

Bogotá D.C. septiembre 8 de 2016

Honorables Magistradas y Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena
E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 39 y el parágrafo 3 del artículo 39; parágrafo 3 del artículo 41; inciso 3 y 4 del artículo 53 (parcial); artículo 55; artículo 56 (parcial); numeral 9 del artículo 103 (parcial); numeral 1 del inciso 6 del artículo 149 (parcial), artículo 155, artículo 157 y numeral 12 del artículo 205 (parcial) de la ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*”.

Alirio Uribe Muñoz, Ángela María Robledo, Víctor Correa Vélez, Oscar Ospina Quintero, Representantes a la Cámara; Iván Cepeda Castro y Alexander López, Senadores de la República; Gustavo Gallón director de la Comisión Colombiana de Juristas; Alberto Yepes, Coordinador del Observatorio de Derechos Humanos de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos; Jomary Ortigón Osorio, Presidenta del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, ciudadanos y ciudadanas colombianos, mayores de edad, vecinos de Bogotá, identificados como aparece al pie de nuestras respectivas firmas y en formato adjunto, en ejercicio del derecho reconocido por el artículo 40.6 de la Constitución Política (en adelante también la CP) y de conformidad con lo prescrito por el decreto reglamentario 2067 de 1991, presentamos ante la Honorable Corte Constitucional **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra la ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*”.

Para ello desarrollaremos un itinerario temático que le permitirá a la Honorable Corte Constitucional verificar que la presente demanda cumple tanto con los requisitos de procedibilidad como de procedencia para acceder a las pretensiones de inconstitucionalidad contenidas en esta acción pública.

PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

La presente acción de inconstitucionalidad se encuentra dirigida en contra de diferentes disposiciones contenidas en la ley 1801 de 2016 “*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*”, que a nuestro juicio afectan sustancialmente y en términos generales la vigencia de los derechos a la manifestación pública y la libertad personal reconocidos por la Constitución de 1991 (CP).

Para efectos de demostrar con certeza y claridad las contradicciones que hemos hallado entre las normas de policía y la CP, se procederá en primer lugar a enunciar y transcribir las normas demandadas. Posteriormente se indicarán las normas infringidas. Enseguida se presentan una serie de antecedentes y marco general en el que se inscribe la norma demandada, en este caso el Código Nacional de Policía para luego presentar y desarrollar en detalle en cada cargo planteado las normas vulneradas y el concepto de la violación. Finalmente se incluyen las pretensiones y las consideraciones sobre competencia y notificaciones.

1. NORMAS DEMANDADAS DE LA LEY 1801 DE 2016 SOBRE LAS QUE SE SOLICITA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A continuación se transcriben las normas que son objeto de esta acción y se subraya el aparte demandado:

Artículo 39. Prohibiciones a niños, niñas y adolescentes. Además de los comportamientos prohibidos en el presente Código y en las normas vigentes, se prohíbe a niños, niñas y adolescentes:

1. Comercializar, distribuir, tener, almacenar, portar o consumir sustancias psicoactivas o tóxicas, alcohólicas o demás sustancias estimulantes que puedan afectar su salud o que produzcan dependencia, que estén restringidas para menores de edad.

Parágrafo 1°. A quien incurra en el comportamiento antes señalado se le aplicará la siguiente medida correctiva: Para los menores de 16 años, amonestación; para los mayores de 16 años, participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia.

Parágrafo 2°. El niño, niña o adolescente que incurra en el comportamiento antes descrito será objeto de protección y restablecimiento de sus derechos de conformidad con la ley.

Parágrafo 3°. Las administraciones municipales o distritales determinarán los sitios adecuados a los que se podrán trasladar los niños, niñas y adolescentes que incurran en el comportamiento señalado en el presente artículo, para su protección e imposición de la medida correctiva correspondiente.

