para su conocimiento. El retenido, sin importar el estado en el que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata no sólo de las razones de la retención sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de comunicarse de inmediato con una persona que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir ni firmar ningún documento o declaración que lo comprometa; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos; etc. Adicionalmente, toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no está dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta. Así mismo, la persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el Estado en el que se encuentre y a ella se le permitirá comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo para cualquier efecto. En todo caso, la retención sólo puede tener lugar mientras la persona supera el estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas. El retenido – directa o indirectamente – debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad. Adicionalmente, mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que está siendo objeto de protección y que se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados – por cualquier razón – y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión. Los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atiende a su condición. De esta manera se pretende

garantizar que, al menos durante la corta vigencia de esta medida, la misma no pueda ser utilizada de forma abusiva o desproporcionada y que pueda ser objeto inmediato de control judicial. Lo que se persigue, en últimas, es que todas las personas en Colombia tengan la tranquilidad de que la fuerza policial no será arbitrariamente utilizada en su contra. Esta tranquilidad, como es obvio, refuerza de manera decisiva la legitimidad del Estado y sus instituciones.

La necesidad de establecer un nuevo régimen general de policía acorde con las normas constitucionales vigentes

75. En los casos en los cuales la Corte no ha tenido otra alternativa distinta a la de ordenar diferir los efectos de su fallo, la decisión se acompañó de un exhorto al Legislador para que, en un determinado plazo -variable según la naturaleza del asunto objeto de regulación-, profiriera una nueva reglamentación legal, acorde con los postulados constitucionales.

Sobre el exhorto y su significado en derecho constitucional ha dicho esta Corporación³⁰:

“El exhorto no debe entonces ser visto como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas. En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece mecanismos de cooperación entre los órganos del Estado a fin de asegurar la fuerza expansiva de los derechos constitucionales. Así, por no citar sino un ejemplo, la propia Constitución establece que el Procurador General de la Nación deberá “exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes”. No es extraño que la Corte Constitucional pueda exhortar al Congreso para que adecue el orden legal a la Constitución en materia de derechos constitucionales.

Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna una innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del Legislador. Esto explica que la mayoría de los tribunales constitucionales establezcan formas similares de exhortos con el fin de armonizar tales principios y tomar en cuenta los efectos sociales de las decisiones

constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha adoptado estos exhortos bajo la forma de “resoluciones de aviso” o “admonitorias”³¹. En el mismo sentido ha actuado, en determinados casos, el Tribunal Constitucional Español³².”

76. En el presente caso la Corte exhortará al Congreso de la República para que en ejercicio de su potestad de configuración, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución. En el aparte que sigue de esta providencia se explican las razones por las cuales la Corte adopta esta decisión. En todo caso no sobra precisar que la Corte también ha realizado exhortos al Legislador cuando quiera que encuentre necesario que se reglamente un tema sobre el cual el Congreso no se ha pronunciado, y que lleva a la Corte a fijar parámetros en ausencia de la actividad legislativa³³. No obstante, esos son casos distintos al que ocupa hoy a la Corte, en el cual existe una legislación sobre la materia pero esta sin embargo, tal y como se demuestra en la jurisprudencia de la Corte que abajo se relaciona in extenso, compromete seriamente importantes valores, principios y derechos constitucionales.

77. El denominado Código Nacional de Policía esta integrado por un conjunto de disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades delegadas por el Legislador, cuyo núcleo está constituido por el Decreto 1355 de 1970. Como se explica brevemente a continuación, se trata de un conjunto de disposiciones dictadas para un momento histórico, político y jurídico, muy distinto al actual y por lo tanto merecen ser revisadas para adecuarlas, cuando menos, al derecho constitucional vigente.

El derecho de policía elaborado al amparo del derecho constitucional anterior a 1991 sigue naturalmente las pautas valorativas y principialista del antiguo régimen y no del derecho constitucional actual. Al respecto, no sobra recordar que la Carta de 1991 gira en torno a la persona humana y a sus derechos fundamentales como factor esencial de cohesión y cooperación social. El giro copernicano del derecho constitucional, según el cual el centro del ordenamiento es la persona y sus derechos no la autoridad, pone de presente la necesidad de revisar normas preconstitucionales informadas esencialmente por los valores y principios del régimen anterior. Algunas de esas normas, probablemente aquellas que necesitan una más urgente revisión, son las normas dirigidas al mantenimiento del “orden público”, como las normas de policía.

En efecto, en la actualidad, el derecho de policía debe estar informado, cuando menos, por las más esenciales garantías de la libertad y los otros derechos fundamentales. En ese sentido, hoy ya no parece constitucional la existencia de normas abiertas o en blanco que en la práctica permiten que las autoridades policiales definan, según su criterio, las circunstancias concretas que pueden dar lugar a una actuación represiva³⁴. Tampoco se ajusta a la Constitución la existencia de facultades policiales sancionatorias que aparejan restricciones a la libertad personal sin previa orden judicial³⁵. Finalmente, ninguna actuación (como quiera que se le denomine, preventiva, represiva, de protección, sancionatoria etc.) que afecte materialmente los derechos de una persona, puede adelantarse sin que existan garantías legales destinadas a asegurar la interdicción de la arbitrariedad³⁶.

En suma, como ya lo ha reiterado la Corte, las actuaciones policiales deben estar regidas por los principios constitucionales de legalidad y reserva judicial y por las garantías suficientes para asegurar la defensa del sujeto frente a una eventual arbitrariedad. En este sentido no puede olvidarse que según el principio de estricta legalidad, solo el legislador puede definir las circunstancias de aplicación de una medida restrictiva de derechos fundamentales y según la reserva judicial, sólo los jueces – por las garantías de imparcialidad y autonomía que les son propias – pueden imponer sanciones restrictivas de los derechos fundamentales, en particular, sanciones que afecten o comprometan el derecho a la libertad personal. Pocas cosas repugnan más al Estado de derecho que la confusión de funciones legislativas, judiciales y ejecutivas en un órgano de la administración que no sólo tiene el poder de usar directamente las armas sino cuyas funciones tienen permanente relación con las libertades más esenciales de la persona.

Finalmente, una revisión del derecho de policía actual tal y como ha ido quedando luego de las decisiones de la Corte, permite advertir que la mayoría de sus instituciones carecen tanto de garantías como de instrumentos idóneos para una adecuada y eficiente actuación policial. En particular en cuanto se refiere a las medidas a disposición de la autoridad, la Corte ha podido constatar que se trata de disposiciones que oscilan entre dos extremos: o son, en realidad, ineficaces (como las multas irrisorias e inexigibles)³⁷ o, por el contrario, se convierten en medidas que pueden dar lugar fácilmente a lesivas actuaciones arbitrarias (como la retención transitoria). Sin embargo, el Código no desarrolla un sistema que sirva para prevenir de manera eficiente y garantista los derechos de las personas.

Por las razones anteriores, – tal y como lo demuestra la jurisprudencia constitucional que adelante se cita in extenso –, el derecho de policía fundado en la concepción axiológica y principialista del régimen constitucional anterior tiene serios problemas para adecuarse al derecho constitucional actual. Pero adicionalmente, no puede dejar de advertir la Corte que el grado de urbanización y desarrollo social del país, muy distinto a aquél que caracterizaba la composición y distribución de la población colombiana en el año de 1970, la consolidación de amplios centros urbanos con permanente migración de población, la multiplicación de áreas, actividades y establecimientos públicos propiciados por el desarrollo económico, la mayor densidad residencial, las muy diversas dinámicas de interrelación social y comunitaria, el descomunal avance de la ciencia y la tecnología, entre muchos otros datos relevantes, son indicadores de la necesidad de adecuar a las realidades actuales las antiguas normas de policía.

En suma, frente a las normas de policía se advierte tanto una pérdida de sincronía con el fenómeno que deben regular, como una ausencia de conformidad con el paradigma constitucional vigente.

78. De todo lo anterior pueden dar fe los numerosos fallos que ha proferido la Corte Constitucional en relación con disposiciones del llamado Código Nacional de Policía. La mayoría de los fallos de inexequibilidad o de exequibilidad condicionada tienen que ver con el derecho a la libertad personal. En este sentido, el régimen de protección de la libertad personal en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución es opuesto a las amplias e imprecisas facultades de restricción a la misma que se consagran en la normatividad nacional de policía.

Con el objetivo de aclarar un poco más las afirmaciones anteriores resulta relevante recordar las decisiones de la Corte sobre el CNP y poner de presente la situación de debilidad estructural en que ha quedado el Decreto 1355 de 1970 a raíz de los sucesivos fallos proferidos por este Tribunal³⁸. Con tal propósito, en la parte que sigue de esta providencia se recuerdan las decisiones de la Corte en esta materia siguiendo no el orden en el cual estas fueron proferidas, sino el orden sucesivo de las normas del CNP sobre las cuales la Corte se pronunció.

A través de la Sentencia C-024 de 1994 la Corte declaró exequible el literal a) del artículo

5639 del Código Nacional de Policía, 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, al considerar que dicha norma se encontraba amparada, transitoriamente, por lo dispuesto en el artículo 28 transitorio de la Constitución Política de 1991. La Corte también consideró que el aparte “o en reglamento de policía” del artículo 5740 del Decreto 1355 de 1970, contravenía la Constitución Política de 1991, por lo cual lo declaró inexecutable.

La Corte advirtió que la afectación de la libertad personal e inviolabilidad del domicilio, exige el respeto estricto de las formalidades legales, la existencia de un motivo previamente definido en la ley (estricta legalidad) y la observancia plena del debido proceso. El mencionado principio universal de legalidad, indicó la Corte, restringe a la ley la definición de las circunstancias en que el hecho punible -delito o contravención-, amerita la privación de la libertad a una persona y autoriza únicamente a las autoridades judiciales para ordenar la privación de la libertad de una persona o el registro de su domicilio.

Poco después, tras una nueva demanda contra el citado literal a) del artículo 56 del Decreto 1355 de 1970, la Corte consideró que, al ser el fundamento de del fallo de constitucionalidad anterior un artículo transitorio, la cosa juzgada era relativa y podía realizar un nuevo juicio de constitucionalidad. En esta ocasión, mediante la Sentencia C-176 de 2007 la Corte declaró la exequibilidad condicionada del literal acusado, al considerar que en el actual sistema jurídico colombiano, por regla general, la autoridad judicial, cuya competencia está determinada por la ley, es la única facultada para privar legítima y válidamente la libertad de las personas. Por consiguiente, la Corte integró el artículo 28 de la Constitución al literal a) del artículo 56 del Código de Policía, acusado, de tal manera que la expresión “autoridad competente” prevista en ese literal se debe entender referido a la “autoridad judicial competente”. La Corte indicó que, si bien la Constitución de 1886, que sirvió de fundamento a esta norma demandada, permitía que otras autoridades, distintas a la judicial, como las autoridades de policía en el caso bajo estudio, ordenaran válidamente la privación de la libertad, tal supuesto constitucional había sido radicalmente modificado.

Por otro lado, esta Corporación en Sentencia C-176 de 2007, decidió condicionar la exequibilidad del artículo 5841 del Código Nacional de Policía, en el entendido que se requiere que exista mandato previo de autoridad judicial competente para que la Policía

pueda privar a una persona de la libertad. A juicio de la Corte, si no existiera orden judicial previa a la privación se quebraría el principio de reserva judicial previsto en el artículo 28 de la Constitución y en el Acto Legislativo 03 de 2002.

Con el mismo fundamento del artículo 28 de la Constitución, que consagra el principio de reserva judicial para legitimar la restricción de la libertad física, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 6242 del Código Nacional de Policía.

La Corte consideró en dicho fallo que la voluntad del constituyente estuvo claramente dirigida, en primer lugar, a señalar el mandato de autoridad judicial competente como elemento previo y esencial dentro del conjunto de requisitos exigidos para la privación legítima de la libertad y, en segundo lugar, a suprimir la posibilidad de que el ejecutivo ordenara la retención de las personas, con lo que resultaba inadmisibles la captura dispuesta por orden de autoridad administrativa. En consecuencia, decidió que la captura por orden administrativa consagrada en el segundo inciso del artículo 62 del Código de Policía resultaba contraria a los artículos 28 y 250 de la Constitución.