Artículo 41. Atención Integral a la Población Habitante de y en Calle. De conformidad a la Ley 1641 de 2013, establézcase un modelo de atención integral por ciclo vital y diferencial a la población habitante de y en calle, orientada a promover, prevenir, atender, proteger y restablecer derechos, modelo que tendrá como principios la igualdad, diversidad, equidad, universalidad y reconocimiento del individuo, la familia y la comunidad como sujetos de atención y que procure el diálogo y reconocimiento de realidades sociales del territorio y contribuya al bienestar y desarrollo integral del ser.

Parágrafo 1. Con base en el marco conceptual de la Ley 1641 de 2013 y en la caracterización cuantitativa y cualitativa que las entidades territoriales realicen,

el modelo de atención integral que contemplará las metodologías de intervención, procedimientos, rutas de atención y servicios requeridos; así mismo, tendrá como ejes la atención psicosocial, la formación y capacitación, gestión de oportunidades, movilización social y reconstrucción de redes, todo ello orientado a la reincorporación responsable, digna y sostenible de los habitantes de y en calle, a sus familias y a la sociedad.

Parágrafo 2. *Para establecer los alcances y resultados del modelo de atención integral, las entidades territoriales serán autónomas en definir los servicios integrales requeridos de acuerdo a los lineamientos que dicte el Ministerio de Salud y teniendo en cuenta la caracterización poblacional de cada municipio. Los entes territoriales deberán definir los equipos interdisciplinarios necesarios y pertinentes, que faciliten en el tiempo y de manera integral la intervención oportuna para el restablecimiento de los derechos de los habitantes de y en calle.*

Parágrafo 3. *La Policía Nacional deberá trasladar en el término de la distancia a los hogares o centros de atención que el ente territorial tenga dispuesto para dicho efecto, a los ciudadanos habitantes de y en calle que se encuentren bajo el efecto de sustancias psicoactivas que les vulneren su voluntad y que generen alteración de la convivencia afectando los derechos de los demás ciudadanos.*

Artículo 53. Ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica en el espacio público. *Toda persona puede reunirse y manifestarse en sitio público con el fin de exponer ideas e intereses colectivos de carácter cultural, político, económico, religioso, social o de cualquier otro fin legítimo.*

Con tales fines debe darse aviso por escrito presentado ante la primera autoridad administrativa del lugar o mediante correo electrónico.

Tal comunicación o correo debe ser suscrito por lo menos por tres personas. Tal aviso deberá expresar día, hora y sitio de la proyectada reunión y se presentará con 48 horas de anticipación indicando el recorrido prospectado.

Toda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta.

(...)

Artículo 55. Protección del ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública frente a señalamientos infundados. *Con el fin de amparar el ejercicio del derecho a la reunión o movilización pacífica, queda prohibido divulgar mensajes engañosos en torno a quienes convocan o participan en las manifestaciones, así como hacer públicamente señalamientos falsos de la relación de los manifestantes con grupos armados al margen de la ley o deslegitimar por cualquier medio el ejercicio del derecho constitucional de reunión y manifestación pública y pacífica.*

Artículo 56. Actuación de la Fuerza Pública en las movilizaciones terrestres.

(...)

Las Fuerzas Militares no podrán intervenir en el desarrollo de operativos de control, contención o garantía de la realización de las movilizaciones sociales terrestres, salvo los casos en los que excepcionalmente los autoriza la Constitución y la Ley.

“Artículo 103. Comportamientos que afectan las áreas protegidas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP) y áreas de especial importancia ecológica. Los siguientes comportamientos afectan las áreas protegidas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP) y áreas de especial importancia ecológica y por lo tanto no se deben efectuar:

(...)

9. Promover, realizar o participar en reuniones o actividades que involucren aglomeración de público no autorizadas por la autoridad ambiental.

(...)

<i>COMPORTAMIENTOS</i>	<i>MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR</i>
<i>Numeral 1</i>	<i>Multa General tipo 4; Restitución y protección de bienes inmuebles; Inutilización de bienes; Destrucción de bien.</i>
<i>Numeral 2</i>	<i>Multa General tipo 4; Destrucción de bien.</i>
<i>Numeral 3</i>	<i>Multa General tipo 4.</i>
<i>Numeral 4</i>	<i>Multa General tipo 4; Inutilización de bienes.</i>
<i>Numeral 5</i>	<i>Multa General tipo 4; Inutilización de bienes; Destrucción de bien.</i>
<i>Numeral 6</i>	<i>Multa General tipo 1.</i>
<i>Numeral 7</i>	<i>Multa General tipo 1.</i>
<i>Numeral 8</i>	<i>Multa General tipo 1.</i>
<i>Numeral 9</i>	<i>Multa General tipo 4; Disolución de <u>reunión o actividad</u> que involucra aglomeraciones de público no complejas.</i>
<i>Numeral 10</i>	<i>Multa General tipo 1.</i>
<i>Numeral 11</i>	<i>Multa General tipo 4.</i>
<i>Numeral 12</i>	<i>Multa General tipo 2.</i>

Artículo 149. Medios de policía. *Los medios de policía son los instrumentos jurídicos con que cuentan las autoridades competentes para el cumplimiento efectivo de la función y actividad de policía, así como para la imposición de las medidas correctivas contempladas en este Código.*

Los medios de policía se clasifican en inmateriales y materiales.

Los medios inmateriales son aquellas manifestaciones verbales o escritas que transmiten decisiones de las autoridades de policía.

Son medios inmateriales de policía:

- 1. Orden de policía.*
- 2. Permiso excepcional.*
- 3. Reglamentos.*
- 4. Autorización.*
- 5. Mediación policial.*

Los medios materiales son el conjunto de instrumentos utilizados para el desarrollo de la función y actividad de policía.

Son medios materiales de policía:

- 1. Traslado por protección.*

(...)

Artículo 155. Traslado por protección. *Cuando la vida e integridad de una persona o de terceros esté en riesgo o peligro, el personal uniformado de la Policía Nacional, podrá trasladarla para su protección o la de terceros, en los siguientes casos:*

Cuando deambule en estado de indefensión o de grave alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental, o bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas, cuando el traslado sea el único medio disponible para evitar el riesgo a la vida o integridad de la persona o los terceros.

Cuando esté involucrado en riña o presente comportamientos agresivos o temerarios, realice actividades peligrosas o de riesgo que pongan en peligro su vida o integridad o la de terceros, o esté en peligro de ser agredido cuando el traslado sea el único medio disponible para evitar el riesgo a la vida o integridad de la persona o los terceros.

Parágrafo 1°. Cuando el comportamiento señalado en el inciso 3 del presente artículo se presente en contra de una autoridad de policía, se podrá utilizar este medio.

Parágrafo 2°. Antes del traslado y como primera medida, la autoridad de policía entregará la persona a un allegado o pariente que asuma la protección; en la ausencia de éstos, se trasladará la persona a un centro asistencial o de protección, de salud u hospital o a un lugar especialmente destinado para tal fin por la administración municipal, según sea necesario, o, en cuanto fuera posible, se intentará llevarla a su domicilio. En ningún caso se hará traslados a sitios destinados a la privación de libertad y la duración del mismo no podrá ser mayor a doce (12) horas. Es deber de las Alcaldías definir el lugar al que pueden ser enviadas las personas, separadas en razón del sexo.

En el centro asistencial o de protección deberá hacer presencia un representante del Ministerio Público.

Parágrafo 3°. La autoridad de policía que ordena y ejecuta el traslado, deberá informar a la persona trasladada y al superior jerárquico de la unidad policial y elaborar un informe escrito donde consten los nombres e identificación de la persona trasladada por cualquier medio; de quien da la orden y quien la ejecuta, el motivo, el sitio al que se traslada y el nombre del allegado o a quien la persona trasladada informa para ser asistido, de ser ello posible. A la persona, sujeto de la medida, se le deberá entregar copia de dicho informe.