Por vulnerar el artículo 28 de la Constitución Política, la Sentencia C-237 de 2005 declaró inexecutable el artículo 6943 del Decreto ley 1355 de 1970, pues esta norma permitía la captura de una persona por el incumplimiento de una orden de comparendo, que no es cosa diferente a una orden administrativa emitida por la Policía Nacional, y no por una autoridad judicial competente como lo exige la Constitución Política de 1991.

La Sentencia C-850 de 2005, por su parte, declaró inexecutable el inciso 1º del artículo 7044 del Decreto ley 1355 de 1970, que permitía que al testigo de una contravención se le trasladara ante el jefe de policía a través de la fuerza. La Corte estimó que dicho traslado a la fuerza era una clara privación del derecho a la libertad, que por su carácter de derecho fundamental, sólo puede ser limitado por orden de autoridad judicial. El inciso 1º del artículo 70, por el contrario, dejaba al arbitrio de una autoridad administrativa, en este caso de las autoridades de policía, la conducción a la fuerza de los testigos que hubieran presenciado una contravención, situación que originaba una privación de la libertad violatoria del artículo 28 constitucional, relativo al principio de reserva judicial como fuente de restricción de la libertad personal.

Respecto a las disposiciones que se refieren al Capítulo XIII, denominado “De las

contravenciones especiales con respecto a la tenencia de ejemplares caninos”, esta Corporación a través de la Sentencia C-692 de 2003, declaró la inexecutable del artículo 108G45 y del aparte “en las vías públicas, lugares abiertos al público y en las zonas comunes de edificios o conjuntos residenciales” del artículo 108H46.

En cuanto al artículo 108G, la Corporación sostuvo que la medida impuesta a los menores de edad que prohíbe el ejercicio del derecho de propiedad sobre animales caninos de alta peligrosidad, no era una medida adecuada ni legítima para su protección. A juicio de la Corporación no es cierto que por el hecho de impedirse a los menores tener el dominio de estos animales, se limite el contacto permanente y la manipulación de animales de alta peligrosidad. Además, concluyó, como lo ha establecido la legislación civil, “la titularidad del derecho de propiedad no se encuentra ligada, necesariamente, a la posesión o tenencia del bien de que se trata. De allí que el menor pueda ser propietario del perro sin enfrentar peligro alguno. Es así que no debió ser el título de dominio lo que debió ser objeto de restricción, sino las relaciones de orden material y fáctico que ponen a los menores en contacto con animales de alto riesgo. Es ésta la protección que debe dispensar el legislador a favor de los menores de edad, razón por la cual resulta inexecutable -por inapropiado- que aquél sólo prohíba a los niños el derecho de propiedad sobre estos animales.”

Ahora bien, en relación con el aparte “en las vías públicas, lugares abiertos al público y en las zonas comunes de edificios o conjuntos residenciales” del artículo 108H adicionado al Decreto ley 1355 de 1970, la Corte sostuvo que la prohibición a los menores de la tenencia de estos perros en lugares públicos no resultaba acorde con la protección que se desprende del texto constitucional. A juicio de la Corte es obligación proteger en toda circunstancia, a los menores de edad de los daños que la crianza de este tipo de mascotas pudiere ocasionar en su integridad física y en la de las personas que con ellos conviven, o con las que simplemente coinciden en el espacio físico. “La protección sería incompleta si por voluntad de la ley se permitiera a los menores la manipulación, crianza, tenencia y posesión de estos animales con la única condición que no fuera en un sitio público”.

Por otro lado, la Corte decidió, en la Sentencia C-643 de 1999, que el aparte “y también de apelación ante el respectivo Gobernador” del artículo 13247 del Decreto ley 1355 de 1970, era contrario a la Constitución, toda vez que en la previsión del recurso de apelación contra las resoluciones de los alcaldes de restitución de bienes de uso público se desconocía la

autonomía de las autoridades municipales.

En el Capítulo relacionado con los espectáculos públicos, esta Corporación, mediante Sentencia C-1175 de 2004, declaró inexecutable el aparte “y un representante de la Curia Arquidiocesana de Bogotá” del artículo 15248 y el artículo 15349 del Código Nacional de Policía. En la referida sentencia la Corte sostuvo que “el carácter laico del Estado colombiano hace que la Corte encuentre contrario a la Constitución la participación obligatoria (derecho de representación) de una religión en una instancia de decisión estatal. No obstante esto, tratándose de asuntos de interés general siguen existiendo todas las garantías constitucionales para que las confesiones religiosas y cualquier otra agrupación legítima de ciudadanos de cualquier índole, hagan uso de los mecanismos constitucionales de participación y accedan al asunto, si es que es de su interés. Lo que no implica que se establezca algún tipo de privilegio en dicha posibilidad de participación, porque el grupo sea cuantitativamente representativo en la sociedad”.

En relación con el capítulo referido a las contravenciones, la Corte Constitucional a través de las sentencias C-110 de 2000 y C-046 de 2001, decidió declarar inexecutable el artículo 20450 del Código Nacional de Policía.

En la sentencia C-110 de 2000 la Corte consideró que, si bien la medida descrita en el numeral primero del artículo 204 resultaba adecuada para lograr la finalidad de la conservación del orden público, desde otras perspectivas analizadas en la misma sentencia, la medida resultaba irrazonable y desproporcionada. Para la Corte dicha medida afectaba valores y principios constitucionales, (i) en razón de su vaguedad y generalidad; (ii) de la indeterminación en el tiempo de la medida correctiva que ella prohibía; y (iii) del calificativo que se le daba a la persona que incurra en la contravención.

La Sentencia C-046 de 2001, la Corte consideró que las causales establecidas en los numerales 2º y 3º del mismo artículo 204 si cumplían con la finalidad buscada por el legislador delegado, cual era “la de asegurar el mantenimiento del orden público, previniendo la comisión de delitos o contravenciones penales de policía, asegurando los derechos de las demás personas y la convivencia y relaciones pacíficas entre vecinos, particularmente frente a individuos que por su conducta o amenazas atenten contra los derechos individuales o colectivos en una determinada comunidad”. Sin embargo, el carácter

imprescriptible de las medidas, advirtió la Corporación, las convertía en desproporcionadas frente a los objetivos perseguidos, amén de afectar valores y principios constitucionales destinados a proteger precisamente el núcleo esencial de los derechos de libre circulación y residencia, y desconocer el marco establecido en el derecho interno e internacional para su posible restricción.

La Sentencia C-087 de 2000 declaró la inexecutable del artículo 20551 del Código Nacional de Policía, toda vez que las medidas que consagraba resultaban desproporcionadas. Sostuvo que el problema de la disposición acusada radicaba en su vaguedad e imprecisión. Con el propósito de evitar situaciones ambiguas, arbitrarias o represivas al amparo de la norma acusada, la Corte declaró su inexecutable.

De igual forma, la Sentencia C-1444 de 2000 decidió que el inciso 3º del artículo 20652 del Decreto 1355 de 1970 era inexecutable. La Corte consideró que la norma acusada delegaba una competencia privativa del legislador al comandante de estación o subestación de policía, toda vez que le adjudicaba a través de una disposición vaga y ambigua, a imponer restricciones a la libertad de circulación.

Por trasgresión del artículo 28 de la Constitución Política, la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 1º del artículo 20753 del Código Nacional de Policía⁵⁴. La norma demandada atribuía a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial, en aquellos casos en que se irrespetara, amenazara o provocara a los funcionarios uniformados de la Policía en desarrollo de sus funciones. Para la Corte esta facultad atentaba contra la libertad personal y el mandato constitucional que prohíbe la detención sin orden judicial.

La Corte declaró la inexecutable de las expresiones “la personalidad del trasgresor simplemente apreciada” del artículo 22655 del Código Nacional de Policía. A juicio de la Corporación, en virtud de dicha norma al contraventor podía aplicársele una medida correctiva en razón a su personalidad, la que además era simplemente apreciada. Esta previsión vulneraba la dignidad humana y el debido proceso que encuentra fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política. Dijo la Corte: “nadie podrá ser sancionado por su ser o por sus condiciones psicofísicas, su carácter, su temperamento, o sus sentimientos, considerando que estas condiciones lo hacen peligroso para la sociedad, sino por la conducta

cometida, es decir, por el acto externo realizado libre y conscientemente establecidas previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros, para la cual se ha establecido una sanción.”

La expresión “o el reglamento” del artículo 22656 del Código de Policía fue igualmente declarada inexecutable por la Sentencia C-593 de 2005. La Corte reiteró que es únicamente el Congreso, como órgano democrático y representativo a quien se le ha confiado y reservado el poder de policía a nivel nacional, el que está constitucionalmente habilitado para dictar normas que limiten o restrinjan los derechos constitucionales de los asociados, función que no puede ser cumplida mediante un reglamento. En efecto, las medidas correctivas de policía constituyen restricciones o limitaciones de derechos constitucionales por varias razones atinentes a su naturaleza, su función y sus implicaciones, como puede concluirse de las previstas o autorizadas en las normas legales vigentes.

Las expresiones “[c]ontra las medidas correctivas impuestas por los Comandantes de estación o subestación no habrá ningún recurso” del artículo 22957 fueron declaradas inexecutable por Sentencia C-117 de 2006, con fundamento en el criterio reiterado de esta Corte según el cual las garantías propias del debido proceso penal son aplicables, con matices y cierto nivel de flexibilidad, a otros procedimientos que materializan el ejercicio de poder sancionatorio y que, en materia policiva, dichas garantías se han extendido sin restricciones.

77. Como quedo expuesto, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable y la exequibilidad condicionada de múltiples normas del Decreto 1355 de 1970. La mayor parte de las decisiones fueron adoptadas al constatarse una vulneración de los principios de reserva legal, reserva judicial y debido proceso constitucional (artículos 28 y 29 de la CN). Dado el origen del CNP podría sostenerse que muchas de las disposiciones aún vigentes podrían eventualmente incurrir en los problemas de constitucionalidad ya advertidos por la Corte. Adicionalmente, las decisiones de constitucionalidad referidas han generado vacíos e incluso inconsistencias en el sistema general de policía. Así por ejemplo no resulta difícil advertir que muchas de las medidas declaradas inconstitucionales no han sido remplazadas por medidas alternativas que presenten un alto grado de eficacia mientras respetan los derechos fundamentales y promueven el nuevo orden público constitucional. En suma, tanto la ausencia de sintonía de las previsiones nacionales de policía con el ordenamiento

constitucional, como la necesidad de contar con un cuerpo normativo lo suficientemente protector pero a la vez eficaz para la defensa de los derechos humanos mediante el ejercicio de la actividad de policía, aconsejan la pronta expedición de una nueva codificación más ajustada a los valores, principio y derechos del orden constitucional.

Además, no debe perderse de vista que las autoridades de policía en el ámbito territorial deben guiarse por los parámetros fijados por el Legislador en el territorio nacional para poder dictar las normas de policía que se requieran en el respectivo nivel, atendiendo a las características de la vida social y comunitaria que le son propias. En la actualidad, la situación descrita con la normatividad nacional, ha hecho caer igualmente en desuso muchas de las normas de policía departamentales y locales, con lo cual se hace aún más evidente el vacío normativo y aún más imperiosa la necesidad de subsanarlo.

En suma, la existencia de múltiples pronunciamientos sobre el Código Nacional de Policía, - expedido hace treinta y siete (37) años mucho antes de que entrara en vigor la constitución de 1991 y al amparo de un catalogo de valores y principios que no corresponden al nuevo orden constitucional -, ponen de presente la falta de sintonía de dicha codificación con el derecho constitucional vigente. Ello hace más que aconsejable imperioso una revisión integral de dicho Código para ajustarlo a los requerimientos constitucionales. Por tal razón, la Corte exhortara al Congreso para que en ejercicio de su potestad de configuración adopte una ley que establezca un nuevo régimen de policía en desarrollo de la Constitución.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Primero.- Declarar exequible el numeral 8 del artículo 186 del Decreto ley 1355 de 1970.

Segundo.- Declarar inexecutable el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970 y la expresión "Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando" , contenida en el artículo 207 del mismo decreto.

Tercero.- Diferir los efectos de lo resuelto en el ordinal segundo de esta sentencia, hasta el 20 de junio de 2008.

Cuarto.- 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 atiende a su condición.