Parágrafo 4°. La autoridad de policía permitirá a la persona que va a ser trasladada comunicarse con un allegado o con quien pueda asistirlo para informarle, entre otras cosas, el motivo y sitio de traslado. Si la persona no tiene los medios para comunicarse, la autoridad se los facilitará. Si se niega a informar a otra persona o no es factible hacerlo, se enviará copia de inmediato del respectivo informe escrito al Ministerio Público.

Parágrafo 5°. Cuando se trate de un traslado por alteración del estado de conciencia, porque la persona se encuentra bajo el efecto del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas no podrá ser trasladada por el simple hecho de estar consumiendo sino que deben existir motivos fundados y el agente de policía con fundamento en el principio de proporcionalidad determinará si existen las razones objetivas previstas en este Código.

Artículo 157. Traslado para procedimiento policivo. Como regla general, las medidas correctivas se aplicarán por la autoridad de Policía en el sitio en el que se sucede el motivo.

Las autoridades de Policía solo podrán realizar un traslado inmediato y temporal de la persona cuando sea necesario para realizar el proceso verbal inmediato, y

no sea posible realizarlo en el sitio por razones no atribuibles a la autoridad de Policía.

El procedimiento se realizará inmediatamente y en ningún caso el tiempo de traslado o permanencia en el sitio al que es trasladada la persona podrá exceder de seis (6) horas, de conformidad con las exigencias de las distancias.

La autoridad de Policía permitirá a la persona que va a ser trasladada comunicarse con un allegado o a quien pueda asistirlo para informarle el motivo y sitio de traslado. Si la persona no tiene los medios para comunicarse, la autoridad se los facilitará.

Parágrafo. La autoridad de Policía que ordena y ejecuta el traslado, deberá informar a la persona trasladada y al superior jerárquico de la unidad policial y elaborar un informe escrito donde consten los nombres e identificación de la persona trasladada por cualquier medio, de quien da la orden y quien la ejecuta, el motivo, el sitio al que se traslada, la justificación del tiempo empleado para el traslado y el nombre del allegado o a quien la persona trasladada informa para ser asistido, de ser ello posible. A la persona, sujeto de la medida, se le deberá entregar copia de dicho informe.

Artículo 205. Atribuciones del alcalde. Corresponde al alcalde:

(...)

12. Establecer, con el apoyo del Gobierno nacional, centros especiales o mecanismos de atención y protección de personas trasladadas o conducidas por el personal uniformado de la Policía y coordinar y desarrollar programas pedagógicos para la convivencia, de conformidad con los lineamientos que para tal efecto establezca el Gobierno nacional.

(...)

2. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

En este acápite se enunciarán de forma general las normas -tanto de la Constitución Política como del bloque de constitucionalidad- que se consideran infringidas. Esta exposición es meramente enunciativa, pues el análisis y argumentación de las razones para considerar la vulneración de las disposiciones referidas se encuentra al interior del desarrollo de cada uno de los cargos que en seguida se formulan.

Primera parte: Inconstitucionalidad de algunas disposiciones relacionadas con el ejercicio del derecho a manifestación pública

Las normas analizadas en el cargo contra los artículos 53, 55, 56 y el numeral 9 del artículo 103 de la ley acusada, relacionados con el ejercicio de la protesta social en diversos ámbitos y con la preservación de las áreas protegidas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, viola de forma directa los artículos 29 (principio de legalidad) y 37 (derecho a la manifestación pública y pacífica) de la Constitución, así como el artículo