Quinto.- Exhortar al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

-Con aclaración de voto-

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

INCONSTITUCIONALIDAD DE RETENCION TRANSITORIA EN ESTACION DE POLICIA-Argumentos adicionales para fundamentar la inconstitucionalidad de la medida (Aclaración de voto)

MEDIDAS SANCIONATORIAS Y MEDIDAS DE PROTECCION-Diferencias (Aclaración de voto)

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Garantías constitucionales (Aclaración de voto)

RETENCION TRANSITORIA EN ESTACION DE POLICIA-Medida sancionatoria (Aclaración de voto)

RETENCION TRANSITORIA EN ESTACION DE POLICIA-Vulnera el principio de estricta legalidad y las garantías del debido proceso (Aclaración de voto)

REF: Expediente D-6692. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 192 del Decreto 1355 de 1970 “Por el cual se dictan normas sobre policía”

En la presente aclaración me permito exponer algunos argumentos adicionales que contenía la ponencia original sobre la inconstitucionalidad de la norma demandada, pero que no fueron discutidos ni acogidos por la mayoría. En efecto, la Corte entendió que la retención transitoria era inconstitucional porque no superaba un juicio de proporcionalidad estricto tal y como se expone en la sentencia de la referencia. Consideró, en consecuencia, que no era necesario discutir los restantes argumentos expuestos para fundamentar la inconstitucionalidad de la mencionada medida. Sin embargo, en mi criterio, tales argumentos resultan especialmente importantes atendiendo particularmente a la necesidad de elaborar un nuevo Código Nacional de Policía (CNP) que se ajuste a los valores, principios y derechos de la Carta de 1991. Por tal razón, dejo consignado en este documento los citados argumentos.

1. Coincido con la Corte en el sentido de sostener que en el ordenamiento jurídico pueden existir medidas de protección, medidas preventivas y sanciones. Concuerdo con la tesis de la sentencia según la cual una medida de protección puede consistir en la restricción temporal de la libertad personal, pero que en estos casos debe ser sometida a un drástico juicio de proporcionalidad y a todas las garantías existentes para evitar la arbitrariedad. Se trata de casos en los cuales la policía debe limitarse a conducir a la persona puesta en situación de riesgo, a un lugar especializado en el cual se brinde oportunamente la atención técnica o profesional requerida. Adicionalmente, la retención debe ser absolutamente urgente, necesaria e idónea para obtener una finalidad constitucionalmente imperiosa. El beneficio obtenido debe ser sustancialmente mayor que el costo constitucional de la medida. Y se deben respetar todas las garantías que el ordenamiento constitucional consagra para evitar la arbitrariedad. Se trataría de casos extremos en los cuales el Estado tiene un claro deber de protección como, por ejemplo, la retención de menores en riesgo o de personas transitoria o permanentemente incapaces, sometidas a un grave peligro por su estado de indefensión. Como fue demostrado, la retención transitoria de que trata el CNP no supera el juicio de proporcionalidad propuesto, pues ni se está ante esos casos extremos y urgentes, ni los

lugares de detención de las estaciones de policía son idóneos para proteger a personas en transitoria incapacidad o que requieren protección especializada, ni era la medida menos costosa dentro de las existentes, ni se obtiene necesariamente un beneficio mayor que el costo que apareja su aplicación. Por estas razones la Corte la declaró inexecutable. Coincidió adicionalmente con la decisión de diferir la inconstitucionalidad de las disposiciones estudiadas, para permitir la actuación garantista de la policía en casos en los cuales de manera urgente se requiera proteger a una persona en riesgo, siempre que se satisfagan todas las garantías constitucionales que se ponen de presente a lo largo de la decisión y especialmente en su parte resolutoria. Se trata con ello de prevenir o evitar la desviación de poder o actuaciones desproporcionadas o arbitrarias de las autoridades.

2. Pero además de las coincidencias con la decisión, encuentro que existían argumentos adicionales que han debido ser puestos de presente por la Corte. En mi criterio, si una medida de protección está regulada de manera tal que siquiera remotamente pueda ser utilizada para aplicar sanciones encubiertas o para reprimir de manera arbitraria el legítimo ejercicio de los derechos de las personas, debe, por ese sólo hecho, ser declarada inexecutable. El mismo razonamiento debe aplicarse a las llamadas medidas preventivas. De esta forma se impulsa al legislador a que adopte las salvaguardas necesarias – todas las salvaguardas necesarias – para que la medida no pueda ser utilizada para fines distintos a los que la Constitución autoriza. Encuentro que ese era el caso de la norma estudiada. Dado su diseño institucional, la retención transitoria podía fácilmente ser utilizada como una forma de sancionar o reprimir a las personas que tuvieran comportamientos que la policía considerara reprochables. Esta forma exótica de sanción vulneraba todos los estándares: la reserva judicial de la libertad, el principio de estricta legalidad y las garantías procesales mínimas para asegurar la interdicción de la arbitrariedad. Considero adicionalmente que la Corte ha debido cambiar el precedente contenido en la sentencia C-199 de 1998 dado que existen buenas y suficientes razones para ello. Explico en las páginas que siguen las razones que sustentan mi posición.

3. Para los efectos de esta aclaración comenzaré por diferenciar las que a mi juicio son medidas sancionatorias (que pueden ser de distintos tipos) y medidas de protección. En segundo lugar, demostraré que la retención transitoria, tal y como estaba regulada, podía ser fácilmente entendida – y utilizada – como una medida sancionatoria. En tercer lugar, demostraré que la retención transitoria como medida sancionatoria no respetaba ninguno de

los estándares mínimos destinados a garantizar el derecho a la libertad personal. En consecuencia, además de las razones que se exponen en la sentencia de la Corte, considero que por las razones adicionales que acá expondré, la norma era abiertamente inconstitucional.

Diferencia entre las medidas represivas o correctivas y las medidas de protección

4. Según el artículo 218 de la Constitución Política la Policía Nacional es un cuerpo armado de naturaleza civil, cuyo fin primordial es “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”. El artículo 1º del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) señala que “la policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta derivan”.

5. En el Estado constitucional democrático, el derecho a convivir en paz se garantiza con el aseguramiento del orden público que en la Carta de 1991 equivale al mantenimiento de las condiciones necesarias para que todas las personas, sin distinción alguna, puedan ejercer a plenitud los derechos y libertades de que son titulares. En este sentido, la Corte ya ha señalado que el orden público, en sus diferentes manifestaciones – salubridad, higiene, seguridad, moralidad y tranquilidad públicas –, se refiere a las condiciones mínimas requeridas para el ejercicio de los derechos, pero no a la imposición de un modelo de virtud – público o privado – que suprima el pluralismo y los derechos de las personas a escoger su modelo de vida y actuar en consecuencia. El orden público no es entonces un ideal restrictivo de la pluralidad, la contradicción y la libertad. Es por el contrario, el supuesto para el despliegue pleno de estos valores y derechos constitucionales.

6. Según el artículo 218 mencionado, la policía tiene asignada la responsabilidad de proteger el orden público interno⁵⁸, para lo cual ostenta una serie de poderes estrictamente reglados. Uno de tales poderes consiste en la posibilidad de restringir la libertad personal de los ciudadanos. Sin embargo, la Constitución indica claramente que una persona no puede ser privada de la libertad sino en virtud de orden de autoridad judicial competente, salvo que hubiere sido capturada en flagrancia, en los estrictos términos de los artículos 28, 29 y 250 de la CP. En suma, la Constitución prohíbe al legislador facultar a la policía para ordenar la imposición de medidas represivas o correctivas restrictivas del derecho a la libertad personal,

como la sanción de arresto⁵⁹. Adicionalmente, el capturado en flagrancia debe ser llevado, en el término de la distancia, ante un fiscal y en las treinta y seis horas siguientes ante el juez de garantías para que este proceda a verificar la legalidad de la actuación policial.

7. No obstante, en casos excepcionales, en los cuales resulta claro el deber de protección (como la protección del menor o del incapaz que se encuentra en situación de riesgo), la Policía puede retener transitoriamente a la persona puesta en situación de peligro, con el fin de conducirla, en el término de la distancia, ante la autoridad competente para ejercer la protección especializada de que se trate. En estos casos, como se verá adelante, la retención no equivale a una sanción. Esta medida, en todo caso, debe estar consagrada en un mandato legal y resultar razonable, útil, necesaria y estrictamente proporcionada para el logro de una finalidad constitucionalmente imperativa.

En todo caso no sobra recordar que, como lo ha señalado la Corte, las medidas de protección que se originan en un acto de debilidad de la voluntad (como la que obliga al uso del cinturón de seguridad⁶⁰) sólo pueden dar lugar a la imposición de sanciones menores que no aparezcan como desproporcionadas para el logro de la finalidad perseguida y que no terminen imponiendo un único modelo de virtud, contrario al pluralismo constitucional.

8. Las medidas de protección que tienen origen en la ausencia de la voluntad del sujeto (como las que se imponen a los menores o a las personas permanente o transitoriamente enajenadas que se encuentran en situación de riesgo) no pueden ser el resultado de un juicio de reproche ni ser utilizadas para la imposición de sanciones abiertas o encubiertas. En efecto, si bien una vez superado el estado de incapacidad puede adelantarse un juicio de reproche, lo cierto es que en estos casos la restricción de los derechos (por ejemplo la afectación del derecho a la libertad personal del menor o del enajenado) no es necesariamente consecuencia de una actuación consciente del sujeto a partir de la cual pueda presumirse que ha renunciado a una porción proporcionada de la inmunidad que el ordenamiento le otorga. Por tal razón, en estos casos la medida de protección sólo se justifica si resulta absolutamente necesaria para resguardar derechos fundamentales del sujeto – o indirectamente de terceros – y aparezca suficientemente compensada, por ejemplo, por la protección brindada a la persona en términos de atención médica, cuidados especiales, alimentación, abrigo, información y asistencia para la defensa de sus derechos, compensación económica, etc.-. En todo caso, como ya se señaló, lo que no es admisible es

que una medida de protección dé lugar a una sanción encubierta.

9. Pese a lo anterior, es necesario aclarar que cuando el sujeto se ha puesto en situación de riesgo - o de incapacidad transitoria, por ejemplo, por el consumo de alcohol - voluntariamente y ello puede ocasionar un daño a derechos de terceros, podrá ser objeto de un reproche posterior proporcional y razonable. Sin embargo, mientras la persona se encuentre en situación de peligro y sea incapaz de adoptar decisiones plenamente conscientes o voluntarias - con independencia de que hubiere llegado a ese estado por su propia voluntad - debe ser protegida por la autoridad, al menos, mientras supera el estado de enajenación temporal en el cual se encuentra. Es en esta hipótesis en la cual cobra importancia la regla según la cual la medida de protección no puede ser empleada para encubrir un reproche contra la conducta del sujeto que se ha puesto en situación de riesgo. Si no fuera así, si se admitieran las sanciones encubiertas bajo el ropaje de una eventual protección, se estaría abriendo la puerta a medidas perfeccionistas, peligrosamente opuestas a los imperativos esenciales de todo Estado democrático de derecho. En este sentido y con referencia a las disposiciones que la Corte tuvo que juzgar, debe quedar claro que proteger no es encerrar ni privar al individuo de sus derechos de manera arbitraria, innecesaria, inútil o desproporcionada como consecuencia de un reproche vedado a la conducta o a la situación que presuntamente origina la protección.

10. En los casos en los cuales resulta claro el deber constitucional de protección, compete a la policía cumplir diligentemente la tarea de conducir a la persona en riesgo a la entidad que se encuentra técnicamente capacitada para brindar la atención cualificada requerida. En este tipo de casos encuentro que puede existir una especie de “retención transitoria”. Se trata, por ejemplo, de los menores abandonados o explotados o el caso de las personas temporal o permanentemente enajenadas que son conducidas a establecimientos de protección especializada.

11. En el presente caso era necesario preguntarse si la llamada “retención transitoria” era una medida correctiva o una medida de protección, o si resultaba ambigua y podía ser entendida de una u otra forma. En mi criterio la retención reunía el doble carácter. En efecto, como lo demuestro abajo, la medida fue originalmente diseñada como una medida sancionatoria. Sin embargo, en la sentencia C-199 de 1998 la Corte le dio el carácter de medida de protección. Siguiendo su doctrina la Corte, en la presente sentencia, aplicó el

juicio de proporcionalidad estricto que es la metodología adecuada para evaluar las medidas de protección. Como encontró que la figura estudiada era inconstitucional, se abstuvo de mayores consideraciones.