21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 55 además comporta una omisión legislativa relativa reprochable constitucionalmente por no contemplar una sanción para la conducta descrita, lo cual redundaría en una violación del Preámbulo, los artículos 1, 2 y 5 de la Constitución relacionados con la obligación de las autoridades de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución; la autorización a la Fuerzas Militares para intervenir excepcionalmente en las movilizaciones sociales viola el artículo 214.2 (respeto del DIH en todo tiempo) y 218 (la Policía está instituida para asegurar la convivencia y dicho rol no puede ser suplido por las Fuerzas militares) de la Constitución; la expresión demandada del numeral 9 del artículo 103 vulnera lo dispuesto en los artículos 37 y 79 de la Constitución Política, así como el artículo 20.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Segunda parte: Inconstitucionalidad de algunas disposiciones relacionadas con el ejercicio del derecho a la libertad personal por el medio denominado traslado por protección.

El traslado por protección contenido en el numeral 1 del inciso 6 del artículo 149, el artículo 155 y la disposición del numeral 12 del artículo 205 viola el artículo 28 (derecho a la libertad personal), artículo 29 (debido proceso), así como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9. También el Principio 2 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión que 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”.

Igualmente el numeral 1 y el párrafo 3 del artículo 39 faculta a las administraciones de los entes territoriales para determinar lugares a los cuales podrán ser trasladados niños, niñas y adolescentes que incurran en el comportamiento definido en ese mismo artículo como “comercializar, distribuir, tener, almacenar, portar o consumir sustancias psicoactivas o tóxicas, alcohólicas o demás sustancias estimulantes que puedan afectar su salud o que produzcan dependencia, que estén restringidas para menores de edad”. Esta facultad está en estrecha relación con el traslado de protección establecido en el artículo 155 y además de compartir la violación a las normas que este implica, comporta también el desconocimiento del artículo 44 de la Constitución (derechos fundamentales de los niños y niñas principio de prevalencia de sus derechos), el artículo 13 (derecho a la igualdad y prohibición de discriminación) y es una norma que va en contravía de varias disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto al párrafo 3 del 41 que establece un traslado por protección para habitantes de la calle, este vulnera, por un lado el artículo 1 (dignidad humana) asimismo, vulnera el artículo 13 (derecho a la igualdad y no discriminación), artículo 26 (libre desarrollo de la personalidad de los habitantes de calle), artículo 28 (derecho de la libertad personal) y artículo 24 (derecho a la libre circulación).

Finalmente, el traslado para procedimiento policivo, contenido en el artículo 157 de la ley 1801 de 2016 trasgrede lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política (derecho a la libertad personal, el artículo 29 (debido proceso) y el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE FONDO

3.1. Inconstitucionalidad de algunas disposiciones relacionadas con el ejercicio del derecho a manifestación pública

En la presente sección desarrollaremos los argumentos que sustentan las pretensiones que tenemos frente algunas disposiciones normativas de la ley 1801 de 2016, principalmente contenidas en el Capítulo II del Título VI sobre “Expresiones o manifestaciones en el espacio público”, por considerarlas en términos generales violatorias del derecho a la manifestación pública reconocido por el artículo 37 de la Constitución. En este sentido sostendremos que hay una afectación injustificada constitucionalmente del derecho a la protesta cuando se establece (i.) la “alteración de la convivencia” como causal de disolución de las manifestaciones públicas; (ii.) cuando no se contempla una sanción o consecuencia jurídica frente a la proscripción de señalamientos infundados contra manifestantes; (iii.) cuando se permite excepcionalmente la intervención de las fuerzas militares en las manifestaciones públicas; y (iv.) cuando se exige autorización previa para la realización de reuniones en áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Para abordar los problemas anteriormente identificados dividiremos en cinco apartados nuestra exposición. En el primero de ellos, haremos algunas consideraciones generales sobre el contenido y alcance del derecho a la manifestación pública reconocido por el artículo 37 de la Constitución. Posteriormente, en los cuatro apartados restantes, además de identificar la disposición normativa que consideramos violatoria del derecho a la manifestación pública y pacífica, le demostraremos a la honorable Corte Constitucional que su alcance, además de afectar el núcleo esencial del artículo 37, vulnera otras garantías axiológicas del Estado Social de Derecho prohijado por la Constitución de 1991.

i. El derecho a la manifestación pública: contenido y alcance

En este primer apartado nos ocuparemos de caracterizar el derecho a la manifestación pública o protesta en Colombia, para lo cual tomaremos como marco de referencia la Constitución y la jurisprudencia constitucional, además de los principales pronunciamientos de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos que se han pronunciado al respecto.

Sea entonces lo primero identificar los artículos constitucionales que le dan sustento al derecho a la protesta. A diferencia de la Constitución de 1886¹, la cual preveía de forma restrictiva y exclusiva el derecho a la reunión con amplias y abstractas competencias de disolución para la “autoridad”, el artículo 37 de la CP de 1991 reconoció expresa y ampliamente el derecho a la manifestación señalando que cualquier limitación solamente sería admisible cuando provenga de la ley. Lo hizo de la siguiente manera:

“Artículo 37. Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”.

Son diferentes puntos los que deben destacarse de la redacción acordada por el constituyente de 1991. En primer lugar, que el derecho reconocido por el artículo 37 no solamente contempla la reunión, que ya había sido objeto de reconocimiento constitucional en 1886, sino además la manifestación, es decir, el acto de declarar o dar a conocer individual o colectivamente un propósito o una creencia de cualquier tipo, especialmente aquellas de naturaleza política, filosófica o religiosa. Es decir, le agregó al derecho de reunión una faceta dinámica según la cual el pueblo se convoca, además, para proyectar en público su discurso o sus convicciones. Por lo tanto, desde 1991 reunirse con el propósito de levantar la voz por una consigna determinada, o incluso hacerlo individualmente, es un derecho amparado por el ordenamiento constitucional. Esta fue precisamente la lógica que siguió la Asamblea Nacional Constituyente cuando apuntó:

“Con el criterio de extender el ámbito de las libertades, la Comisión Primera de la Constituyente le dio un contenido menos restrictivo al derecho de reunión, que es fundamental en la vida política y social del País. Al decir la norma que "toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente", se evita consagrar en la propia carta, las restricciones de policía que las prescriben. El ejercicio de los derechos debe tener consagración tan nítida en la Carta Política, que antes de las talanqueras u obstáculos para el ejercicio aparezca la expresión nítida de su contenido”².

En segundo lugar, de este primer enunciado se dilucida la estrecha relación que existe entre el derecho a la manifestación y otros derechos y principios de la CP, como lo es el fin esencial del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (art.2 de la CP), la libertad de expresión (art. 20)³, el derecho de asociación (art.

¹ Artículo 46. Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenerare en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas.

² Gaceta Constitucional No. 82 del 25 de mayo de 1991, pág. 10.

³ Ver la sentencia C-650 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa: “[e]l derecho fundamental a la libertad de expresión en su acepción genérica abarca diferentes derechos fundamentales específicos, a saber: la libertad de manifestarse, la libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de informar, la libertad de recibir información, la libertad de fundar medios de comunicación, la libertad de prensa. Si bien las anteriores libertades fundamentales se entienden comprendidas y son manifestaciones de la libertad genérica de expresión, así con frecuencia aparezcan entrelazadas, de todas formas es posible distinguir conceptual y analíticamente cada uno de los diferentes derechos fundamentales específicos garantizados en la Constitución” (negrillas fuera de texto).

38), la participación en los asuntos públicos (art. 40), entre otros, todos ellos base fundamental de cualquier democracia constitucional⁴.