No obstante, en mi criterio, resultaba importante indicar que la medida tenía también un carácter sancionatorio y que estudiada desde esta perspectiva resultaba radicalmente contraria a la Constitución. En los apartes que siguen de esta aclaración señalo las razones por las cuales considero que la medida era – además – una medida sancionatoria y los argumentos en los cuales se fundamenta la inconstitucionalidad de la misma.

12. En una decisión anterior (C-199 de 1998) la Corte entendió que la retención transitoria era una medida de protección (no sancionatoria) cuyo diseño y aplicación debería superar un juicio estricto de proporcionalidad. En esa decisión, la Corte declaró inexecutable la facultad de retener transitoriamente “Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía en el desempeño de sus tareas”, justamente por encontrar que en este caso no se trataba de una medida de protección sino de la imposición de una sanción. A mi juicio, por las razones que explico adelante, la retención transitoria, tal y como estaba regulada en el CNP antes de la sentencia C-720 de 2007, era una medida que podía ser utilizada bien como una medida de protección, ora como una medida sancionatoria o represiva. En consecuencia era necesario aplicarle todas las salvaguardas constitucionales de la libertad. En la parte que sigue de esta aclaración explico las razones que sustentan la tesis anterior.

13. Según jurisprudencia de esta Corte, la naturaleza y finalidad de una medida de policía se debe identificar atendiendo (i) a una lectura sistemática del cuerpo normativo al que pertenece la norma y (ii) a la interpretación literal de la misma⁶¹.

14. La norma demandada se encontraba ubicada en el Libro Tercero del Código Nacional de Policía, denominado “de las contravenciones nacionales de policía”. El primer capítulo del Libro Tercero se titula “disposiciones preliminares” y comienza, en el artículo 185 del Código, indicando que todo el que haya realizado contravención de policía será responsable, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad y enajenación mental.

Inmediatamente, el artículo 186 establece las medidas correctivas que pueden ser aplicadas por las autoridades de policía (bien por el alcalde o el inspector o por el comandante o

subcomandante de policía) cuando una persona ha cometido una contravención. Una de tales medidas es la retención transitoria. En efecto, según el numeral 8 del artículo 186 citado, “son medidas correctivas (...) la retención transitoria.”

Más adelante, el Código describe en que consiste cada una de las medidas correctivas, y en el artículo 192 demandado señalaba: La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas. El texto transcrito indica con toda claridad que la retención transitoria era una medida correctiva que se aplicaba a los infractores, es decir, a los contraventores, en los términos indicados más adelante por el Código.

El Título Segundo del mismo Libro Tercero del Código, se titula “De las contravenciones”. En este Título Segundo, el Código señala las contravenciones que dan lugar a cada una de las medidas correctivas que han sido explicadas en el Capítulo I del Título Primero. Así, en los artículos que integran este Título se agrupan o sistematizan las conductas contravencionales según el tipo de medida correctiva a que den lugar. Por ejemplo, el Capítulo I describe las contravenciones que dan lugar a amonestación en privado; el Capítulo II describe las conductas que dan lugar a reprensión en audiencia pública; el Capítulo III describe las contravenciones que dan lugar a exigir promesa de buena conducta, etc. A su turno, el capítulo VII del Título Segundo mencionado se denomina: “De las contravenciones que dan motivo a la retención transitoria”. En esta parte del Código se señalan las conductas que, de ser cometidas, daban lugar a la aplicación de la medida que se estudia: la retención, en estación o subestación de policía, por orden del comandante o subcomandante y hasta por 24 horas.

En resumen, según una lectura literal y sistemática del Código Nacional de Policía, la retención transitoria era una medida correctiva aplicable a quien ha incurrido en alguna de las contravenciones que el propio Código indicaba en la parte pertinente.

15. Ahora bien, como lo ha señalado la Corte – al explicar el alcance de las medidas “correctivas” del Código de Policía-, la palabra corregir hace relación a la “represión o censura de un delito, falta o defecto”. En este sentido, la retención transitoria consagrada en la norma demandada, se aplicaba como sanción o reproche al infractor, es decir, a quien ha cometido una falta contravencional. En el mismo sentido se pronunció la Corte cuando

estudió el carácter de la medida correccional consagrada en el Código Nacional de Policía que permitía imponer la obligación de presentación periódica ante el comando de policía “al que de ordinario deambula por las calles en actitud de sospechosa inquisición de bienes o personas”. En esta oportunidad, al estudiar el carácter preventivo o correctivo de la medida a imponerse, la Corte consideró que se trataba de una medida sancionatoria⁶².

16. En suma, de la lectura literal de la norma demandada y su interpretación sistemática (especialmente atendiendo a su ubicación y a su concordancia con lo dispuesto en los artículos 186 numeral 8º y 207 del Código Nacional de Policía), resulta evidente que la retención transitoria, tenía naturaleza correctiva y se aplicaba directamente por la autoridad de policía cuando tuvieran lugar los comportamientos tantas veces mencionados.

17. Ahora bien, según el artículo 192 del CNP, la retención transitoria consiste en “mantener al infractor en una estación o subestación hasta por 24 horas”. En consecuencia, la medida sancionatoria comprometía el derecho a la libertad personal, pues autorizaba al comandante de estación o subestación para privar de la libertad a una persona hasta por 24 horas, en estación o subestación de policía, es decir, en el mismo lugar al cual son conducidos transitoriamente quienes resultan capturados por encontrarse eventualmente comprometidos en la violación de una ley penal y en las mismas condiciones de estos.

Según el Código Nacional de Policía, para la imposición de esta sanción no se requería intervención de autoridad judicial. Además, la adopción de la medida no requería motivación alguna⁶³. Tampoco se establecía algún procedimiento destinado a asegurar la protección del debido proceso o un recurso efectivo para controlar una posible arbitrariedad⁶⁴. La reclusión se producía en una estación o subestación de policía, en las mismas circunstancias en las que se recluye a quien ha sido capturado en flagrancia o en virtud de orden judicial, mientras es conducido a establecimiento carcelario o penitenciario. El tiempo de reclusión dependía del criterio del comandante o subcomandante de policía, siempre que no superara el límite de 24 horas que establece la norma. Finalmente, no hay disposición alguna que estableciera el derecho de la persona a llamar a un familiar o a un tercero que lo asistiere y tampoco resulta claro que en estas circunstancias se aplicaran los derechos del capturado a comunicarse con un familiar o con su abogado y recibir asistencia y ayuda. En suma, por virtud de esta disposición, la persona “transitoriamente retenida” quedaba bajo el control absoluto de la policía, durante el tiempo de ejecución de la medida correctiva impuesta por el

funcionario de policía.

18. En virtud de las consideraciones realizadas, resulta importante preguntarse si puede la ley consagrar como una de las medidas correccionales a disposición de la policía, la de privar de la libertad a quien ha infringido las normas contravencionales correspondientes, hasta por 24 horas en una estación o subestación de policía. Para resolver tal pregunta resulta adecuado recordar las garantías mínimas que la Constitución establece para proteger el derecho a la libertad personal.

Garantías constitucionales del derecho a la libertad personal

19. El derecho a la libertad personal es uno de aquellos derechos fundamentales cuya protección reforzada es inherente a toda sociedad democrática. La protección especial a la que se hace referencia tiende a garantizar un ámbito de inmunidad de la persona frente a las actuaciones de funcionarios que pretendan encerrarla y someterla a su poder. En este sentido, se ha sostenido con razón que las garantías de que acá se trata se aplican siempre que exista, materialmente, una privación de la libertad personal, con independencia del nombre que se dé a esta medida (detención, internamiento, arresto, confinamiento, retención, encierro, etc.)⁶⁵. En otras palabras, para la restricción del derecho a la libertad personal resulte legítima, debe superar unos requisitos mínimos que se encuentran claramente consagrados en las constituciones democráticas y en los tratados internacionales de derechos humanos.

20. En Colombia, el derecho a la libertad personal se encuentra garantizado por una serie de derechos-garantía consagrados en la propia Constitución y destinados a hacer efectiva la libertad personal de los habitantes de territorio. Los cuatro derechos-garantía que deben ser satisfechos para que la sanción de privación de la libertad – como quiera que esta se denomine – resulte legítima, según los artículos 28 y 29 de la Carta, son (1) el principio de legalidad; (2) la reserva judicial; (3) el respeto por las garantías constitucionales propias de cada juicio (especialmente por el derecho de defensa y contradicción); y (4) la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

El principio de estricta legalidad indica, como se sabe, que una persona puede ser privada de su libertad sólo con ocasión de la aplicación de una ley nacional previa que determine de manera precisa las circunstancias de hecho, las autoridades competentes y los

procedimientos que deben seguirse para ese fin⁶⁶. La reserva judicial, por su parte, garantiza que toda privación de la libertad tenga origen en una orden de autoridad judicial independiente, autónoma e imparcial, salvo la que tiene lugar en circunstancias de flagrancia. En todo caso, como se explica adelante de manera más detallada, las sanciones consistentes en la privación de la libertad sólo pueden ser impuestas por autoridades judiciales. Finalmente, la privación de la libertad debe estar rodeada de una serie de garantías procedimentales mínimas, orientadas a la interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, tanto la Constitución como los tratados de derechos humanos vigentes en Colombia, como la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen en el artículo correspondiente a la libertad personal, normas mínimas de procedimiento tales como que “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”⁶⁷ o que “toda persona 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”⁶⁸. Las garantías procesales comprenden una amplia gama de normas. No obstante, es posible señalar que una privación de la libertad debe respetar el principio de presunción de inocencia, el derecho a que la persona privada de la libertad sea oída de inmediato por un funcionario judicial competente e imparcial, el derecho a presentar y controvertir pruebas, el derecho a comunicarse con sus familiares, el derecho a permanecer en silencio y no auto incriminarse y el derecho a una defensa técnica inmediata y permanente⁶⁹.

Como ya se mencionó, el respeto de estas garantías se exige, no sólo en las detenciones precedidas de una orden judicial, sino en todo tipo de actuaciones que comprometan el derecho a la libertad personal.⁷⁰

En el caso que tenía que estudiar la Corte, aparecían especialmente comprometidas las cuatro garantías mencionadas arriba, especialmente, la reserva judicial. Por tal razón considero relevante recordar la doctrina de la Corte en la materia y señalar las razones por las cuales una norma de la naturaleza de la norma estudiada vulnera de manera evidente la Constitución.

Reserva judicial de la libertad: en Colombia, sólo los jueces están autorizados para imponer una sanción consistente en la privación de la libertad personal

21. La Corte Constitucional ha señalado, de manera reiterada y consistente, que en Colombia sólo los jueces de la república pueden imponer sanciones privativas de la libertad⁷¹.

En efecto, desde sus comienzos, en la sentencia C-175 de 1993⁷², la Corte aclaró que el derecho a la libertad personal tenía expresa reserva judicial. En esta decisión la Corporación indicó que en la Constitución las autoridades de policía no tienen competencia para imponer la sanción de arresto. Al respecto dijo la Corte:

“...el artículo 5o. del decreto 2010 de 1992, materia de examen, es inconstitucional por consagrar la sanción de arresto severo como pena imponible a los miembros de la Policía Nacional por parte de autoridades administrativas pertenecientes a dicha Institución y como consecuencia de la violación del régimen de disciplina y honor de la Institución, contenido en el decreto 100 de 1989.

“Dicha pena se encuentra definida en el artículo 93 del citado estatuto disciplinario en los siguientes términos: “El arresto severo consiste en la obligación que tiene el infractor de permanecer aislado dentro de las instalaciones de la unidad, dedicado a la ejecución de tareas útiles que le señale el director” y encaja dentro de las penas privativas de la libertad además de identificarse con la consagrada en materia criminal, pues contiene los mismos elementos que la identifican como tal, a saber: el aislamiento y el trabajo. (énfasis fuera de texto).

“Es que la Constitución Política de Colombia es celosa en la guarda de la libertad personal y no es un azar que el artículo 28 establezca como condición esencial para que a una persona se le prive de su libertad, el que sea un juez de la República quien la decreta, con la rigurosa observancia de las demás exigencias que allí mismo se señalan”. (se resalta).

En el mismo sentido, en la sentencia C-212 de 1994 dijo la Corte:

“ (E)xcepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Aún los particulares pueden ser investidos transitoriamente de dicha función cuando actúen como conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

“Se trata de una excepción al principio general y, por tanto, su alcance es restrictivo: únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible, siempre que no adelanten la instrucción de sumarios ni juzguen delitos.

“Ahora bien, si los señalados requisitos se cumplen, la norma legal que desarrolle la previsión constitucional es, en principio, exequible. Tal ocurre con la asignación de competencias a inspectores penales de policía, inspectores de policía y alcaldes para fallar sobre contravenciones especiales sancionables con pena distinta de la privación de la libertad”.
(subraya fuera del texto).

En la sentencia citada la Corte recordó la regla constitucional según la cual el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 28 de la Carta no puede verse afectado por decisiones administrativas que no encuentren respaldo en una orden judicial. Al respecto indicó:

“Resulta, pues, ajustado a la Constitución que el legislador confíe de manera excepcional a funcionarios distintos de los jueces, como es el caso de los inspectores penales de policía, los inspectores de policía y los alcaldes, la función precisa de administrar justicia en el ámbito propio de las contravenciones especiales.

“Pero ha advertido la Corte que ello es así siempre que la respectiva contravención no sea castigada con pena privativa de la libertad.

“Se introduce la distinción que antecede por cuanto el artículo 28 de la Constitución de 1991 modificó radicalmente la normatividad que venía rigiendo, incorporada a la Carta Política de 1886 y sus reformas.

“El artículo 28 del Estatuto Fundamental vigente brinda una mayor protección a la libertad personal cuando establece que nadie podrá ser reducido a prisión ni arresto ni detenido ‘sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley’. (se subraya).

“Lo dicho significa, ni más ni menos, que el Constituyente reservó de manera exclusiva y

específica a los jueces de la República la potestad de ordenar la privación de la libertad de las personas, así sea preventivamente. Esto, desde luego, con las salvedades que se derivan del inciso 2º del mismo artículo 28, a las cuales se refirió la Corte en Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994 (Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero) y las relativas a los casos de flagrancia previstos en el artículo 32 . (énfasis fuera del texto)

“La normatividad constitucional en esta materia es terminante. La nueva Carta, a la vez que introdujo la exigencia expresa en cuanto a la naturaleza judicial del órgano que ordene la privación de la libertad, suprimió totalmente la posibilidad de aprehensiones mediante determinación del Ejecutivo por razones de orden público (artículo 28 de la Carta Política anterior).

“El mandato de autoridad judicial es elemento esencial dentro del conjunto de requisitos exigidos para toda forma de detención, prisión o arresto, a tal punto que si en un caso concreto la privación de la libertad proviniera de funcionario perteneciente a otra rama u órgano del poder público, se configuraría la inconstitucionalidad del procedimiento y sería aplicable el artículo 30 de la Carta (Habeas Corpus), como mecanismo apto para recuperar la libertad.” . (subraya fuera del texto).

22. En virtud de la regla mencionada, en decisiones posteriores la Corte declaró la inconstitucionalidad de una serie de disposiciones que autorizaban a las autoridades de policía para imponer la pena de arresto. A juicio de la Corporación tales disposiciones resultaban inexecutable en la medida en que el legislador no podía atribuir a las autoridades de policía la facultad de imponer penas privativas de la libertad. Así por ejemplo, en la sentencia C-189 de 1999, la Corte declaró inexecutable el numeral 9 del artículo 158A del Código Nacional de Tránsito Terrestre, que autorizaba a imponer al conductor de vehículo automotor que se encontrara en estado de embriaguez, la sanción de arresto de 24 horas. En criterio de la Corte la norma demandada resultaba inconstitucional dado que “las autoridades administrativas no tienen competencia, según la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte, para privar a las personas de su libertad”. En estos casos la Corte no se opuso a que existiera una sanción para quien condujera en estado de embriaguez. El reproche se limitaba al hecho de que la sanción privativa de la libertad fuera impuesta por una autoridad administrativa y no por una autoridad judicial independiente e imparcial.

23. Más recientemente la Corte ha reiterado la tesis hasta ahora mencionada al señalar que sólo los funcionarios judiciales pueden decretar sanciones privativas de la libertad. Al respecto señaló:

“La Constitución (CP. art. 28) y la jurisprudencia han señalado inequívocamente que sólo los funcionarios judiciales pueden decretar sanciones privativas de la libertad. Es obvio entonces que no puede la ley definir el arresto como una sanción administrativa, a fin de atribuir a una autoridad administrativa la posibilidad de decretar esa medida, pues desconocería claramente la estricta reserva judicial que, en materia de libertad personal, establece la Constitución”.⁷³

24. En suma, constituye jurisprudencia constitucional firme y reiterada⁷⁴, la exigencia de que sean únicamente las autoridades judiciales, y no las administrativas, las competentes para privar de la libertad a los sujetos en cualquier forma que implique captura, arresto, detención, internamiento o prisión. Sobre el particular se ha concluido:

25. Al amparo de la jurisprudencia citada es posible entonces afirmar que en la Constitución colombiana no está permitido a las autoridades administrativas aplicar sanciones privativas de la libertad. Este principio fue reforzado por el Acto Legislativo 3 de 2002, en virtud del cual resulta claro que la privación del derecho a la libertad personal tiene reserva judicial⁷⁶. La regla mencionada no se aplica exclusivamente a la orden de captura de una persona, sino, especialmente, a la facultad de imponer sanciones privativas de la libertad. En efecto, tal y como fue mencionado, sólo los jueces de la república están autorizados para imponer este tipo de sanciones.

La retención transitoria, tal y como se encontraba regulada en el CNP era inconstitucional en la medida en que autorizaba a los comandantes y subcomandantes de policía a imponer una sanción consistente en la privación de la libertad

26. La “retención transitoria” autorizaba a los comandantes y subcomandantes de estación a privar de la libertad, hasta por 24 horas, en un lugar de retención transitoria, al “infractor” es decir, a quien hubiere cometido alguna de las contravenciones que el propio legislador establecía.

En virtud de las razones expresadas en el aparte anterior de esta aclaración, resulta claro

que dicha medida resultaba inconstitucional, pues permitía la privación de la libertad por orden administrativa, en contra de las garantías constitucionales de la libertad. En efecto, tal y como ha sido explicado, la norma acusada facultaba a las autoridades de Policía para sancionar a “los infractores” con pena privativa de su libertad, sin que se exigiera orden escrita de autoridad judicial competente. En consecuencia, violaba la reserva judicial que en materia de privación de la libertad establece la Constitución.

27. Aparte de las razones anteriores, la figura de la “retención transitoria”, vulneraba una segunda garantía de aquellas consagradas en los artículos 28 y 29 de la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, como se explica someramente adelante, esta medida violaba el principio de estricta legalidad.

Toda restricción de la libertad – inclusive una retención transitoria – debe satisfacer el principio de estricta legalidad

28. El principio de estricta legalidad indica, como se sabe, que una persona sólo puede ser privada de su libertad con ocasión de la aplicación de una ley previa que determine de manera clara, concreta y específica las causales que dan lugar a la privación, los procedimientos que deben seguirse para ese fin y la autoridad competente para adoptar (y/o ejecutar) tal decisión⁷⁷. Esto significa que no es posible la privación de libertad, invocando como fundamento un reglamento o la simple prevalencia del interés general o normas abiertas o genéricas⁷⁸. Sobre el principio de legalidad ha dicho la Corte Constitucional:

“[E]l principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación del individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley”⁷⁹

No sobra señalar que el principio de estricta legalidad apareja la obligación de describir de manera detallada y precisa las conductas que pueden dar lugar a la privación del derecho. Tal principio se aplica a cualquier privación de la libertad, sin importar si a dicha medida se le atribuyen finalidades represivas, cautelares o de protección o si se le denomina captura, detención, arresto, o de cualquier otra forma.

29. La figura de la retención transitoria, tal y como se encontraba regulada en el CNP, vulneraba el principio de legalidad. En efecto, las dos hipótesis que daban lugar a la imposición de esta medida eran de tal vaguedad que, como se señala en la sentencia de la Corte, admitían múltiples posibles concreciones según la imaginación de funcionario de turno. Por ello, entre otras razones, la Corte encontró que se trataba de una medida desproporcionada pues podía llegar a ser aplicada en circunstancias de mínimo riesgo simplemente por encontrar que la persona se encontraba levemente alicorada. Pero además de la desproporción advertida por la Corte, por las razones antes mencionadas, dicha medida vulneraba el principio de estricta legalidad. En este sentido considero que existían suficientes razones para modificar el precedente de la sentencia C-199 de 1998.

30. Finalmente la retención transitoria vulnera las garantías mínimas del debido proceso. En consecuencia su aplicación era inconstitucional. Paso a justificar brevemente este aserto.

La disposición acusada vulneraba, adicionalmente, la garantía mínima del debido proceso legal

31. Toda pena privativa de la libertad – como quiera que se denomine y cualquiera sea el ropaje que la encubra – debe estar precedida de un debido proceso legal. Esto significa que además de haber sido dictada por el juez natural, la medida restrictiva debe ser el resultado de un proceso en el cual se hubieren garantizado, cuando menos, los derechos de defensa y contradicción así como un recurso efectivo para controvertir la decisión 80.

32. En efecto, según quedó expuesto anteriormente, el artículo 29 de la Constitución enuncia algunas de las garantías del debido proceso, todas las cuales, a primera vista, parecen referirse exclusivamente al procedimiento penal. No obstante, como ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diferentes oportunidades⁸¹, esas garantías deben extenderse a todos aquellos ámbitos en los cuales existan razones semejantes; esto es, cuando menos, a los ámbitos en los cuales se ejerce el ius puniendi o poder punitivo⁸². No de otra manera podría entenderse el primer enunciado del artículo constitucional en mención, según el cual: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (Énfasis añadido). Así las cosas, las garantías del derecho penal se extienden a ámbitos sancionatorios tales como el Derecho contravencional, el Derecho disciplinario, el Derecho correccional, el ejercicio del poder de policía, entre otros⁸³.

33. En lo atinente al Derecho de policía, concretamente a las medidas correccionales que pueden ser impuestas por la autoridad de policía, la Corte ha reclamado, a menudo sin matices (es decir, con idéntico rigor), algunas de las garantías propias del Derecho penal, exigiendo el respeto, por ejemplo, del principio de estricta legalidad⁸⁴, la proporcionalidad en la reacción punitiva⁸⁵, la proscripción de sanciones temporalmente indefinidas⁸⁶, la presunción de inocencia⁸⁷, el derecho a un recurso efectivo⁸⁸, el derecho a la contradicción⁸⁹, entre otros.

34. Ahora bien, tratándose de una medida como la retención transitoria, en que la entidad del bien jurídico (la libertad personal) es tan significativa desde un punto de vista abstracto, y que daba lugar a una afectación intensa (privación en estación o subestación de policía y hasta por 24 horas), y dado que las normas del Código Nacional de Policía están dirigidas a todos los habitantes del territorio nacional, existen razones de peso para exigir un celoso procedimiento en la imposición de esta medida. Eso significa, por tanto, que no cualquier procedimiento es debido, pues en toda pena privativa de la libertad es condición indispensable la garantía plena y estricta de un riguroso debido proceso legal⁹⁰.

35. En el CNP el derecho de defensa ante la imposición de la medida de retención transitoria se limitaba al derecho a que en un acta “se consignen sucintamente los hechos, se identifique al contraventor y se indique la medida correctiva aplicada”, anotación que deberá llevar la firma del contraventor y la del comandante (art. 227, C.N.P.). Adicionalmente, por virtud de una decisión de la Corte Constitucional referida a todas las medidas de policía, se consagraba el derecho a un recurso ante el Alcalde⁹¹. Sin embargo, la decisión no debía ser motivada, ni debía informarse inmediatamente a la persona comprometida sobre las razones de la misma y los derechos que tenía o facilitarle un medio de comunicación para que se pusiera en contacto con quien pudiera asumir su defensa, o notificar de inmediato a un defensor o al ministerio público.