En tercer lugar debemos resaltar que hay dos características sobre las que hace hincapié el artículo 37 y tienen que ver con el carácter público y la naturaleza pacífica de la manifestación. El carácter público de la manifestación se condice con la función que cumple este derecho en un régimen democrático, pues su propósito concretamente es el de llamar la atención de las autoridades políticas, administrativas o judiciales, así como de la opinión pública, sobre un problema que aqueja a una comunidad, o a una persona en concreto, para que el sentir de los manifestantes sea tenido en cuenta a la hora de adoptar una decisión al respecto⁵. Por tanto, la exteriorización de la pretensión, la idea o la consigna de quien o quienes manifiestan, es lo que origina y le da sentido a su reconocimiento como derecho constitucional, pues de lo contrario se trataría de convicciones íntimas que se encuentran respaldadas de mejor forma por la libertad de conciencia reconocida por el artículo 18 de la CP. Por su parte, la naturaleza pacífica guarda relación con los métodos o mecanismos que son permitidos para ejercer el derecho a la manifestación, o mejor, con la prohibición que tienen los manifestantes de utilizar la violencia como medio para transmitir el mensaje de la manifestación. Es decir, la CP a través del artículo 37 reconoce y garantiza aquellas manifestaciones en las que no medie el uso de la fuerza o expresiones que puedan poner en riesgo la integridad de las autoridades públicas o terceros, haciendo de este un requisito *sine qua non* para su amparo. En palabras más claras de la Corte Constitucional:

“(...) la Constitución Política garantiza el derecho a reunirse y manifestarse públicamente tanto en una dimensión estática (reunión) como dinámica (movilización), de forma individual como colectiva, y sin discriminación alguna, pues así se deriva de la expresión “toda parte del pueblo”. Todo ello, sin otra condición distinta, a que sea pacífico, o sea, sin violencia, armas ni alteraciones graves del orden público. Esto significa que sólo la protesta pacífica goza de protección constitucional”⁶ (negrillas fuera de texto).

En cuarto lugar, del contenido normativo del artículo 37 se debe resaltar la reserva legal que tiene la restricción del derecho, contrario a lo que sucedía en la CP de 1886 donde era la potestad discrecional de un proceso policivo el que determinaba cuándo podía “disolverse”, o mejor, limitarse el derecho a la reunión. Este, definitivamente, fue otro de los cambios sustanciales en la regulación constitucional del derecho a la protesta, pues cuando el constituyente le transfirió al legislador la competencia para determinar en qué casos se puede limitar su ejercicio no solo proscribió la posibilidad de que fuera un

⁴ Ver la sentencia C-742 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa: “El derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente, ha sido reconocido por esta Corporación como una de las varias manifestaciones que tiene la libertad de expresión (artículo 20, CP). Dentro de un régimen jurídico pluralista que privilegia la participación democrática y que además garantiza el ejercicio de otros derechos de rango constitucional como la libertad de locomoción (art. 24, CP) y los derechos de asociación (artículo 38, CP) y participación en los asuntos públicos (artículos 2 y 40, CP), la protesta social tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades que ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades –sic-” (párr. 4.2).

⁵ Ídem, apartado 4.

⁶ Ídem, párr. 4.3.

funcionario carente de credenciales democráticas quien discrecionalmente restringiera su alcance, sino que además reconoció que esa es una decisión que, por su envergadura, debe estar mediada por un procedimiento democrático que consulte los intereses de la sociedad en pleno, representada en el Congreso de la República. No obstante, que esta competencia esté reservada al legislador no puede entenderse como un salvoconducto para que este le imponga cualquier tipo de límite al derecho a la protesta, en la medida en que no puede dejar de consultar los “*principios de razonabilidad y proporcionalidad al hacer uso del margen de configuración o establecer restricciones cuya vaguedad conduzca a impedir tal derecho*”⁷. Es decir, al ser el derecho a la reunión y a la manifestación pública y pacífica un derecho fundamental reconocido y garantizado en la CP, el legislador solamente puede restringirlo cuando ello persiga un fin constitucionalmente imperioso, la restricción sea el medio idóneo para lograrlo y su efecto sea mucho más beneficioso que el sacrificio del derecho a la protesta.