36. A diferencia de lo que ocurría con esta medida -que se recuerda, comprometía el derecho a la libertad personal-, cuando se trata de una sanción contravencional de aquellas que deben ser impuestas por el Alcalde o por el inspector de policía, el funcionario debe (i) oír los descargos del contraventor, (ii) practicar un interrogatorio en la oficina del Alcalde o Inspector de Policía, (iii) examinar las pruebas que el infractor quisiera adosar durante el interrogatorio y (iv) motivar la decisión sancionatoria⁹². Sin embargo, se trata en este caso

de medidas que afectan derechos menos significativos que el que se tiene a la libertad personal, como, por ejemplo, las contempladas en el artículo 220 C.N.P..

37. De otra parte, cuando la policía captura a una persona en situación de flagrancia – es decir cuando se trata de un presunto delincuente-, debe ponerla, en el término de la distancia, a disposición del Fiscal competente y dentro de las treinta y seis horas siguientes a disposición del juez de garantías para efectos de que este funcionario estudie la legalidad de la captura. En otras palabras, se trata en estos casos de la captura de una persona que ha sido encontrada cometiendo un delito y, sin embargo, la policía esta obligada a conducirla, de inmediato, ante el Fiscal competente.

38. No obstante, en la llamada “retención transitoria” no sólo no se satisfacen los derechos mínimos del debido proceso – cuyo rigor es incluso mayor en los procesos de policía que dan lugar a sanciones menos drásticas – sino que la autoridad de policía podía disponer de la libertad de la persona hasta por 24 horas sin que en este termino existiere intervención alguna de un funcionario judicial o de un defensor o si quiera de una persona que pueda asistir a la persona retenida.

39. Al amparo de las consideraciones anteriores, entiendo que la retención transitoria, tal y como se encontraba regulada en la norma demandada, resultaba absolutamente contraria a la Constitución, al menos por las siguientes razones adicionales a las que ya han sido manifestadas.

En primer lugar, la retención transitoria entendida como una medida contravencional era inconstitucional porque, pese a comprometer la libertad personal, no establecía la obligación de motivar de manera suficiente la decisión que la originaba. Tal regulación, según jurisprudencia de la Corte, vulneraba el artículo 29 de la Constitución, pues la ausencia de motivación supone una vulneración del derecho de defensa de que son titulares los administrados. En efecto, la motivación de los actos que restringen los derechos y, especialmente, el derecho a la libertad personal, es condición para poder conocer y controvertir la correspondiente decisión⁹³. La motivación de los actos es la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario, y para defenderse, por consiguiente, de este último tipo de decisiones. En este sentido, el hecho de que la actuación no deba fundarse en motivos expresos que el afectado pueda someter a control, puede tener como resultado

probable, la ineficacia o falta de idoneidad (inanidad) del recurso. En efecto, en estas circunstancias la impugnación de la medida estaría referida a meras conjeturas o especulaciones acerca de los motivos que llevaron a la fuerza policial a la retención transitoria, lo que dificultaría de manera notable el correspondiente control.

En segundo lugar, la retención transitoria era inconstitucional porque pese a que la jurisprudencia de la Corte ha habilitado un recurso gubernativo ante el alcalde contra las decisiones de las autoridades de policía⁹⁴, en consideración a la duración de la sanción (24 horas como máximo), difícilmente el recurso será idóneo para garantizar el derecho de defensa y los derechos conexos como el derecho a la libertad. En tercer lugar, la sanción de privación de la libertad no tenía lugar después de una contradicción probatoria (como ocurre, por ejemplo, en los casos en los cuales son los Alcaldes o quienes hagan sus veces los que tienen la potestad de imponer sanciones). No sobra recordar que las garantías vulneradas por la norma demandada y que han sido brevemente mencionadas en esta aclaración de voto encuentran soporte tanto en las disposiciones constitucionales como en las normas de derecho internacional de derechos humanos que protegen a todas las personas contra detenciones arbitrarias.

Síntesis

40. Por todas las razones expuestas, encuentro que el legislador no está autorizado constitucionalmente para conferir a las autoridades de policía la facultad de imponer a quien cometa una infracción – por grave que esta sea – una pena consistente en la privación de la libertad. Encuentro que la retención transitoria, tal y como estaba regulada en el CNP, podía ser entendida y aplicada como una medida sancionatoria. Por tal razón era inconstitucional. Adicionalmente, esta medida vulneraba el principio de estricta legalidad y las garantías mínimas del debido proceso constitucional. En esos términos, permitía que se confundieran en las autoridades de policía funciones que la Constitución asigna de manera exclusiva al legislador (como la de establecer de manera precisa las circunstancias que dan lugar a una privación de la libertad y el procedimiento reglado respectivo) y a los jueces (como la competencia para decretar sanciones que aparejen una privación de la libertad). Una síntesis casi perfecta de todo lo que contradice al Estado constitucional de derecho: la confusión de funciones legislativas, judiciales y administrativas en un cuerpo armado al servicio del poder ejecutivo.

Fecha ut supra

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

1 A través de esta sentencia, la Corte estudio las tres causales que pueden dar lugar a la retención transitoria, consagradas en el artículo 207 del CNP. En la decisión se declaró inexecutable la primera causal que daba lugar a la retención transitoria (al que amenace, irrespete o provoque a los funcionarios de policía) y executables las dos restantes (al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio y al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción penal).

2 Sentencia C-153 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas. S.V. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Álvaro Tafur Galvis.

3 Sobre la doctrina de la Cosa Juzgada constitucional se puede consultar la Sentencia C-774 de 2001.M.P. Rodrigo Escobar Gil. En todo caso no sobra recordar que para definir en cada caso concreto el alcance de la cosa juzgada es necesario (1) confirmar que no hubiere existido un cambio constitucional relevante; (2) verificar que el contenido normativo de la disposición demandada sea igual al contenido normativo de la disposición que fue objeto de juzgamiento; (3) y, finalmente, confrontar los alcances de la sentencia anterior frente a la nueva demanda presentada. Si se esta frente a una decisión de inexecutableidad o de executableidad pura y simple (que no establece restricción ni limitación alguna), existirá, en principio, cosa juzgada absoluta. En efecto, en principio si la propia Corte no ha limitado – expresa o implícitamente – su decisión, opera el fenómeno de la cosa juzgada absoluta (art. 243 de la Carta) por lo cual la disposición se entiende “executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto de la Carta”. En este sentido si la Corte no establece “que los efectos de una providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera, hacen en general, tránsito a cosa juzgada absoluta”. Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sobre este tema pueden consultarse el artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y la sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Sin embargo, al confrontar el alcance de la decisión anterior

respecto de la demanda interpuesta, se pueden presentar alguna de las formas de cosa juzgada relativa. En estos casos, como se verá, con el único propósito de “asegurar la efectiva primacía de la Carta”, podía proceder un nuevo juicio de constitucionalidad. (Sentencia C-415 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett Montealegre). Las dos circunstancias en las cuales la Corte podría adelantar un nuevo juicio de constitucionalidad sobre una disposición, pese a la existencia de una sentencia desestimatoria previa sobre la misma disposición y a que no exista variación en el referente constitucional o en el contenido de la disposición demandada, se presentan cuando existe “cosa juzgada relativa” y “cosa juzgada aparente”. Existe cosa juzgada relativa cuando las razones de la primera sentencia son apenas parciales. Esto sucede cuando el juicio de constitucionalidad previo recae sólo respecto de ciertas normas constitucionales o se realiza sólo atendiendo a ciertos cargos y siempre que la nueva demanda incorpore nuevos cargos de constitucionalidad no estudiados en la decisión anterior. Adicionalmente, la Corte puede admitir la demanda y adelantar un nuevo juicio, cuando la decisión anterior que declaró la exequibilidad pura y simple de la disposición demandada, carece absolutamente de motivación, es decir, cuando la decisión no se encuentra soportada en ninguna razón de fondo que la motive (Al respecto pueden consultarse las sentencias C-397/95, C-700/99, S.V. C-700/99, C-774/01, C-430/01, C-925/00 y el auto A. 016/98) En estos casos habrá solo cosa juzgada aparente, pues en realidad la disposición acusada no ha sido objeto de juicio de constitucionalidad dado que “falta toda referencia, aún la más mínima a las razones por las cuales se declaró la constitucionalidad de lo acusado”. En todos los casos restantes, existirá cosa juzgada absoluta y la Corte no podrá volver a conocer de la disposición demandada. (Sentencia C-710 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La cita pertenece a la sentencia C-700 de 1999).

4 Sentencia C-489 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

5 Sentencia C-310 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

6 Sentencia C-394 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Igualmente Sentencia C-040 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

7 Al señalar las distintas vías que encuentra la Corte cuando tiene ante si un precedente Constitucional esta Corporación ya ha señalado “La primera, es seguir el precedente, en virtud del valor de la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho,

de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte. La segunda alternativa es apartarse del precedente, esgrimiendo razones poderosas para ello que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. También puede la Corte llegar a la misma conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas.

Corte Constitucional Sentencia C-228 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett

8 La parte resolutive quedó de la siguiente manera: “Primero. Declarar INEXEQUIBLE el numeral 1° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970; Segundo. Declarar EXEQUIBLES los numerales 2° y 3° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970.”.

9 Sentencia C-320 de 1997 MP. Alejandro Martínez caballero

10 Sentencia C-539 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Sentencia número 67, Sala Plena, Corte Suprema de Justicia, Referencia Expediente 1586, MP. Jesús Vallejo Mejía.

12 En este mismo sentido se expresan tácita o explícitamente distintos tratados de derechos humanos. Al respecto, por ejemplo, puede confrontarse el artículo 5.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para una explicación doctrinaria de estas normas, véase Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti, El derecho a la libertad personal. PPU, Barcelona.

13 En efecto, la utilización de esta herramienta argumentativa contribuye a incrementar los niveles de racionalidad y previsibilidad de las decisiones en los llamados casos difíciles, al fijar un derrotero por el que debe transitar el intérprete cuando se trata, como en este caso, de resolver una colisión entre las razones que militan a favor y en contra de la constitucionalidad de una norma jurídica. En estos casos el juez se encuentra obligado a identificar y exponer públicamente, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se trata de evaluar si los medios dispuestos por las autoridades estatales suponen una intervención legítima en los derechos de los ciudadanos o si, por el contrario, representan una vulneración injustificada de los mismos. Otra de las herramientas esenciales para lograr

disminuir la discrecionalidad judicial es el respeto por el precedente judicial, salvo que existan razones suficientes que puedan justificar públicamente el cambio en la decisión.

14 Sentencia C-799/2003.

16 Sentencia C-309 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

17 Sobre los derechos que necesariamente se ven comprometidos por la privación de libertad vid. sentencia T-153/1998, en la cual la Corte señala que “derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad”.

18 Así por ejemplo, en España la policía puede conducir a la persona ebria que ha sido encontrada conduciendo o en otras situaciones de riesgo a los respectivos controles de alcoholemia y a una institución de salud si ello es necesario para proteger al sujeto que se encuentra inconsciente o en grave estado de enajenación. En cuanto a la primera hipótesis, dado que en el ordenamiento español es un delito la conducción del vehículo automotor bajo los efectos del alcohol, la policía esta autorizada para hacer controles in situ, incluso si la persona no ha cometido infracción alguna. Si existe duda sobre el estado de la persona sometida al control, puede ser conducida transitoriamente y exclusivamente por el tiempo necesario para realizar la medición de alcoholemia respectiva. Cfr. STC 22 de 1988, de 18 de febrero.

19 Así por ejemplo, art. 51, 53, 57, 89-10, 94 y ss de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia

20 Se trataría en este caso de un comportamiento punible en grado de tentativa, razón por la cual la Policía estaría habilitada constitucional y legalmente para detener a la persona, por tratarse de un supuesto de flagrancia de un delito en grado de tentativa, artículo 27 Código Penal.

21 Sentencia C-141 de 2001, MP. Alejandro Martínez Caballero.

22 Sentencia C-737 de 2001, MP. Eduardo Montealegre Lynett

23 Sentencia C-620 de 2001, MP. Jaime Araujo Rentería

24 Sentencia C-700 de 1991, MP. José Gregorio Hernández Galindo

25 Sentencia C-747 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra

26 Sentencia C-1541 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz

27 Al respecto dijo la Corte: “Sin embargo, como el retiro del ordenamiento positivo de dicha disposición crea un vacío legal en cuanto al funcionario competente para conocer de los procesos laborales y las instancias de los mismos, el cual no puede ser llenado por esta corporación, la Corte diferirá los efectos de esta sentencia hasta el 20 de junio de 2001, es decir, que la norma declarada inexecutable solamente podrá ser aplicada hasta esa fecha. Durante ese período el Congreso de la República deberá expedir la disposición que reemplace la declarada inconstitucional, haciendo efectivo el principio de igualdad y garantizando los demás derechos y preceptos constitucionales.” Sentencia C-1541 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz

28 Sentencia C-141 de 2001, MP. Alejandro Martínez Caballero

29 Para otras sentencias de inexecutableidad condicionada o de constitucionalidad temporal ver: C-491 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño; C-858 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño; C-852 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil; C-452 de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería; C-221 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.

30 Sentencia C-473 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero

31 Ver Hans Peter Schneider. Democracia y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp 62 y 218 y ss.

32 Tribunal Constitucional Español. Sentencia S-124/84 del 18 de diciembre de 1984, Fundamentos 7 a 10.

33 En temas como los relativos al ejercicio y protección del derecho al hábeas data, la Corte ha exhortado recurrentemente al Legislador para que expida una muy necesaria reglamentación estatutaria AL efecto, ver entre otras la Sentencia C-687 de 2002, MP.

Eduardo Montealegre Lynett.

34 Como se explica en detalle más adelante, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable múltiples normas del Código Nacional de Policía por violación del principio de legalidad. Así por ejemplo en la sentencia C-024 de 1994 la Corte consideró que el aparte adelante subrayado del art 57 del decreto 1355 de 1970, según el cual: Todo mandamiento de captura debe fundarse en ley o en reglamento de policía, era inexecutable. Igualmente, en la sentencia C-110 de 2000 la Corte encontró que el numeral primero del artículo 204 del CNP resultaba inconstitucional en razón de su vaguedad y generalidad. Igualmente, la Sentencia C-087 de 2000 declaró la inexecutable del artículo 205 del Código Nacional de Policía, por la vaguedad e imprecisión de la norma. De igual forma, la Sentencia C-1444 de 2000 decidió que el inciso 3º del artículo 206 del Decreto 1355 de 1970 era inexecutable por violación del principio de legalidad dado que confiere al comandante de estación o subestación de policía la facultad vaga y ambigua de imponer restricciones a la libertad de circulación. Igualmente la Corte declaró inexecutable el numeral 1º del artículo 207 del Código Nacional de Policía al encontrar que la norma demandada atribuía a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial. En el mismo sentido se pronunció la Corte al declarar inexecutable la expresión “o el reglamento” del artículo 226 del Código de Policía (Sentencia C-593/05). En esta decisión la Corte reiteró que es únicamente el Congreso quien está constitucionalmente habilitado para dictar normas que limiten o restrinjan los derechos constitucionales de los asociados.

35 Así por ejemplo, la Sentencia C-176 de 2007 declaró la exequibilidad condicionada del literal a) del artículo 56 del CNP al considerar que en el actual sistema jurídico colombiano, salvo casos de flagrancia, la autoridad judicial, cuya competencia está determinada por la ley, es la única facultada para privar legítima y válidamente la libertad de las personas. En idéntico sentido, la Corte declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 6235 del CNP a través de la Sentencia C-176 de 2007. Según la Corte la autoridad judicial es la única facultada para privar legítima y válidamente la libertad de las personas. Así mismo, en Sentencia C-176/07, la Corte decidió condicionar la exequibilidad del artículo 58 del Código Nacional de Policía, en el entendido que se requiere que exista mandato previo de autoridad judicial competente para que la Policía pueda privar a una persona de la libertad. En idéntico sentido pueden consultarse las sentencias C-237 de 2005; C-850 de 2005, entre otras. Este tema será tratado más detalladamente en la última parte de esta sentencia.

36 En distintas decisiones la Corte ha señalado que las garantías mínimas del debido proceso deben ser aplicadas al derecho policivo. Por encontrar que dichas garantías no existen ha declarado la inexecutable o la constitucionalidad condicionada de múltiples normas del CNP. Al respecto puede confrontarse, entre otras la Sentencia C-117 de 2006. Sin embargo este tema será tratado en la última parte de esta decisión.

37 Una rápida mirada a las sanciones contempladas en el Decreto 1355 de 1970 es suficiente para ilustrar cómo la pérdida de poder adquisitivo ha convertido las sanciones pecuniarias en simples saludos a la bandera.

38 Para una mayor claridad expositiva, las decisiones de la Corte se exponen no en orden cronológico sino en el orden sucesivo de las normas del CNP sobre las cuales dichas sentencias se pronuncian. Adicionalmente, es importante señalar que aparte de las sentencias de constitucionalidad que serán mencionadas a través de las cuales se ha declarado la executable condicionada o la inexecutable de 16 normas del CNP, la Corte ha declarado exequibles otras disposiciones del mismo Código o se ha declarado inhibida frente a múltiples demandas presentadas, fundamentalmente, por deficiencias sustantivas de las respectivas demandas. Las siguientes disposiciones demandadas fueron declaradas exequibles o bien fueron objeto de sentencias inhibitorias: Exequibilidad: – Artículos 58, 62, inciso 3º, 64, 70, 71, 78, 79, 81, inciso 2º, 82 literal G, 84, 102, incisos 2º, 3º y 4º, y 105, inciso 1º, en la Sentencia C-024 de 1994; Artículos 56, literal A, 58 y 83, en la Sentencia C-176 de 2007; Artículo 111, en la Sentencia C-366 de 1996; Artículo 113 parcial, en la Sentencia C-117 de 2006; Artículo 172, numeral 1º parcial, en la Sentencia C-523 de 2003; Artículo 202, numeral 5º parcial, en la Sentencia C-490 de 2002; Artículo 207, numerales 2º y 3º, en la Sentencia C-199 de 1998; Artículo 217, numeral 1º, en la Sentencia C-491 de 2002; Artículos 222 y 223, en la Sentencia C-179 de 2007. b. Fallos de inhibición (por ineptitud de las demandas): Artículo 55 (Sentencia C-421 de 2005); Artículo 2º (Sentencia C-534 de 2006); Artículo 105 (Sentencia C-711 de 2005); Artículos 186 numeral 12, 196, 208, numerales 2º y 3º, y 214, numeral 2º (Sentencia C-898 de 2001); Artículos 195, 208 y 219 (Sentencia C-492 de 2002); Artículo 47 parcial (Sentencia C-048 de 2006); Artículos 56, 57, 62, 64, 70, todos parcialmente, y 71, 78, 79, 81, 82, 84, 102 y 105 (Sentencia C-024 de 1994). Esto muestra la enorme conflictividad que existe en torno a la legislación estudiada.

39 LIBRO I. TITULO I. DE LOS MEDIOS DE POLICÍA. CAPITULO VII DE LA CAPTURA. ARTÍCULO

56. Nadie puede ser privado de la libertad sino: a) Previo mandamiento escrito de autoridad competente; y b) En el caso de flagrancia o cuasi flagrancia de infracción penal o de policía.

40 LIBRO I. TITULO I. DE LOS MEDIOS DE POLICIA. CAPITULO VII DE LA CAPTURA. ARTICULO 57. Todo mandamiento de captura debe fundarse en ley o en reglamento de policía.

41 LIBRO I. TITULO I. DE LOS MEDIOS DE POLICIA. CAPITULO VII DE LA CAPTURA. ARTÍCULO 58: 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.

42 LIBRO I. TITULO I. DE LOS MEDIOS DE POLICIA. CAPITULO VII DE LA CAPTURA. 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 hubiere pedido en su Despacho o en el respectivo establecimiento carcelario, descontado 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 material 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 ocurre, dará inmediatamente aviso a la autoridad que solicitó la captura.

43 LIBRO I. TITULO I. DE LOS MEDIOS DE POLICIA. CAPITULO VII DE LA CAPTURA. ARTÍCULO 69. La policía podrá capturar a quienes sorprenda en flagrante contravención de policía, cuando el hecho se realice en lugar público y para el sólo efecto de conducir al infractor ante el respectivo Jefe de Policía.

En este caso, si el infractor se identifica plenamente y proporciona la dirección de su domicilio, el agente de policía puede dejarlo en libertad y darle orden escrita para que comparezca ante el Jefe de Policía dentro del término que ella señale sin que exceda de 48 horas siempre que, a su juicio, tal medida no perjudique el mantenimiento del orden público. Si la persona citada no cumple la orden de comparendo deberá ser capturada.

44 LIBRO I. TITULO I. DE LOS MEDIOS DE POLICIA. CAPITULO VII DE LA CAPTURA. ARTÍCULO

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

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

45 CAPITULO XIII NUEVO. DE LAS CONTRAVENCIONES ESPECIALES CON RESPECTO A LA TENENCIA DE EJEMPLARES CANINOS. ARTÍCULO 108-G. Los menores de edad no pueden ser propietarios de los ejemplares caninos señalados en los artículos 108-E y 108-F del presente capítulo

46 CAPITULO XIII NUEVO. DE LAS CONTRAVENCIONES ESPECIALES CON RESPECTO A LA TENENCIA DE EJEMPLARES CANINOS. ARTÍCULO 108-H. Los menores de edad no podrán ser tenedores de los ejemplares de que tratan los artículos 108-E y 108-F del presente capítulo en las vías públicas, lugares abiertos al público y en las zonas comunes de edificios o conjuntos residenciales.

47 CAPITULO V. DEL DERECHO DE PROPIEDAD. ARTICULO 132. Cuando se trate de restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el caso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación ante el respectivo Gobernador.

48 CAPITULO VI. DE LOS ESPECTACULOS B. DEL CINE ARTICULO 152. El Comité de Clasificación de Películas estará integrado por cinco miembros, así: Un experto en cine, un abogado, un psicólogo, un representante de la asociación de Padres de Familia y un representante de la Curia Arquidiocesana de Bogotá.

49 CAPITULO VI. DE LOS ESPECTACULOS B. DEL CINE ARTICULO 153. Los miembros del Comité de Clasificación serán nombrados directamente por el Gobierno, excepto el representante de la Curia, que será designado por el Arzobispado, y el de la asociación de

Padres de Familia que será escogido por el Gobierno de terna que le enviará dicha Asociación.

50 TITULO II. DE LAS CONTRAVENCIONES CAPITULO IV. DE LAS CONTRAVENCIONES QUE DAN LUGAR A EXIGIR PROMESA DE RESIDIR EN OTRA ZONA O BARRIO ARTICULO 204. Compete a los Comandantes de Estación y de subestación exigir promesa de residir en otra zona o barrio: 1. Al que en cantina, bares y otros sitios de diversión o de negocio situados en el barrio donde tenga su residencia, fomente o protagonice escándalos, riñas o peleas hasta el punto de ser tenido en esos sitios como personas indeseables. 2. Al que mantenga amenazadas a personas del barrio o zona donde resida. 3. Al que por su conducta depravada perturbe la tranquilidad de los vecinos de la zona o barrio

51 TITULO II. DE LAS CONTRAVENCIONES. CAPITULO V. DE LAS CONTRAVENCIONES QUE PERMITEN IMPONER LA PROHIBICION DE CONCURRIR A DETERMINADOS SITIOS PUBLICOS ARTICULO 205. Compete a los comandantes de estación y de subestación prohibir la concurrencia a determinados sitios públicos o abiertos al público. 1. Al que por más de dos veces haya dado lugar a graves hechos perturbadores del orden público en esos sitios. 2. Al que por su edad o estado de salud física o mental le sea perjudicial, según dictamen médico, asistir a tales sitios

52 TITULO II. DE LAS CONTRAVENCIONES CAPITULO VI. DE LAS CONTRAVENCIONES QUE PERMITEN IMPONER LA PRESENTACIÓN PERIODICA ANTE EL COMANDO ARTICULO 206. Compete a los Comandantes de estación y de subestación imponer la presentación periódica ante el comando de policía: 1. Al que reincida en riña o pelea; 2. Al que sea amonestado en privado o reprendido en audiencia pública, cuando se considere conveniente; 3. Al que de ordinario deambula por las calles en actitud de sospechosa inquisición de bienes o personas

53 TITULO II. DE LAS CONTRAVENCIONES. CAPITULO VII. DE LAS CONTRAVENCIONES QUE DAN MOTIVO A RETENCION TRANSITORIA ARTICULO 207. Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: 1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desempeño de sus tareas. 2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio. 3. Al que por estado de grave excitación pueda cometer

inminente infracción de la ley penal.

54 Sentencia C-199 de 1998

55 TITULO III. DEL PROCEDIMIENTO ARTICULO 226. La medida correctiva aplicable será, en cada caso, la indicada en la ley o en el reglamento

56 Ibidem

57 TITULO III. DEL PROCEDIMIENTO. ARTICULO 229. Contra las medidas correctivas impuestas por los Comandantes de estación o subestación no habrá ningún recurso. Contra las impuestas por los Alcaldes e Inspectores, procede el de reposición.

58 El artículo 34 del Código Nacional de Policía establece: “La protección del orden público interno corresponde a cuerpos de policía organizados con sujeción a la ley y formados por funcionarios de carrera, instruidos en escuelas especializadas y sujetos a reglas propia de disciplina. Los cuerpos de policía son civiles por la naturaleza de sus funciones”.

59 Ver, entre otras, las sentencias C-212 de 1994 y C-189 de 1999

60 Sentencia C-309 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

61 Así lo consideró esta Corte al analizar la constitucionalidad de la medida del Código Nacional de Policía que permitía imponer presentación periódica ante el comando de policía “al que de ordinario deambula por las calles en actitud de sospechosa inquisición de bienes o personas”. En esta oportunidad sobre el carácter preventivo o correctivo de la medida a imponerse, la Corte consideró, “La Sala discrepa de esta interpretación por dos razones: la primera, y es elemental, el artículo 186 del Código Nacional de Policía, al enumerar cuáles son las medidas correctivas, incluye, dentro de las mismas, en el numeral 7, “la presentación periódica ante el comando de policía”, que es la que trata el precepto acusado. La segunda, según algunas de las definiciones del Diccionario de la Lengua Española (vigésima primera edición), de lo que significan las palabras prevenir (prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio) y corregir (reprensión o censura de un delito, falta o defecto), resulta claro que la presentación periódica tiene este segundo significado, es decir, el de reprensión. Pues, a pesar de que tal presentación periódica no constituya, en sí misma, una obligación especialmente difícil de cumplir, no deja de tener el carácter mencionado,

porque se impone a la persona que realiza una actividad que merece ser objeto de castigo). Sentencia C-1444 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

62 Sentencia C-1444 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

63 En efecto, según el artículo 227 del Código Nacional de Policía: “Art. 227.-La medida a cargo de los comandantes de estación o subestación no requiere de resolución escrita, pero deberá levantarse acta en la que se consignen sucintamente los hechos, se identifique al contraventor y se indique la medida correctiva aplicada. Cuando se trate simplemente de amonestación en privado, reprensión en audiencia pública y expulsión, bastará con hacer las anotaciones respectivas en el libro que al efecto se lleve en el comando. La anotación deberá llevar la firma del comandante y del contraventor.”

64 En efecto, pese a que la Corte Constitucional indicó que toda decisión de comandante o subcomandante restrictiva de derechos debía poder ser recurrida ante el alcalde municipal o distrital, tal recurso no parece idóneo y eficaz para controvertir la decisión inmotivada de privar de la libertad a una persona hasta por 24 horas. Al respecto, Cfr. C-117 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño

65 En este mismo sentido, el intérprete del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al sistema jurídico colombiano mediante la Ley 74 de 1968 -Comité de Derechos Humanos⁶⁵- en la Observación General N° 8, el artículo 9° numeral 4 del tratado alude a “todas las formas de privación de la libertad” (Subrayas añadidas), “ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones”. Y aclara que, si bien los numerales 2 y 3 del artículo 4 del Pacto se refieren a las personas contra cuales existe una acusación penal, “el resto en cambio, y en particular la garantía fundamental estipulada en el párrafo 4, es decir, el derecho a recurrir ante un Tribunal a fin de que éste decida sobre la legalidad de su prisión, se aplica todas las personas privadas de la libertad” (Consideración 1). (Subrayas añadidas). Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 8, 16º período de sesiones, 1982.

66 Ver Artículo 7.2 de la Convención Americana y el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

67 Art. 7.5 Convención Americana de Derechos Humanos. En el mismo sentido, el Artículo 9.2

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, para que una privación de la libertad sea respetuosa de los derechos humanos, debe satisfacer una serie de garantías procesales mínimas. Por esta razón, no parece extraño que en la mayoría de los casos llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se alega la violación de la libertad personal consagrada en el artículo 7 de la Convención, también se discuta la vulneración de las garantías procesales del artículo 8 y la ausencia de un recurso judicial sencillo y eficaz, estipulado en el artículo 25.

68 Art. 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos. En el mismo sentido, el Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al sistema jurídico colombiano mediante la Ley 74 de 1968, preceptúa, en su artículo 2º: “(...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial” (Subrayas y énfasis añadidos). Asimismo, el propio Pacto dispone, en el artículo 9º, numeral 4, que “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”. En idéntico sentido, el Principio 11 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión señala: “1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado, según prescriba la ley”. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, A.G. res. 43/173, anexo, 43 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 298, ONU Doc. A/43/49 (1988).

69 Sobre este tema se pueden consultar, entre otras la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts.

27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

70 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baruch Ivcher Bronstein v. Perú, 11.762, Informe Nº 20/98. 3 de marzo de 1998.

71 “[L]a reserva judicial de la libertad fue reforzada en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema penal, en la que se estableció que por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, deberá ser decretada solamente por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía General de la Nación, deberá presentar la solicitud pertinente y solo en casos excepcionales, según lo establezca la ley, ese ente podrá realizar capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes (art. 250-1 C.P). La única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por el propio Constituyente de 1991 en el artículo 32 superior que regula los casos de la flagrancia, en donde el aprehendido puede ser llevado ante el juez por cualquier persona.” [C-456/06 MP Alfredo Beltrán Sierra. En idéntico sentido ha señalado esta Corporación: “Es evidente, entonces, que al lado de la protección al ‘derecho primario’ de la libertad, existen otros ‘derechos-garantía’ que están dirigidos a prohibir las restricciones de libertad arbitrarias o ilegítimas, de tal forma que la decisión que limita el derecho de libertad está sometida a una serie de mecanismos de control de validez de la decisión. De hecho, no se trata de prohibir la privación de la libertad cuando ésta busca desarrollar objetivos y finalidades constitucionalmente válidas, se trata de circundar al ejercicio de libertad de garantías obligatorias y vinculantes que limitan la orden estatal y evitan el arbitrio punitivo. Precisamente, uno de los derechos-garantía de la libertad física a que hace referencia el artículo 28 de la Constitución, es el mandamiento escrito de autoridad judicial competente para su privación”. C-176 de 2007, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

72 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

73 Sentencia C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montelagre Lynett.

74 Véase las sentencias C-199 de 1998, C-189 de 1999, C-530 de 2003, C-237 de 2005, C-850 de 2005 y C-176 de 2007.

75 Sentencia C-237 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

77 Ver Artículo 7.2 de la Convención Americana y el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

78 En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos dice: “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” (artículo 7.2). De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (artículo 9.1). También el Principio 2 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, ordena que “El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes y por personas autorizadas para ese fin”. A su turno, la Corte Interamericana ha señalado que “la restricción del derecho a la libertad personal, (...) debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)” Corte IDH. Caso Servellón García vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No 152, párr. 89.

79 Sentencia C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

80 Cfr. Sentencia C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

81 Sentencias T-438 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-492 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-796 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y finalmente la C-124 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, en la que se hace una relación sucinta de varios pronunciamientos jurisprudenciales, en los cuales se señala precisamente que existe una igualdad relevante entre los Derechos sancionatorios, que amerita, justamente, un tratamiento semejante.

82 En este sentido, la jurisprudencia constitucional coincide con los teóricos de la Democracia y el Estado de Derecho, para quienes la violencia estatal sólo es legítima cuando se respetan aquellas garantías que los Estados modernos reconocen a los gobernados. Cfr.

Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, 2001, pp. 93 y 94.

83 Eso, desde luego, no significa desconocer las particularidades o diferencias que puedan atribuirse a uno u otro ámbito de ejercicio del poder. En principio las garantías existen para todas las sanciones, aunque con eventuales matices (Cfr. Sentencia C-796 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil), introducidos en atención a diferencias relevantes. En principio, la jurisprudencia ha mencionado tres razones que justifican el tratamiento diferenciado (Sentencias C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-827 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis): (i) la entidad de los bienes jurídicos afectados con la sanción; (ii) la afectación más o menos intensa que supone, para esos bienes jurídicos, la sanción respectiva; y, (iii) el carácter general de las normas, comparadas con las penales, esto es, el universo de los sujetos a que está destinado el mandato cuyo incumpliendo acarrea la imposición de la sanción⁸³. En este sentido ha señalado: “El derecho penal proyecta sus efectos normativos a todo el conglomerado social y no a un grupo específico o determinado”, Cfr. Sentencia C-796 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sin embargo, respecto de la diferente intensidad en la aplicación de los estándares esta misma sentencia señaló: Así, por ejemplo, en lo que atañe al derecho disciplinario, los matices han sido soportados por la Corte acudiendo a tales criterios, como lo recuerda la C-796 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil: “En efecto, mientras que las sanciones penales suelen dirigirse a toda la población y se trata de medidas que de ordinario afectan la libertad física del infractor, las sanciones disciplinarias se dirigen únicamente a los servidores públicos y tienen que ver con el incumplimiento de la función que desarrollan, afectando a aquél con llamados de atención, suspensiones, separación de la actividad pública y la imposición de multas; lo cual sin duda marca una diferencia clara en la actividad sancionatoria de uno y otro derecho, que irradia de alguna manera en la aplicación más o menos rígida de las garantías del debido proceso.” En el mismo sentido, Cfr. Sentencia C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-827 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En este sentido ha dicho la Corte: “[E]l ejercicio de la potestad sancionadora del Estado⁸³ (...) se materializa en diversos ámbitos, en los cuales cumple diferentes finalidades de interés general. Algunas de sus expresiones son el derecho penal, el derecho disciplinario, el ejercicio del poder de policía o la intervención y control de las profesiones. Así, esta Corporación ha aceptado el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, según el cual el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el

derecho de punición por indignidad política o “impeachment”^{83.}⁸³

84 Sentencia C-087 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

85 Idem.

86 Sentencia C-110 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-046 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

87 Sentencia C-1440 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

88 Sentencia C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

89 Sentencia T-490 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

90 De hecho, el criterio utilizado por la jurisprudencia constitucional para distinguir el ámbito del derecho penal de aquel perteneciente a los otros derechos de corte sancionador, ha sido justamente la afectación de la libertad personal en el primero y la ausencia de la misma en los últimos. Al respecto ha señalado: “[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias importantes. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física u otros valores de tal entidad, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones que tienen determinados deberes especiales (...) De conformidad con lo expuesto anteriormente, la potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal.” Sentencia T-490 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

91 De conformidad con el artículo 219 del C.N.P., modificado por el Decreto 522 de 1971, la imposición de la medida le compete a “los comandantes de estación y subestación de policía”. En consecuencia, al menos antes de la decisión de la Corte, contra tal decisión no procedía recurso alguno. En efecto, según el artículo 229 del Código, contra las medidas correctivas impuestas por los comandantes de estación o subestación “no habrá ningún recurso”. No obstante, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-117 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) , declaró inexecutable dicha expresión, garantizando por consecuencia el

derecho a recurso del presunto infractor, aún en aquellos casos en los cuales la medida fuera impuesta por los comandantes de estación y subestación de policía. Los recursos, entonces, según lo entendió la Corte, deben incoarse ante el superior jerárquico (Alcalde Municipal), tal y como había sido dispuesto por la propia corporación en la Sentencia C-492 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño). De esa manera, la Corte Constitucional igualó, en lo relativo al derecho a un recurso, el procedimiento de imposición de una medida correccional cuando la imponía el Alcalde o quien hiciera sus veces (art. 220, C.N.P.) y cuando la imponía el comandante de estación o subestación de policía.

92 En efecto, según el artículo 228 del Código Nacional de Policía “La imposición de las medidas correctivas a cargo de los Alcaldes o Inspectores de Policía debe hacerse mediante resolución escrita y motivada, la que se pronunciará después de oír los descargos del contraventor y examinar las pruebas que éste quisiere aducir durante el interrogatorio celebrado en el Despacho del Alcalde o del Inspector.”

93 Cfr., entre otras, las Sentencias SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

94 Sentencias C-492 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.