Ahora bien, el derecho a la protesta goza de otras características que se coligen de la dogmática constitucional introducida en 1991. En primer lugar en él concurren tanto los criterios de distinción analíticos como los requisitos esenciales que identifican los derechos fundamentales⁸. Es decir, el derecho a la manifestación además de estar consagrado expresamente por el artículo 37 de la CP (criterio de distinción analítico), guarda una conexión directa con la base axiológica-jurídica sobre la cual se construyó el sistema normativo, como lo es la democracia y la participación, y tiene eficacia directa en razón de la imposición al Estado del deber negativo de no interferir en su ejercicio (requisitos esenciales). Existe incluso un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege y que no puede ser transgredido ni siquiera por el legislador. Luego el derecho a la protesta es un derecho fundamental, lo que quiere decir que, además de ser amparable a través de la acción de tutela, su dimensión objetiva lo lleva a trascender el “*ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado*”⁹, razón por la cual su garantía vincula a todos los poderes públicos. La segunda característica del derecho a la protesta, que se desprende de la sistematicidad con la que fue concebida la CP, tiene que ver con su aplicabilidad inmediata, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 85 constitucional. Ello significa que este derecho, al estar enlistado en este artículo, es de aquellos que “*no requieren de desarrollo legal o de realización material progresiva para poder exigirse su efectividad*”¹⁰, pues el constituyente comprendió que, por su talante democrático, su ejercicio no podía quedar en suspenso hasta cuando el legislador decidiera prestarle atención.

En suma, el reconocimiento constitucional del derecho a la protesta, o a la manifestación pública y pacífica, hace parte de los cambios sustanciales que trajo hace 24 años la adopción de la CP. Su contenido, y el lugar que ocupa en la dogmática constitucional, no solamente da cuenta de su relevancia en el ordenamiento jurídico, sino que además es sintomático de un Estado que tiene la pretensión, por lo menos formalmente, de organizar el poder alrededor de una sociedad democrática, pluralista y participativa.

⁷ Ídem, apartado 4.

⁸ Ver, entre muchas otras, las sentencias T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón; T-403 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-756 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

¹⁰ Sentencia T-329 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional del derecho a la manifestación pública tiene un correlato expreso tanto en el sistema universal como regional de protección de los derechos humanos. Lo primero que debemos destacar es que el reconocimiento del derecho a la protesta es un elemento reiterado en los diferentes tratados de derechos humanos que componen este sistema y en tal medida es uno de los ejes estructurales para su protección. Al igual que la vida, la libertad física o la libertad de expresión, el derecho a reunirse para manifestarse pública y pacíficamente es una constante tanto en los instrumentos de carácter general, como en aquellos que se especializan por materias o grupos poblacionales. Ello demuestra su carácter funcional para la realización del resto de los derechos. Así las cosas, encontramos que este derecho ha sido objeto de reconocimiento internacional desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 a través del artículo 20.1, que señaló que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”*. Desde entonces, dicha fórmula ha sido adoptada, bajo diferentes modalidades, por un número importante de instrumentos. De los tratados generales tiene especial relevancia el artículo 21¹¹ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues, además de reconocer su protección, señala expresamente que su limitación solamente puede obedecer a los fines imperiosos de una sociedad democrática, y enuncia algunas de esas causas (seguridad nacional, salud o moral públicas o los derechos y libertades de los demás, entre otras).

El Comité de Derechos Humanos, que es el órgano de expertos independientes creado por el Pacto para supervisar su cumplimiento, en su Observación General No. 25¹² ha delineado los contornos del derecho a manifestarse pública y pacíficamente alrededor de la realización del derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho al voto. En tal sentido, ha afirmado que la realización de este último derecho depende, en gran medida, del pleno disfrute y respeto del ejercicio del derecho a protestar, esto es, de la posibilidad que tenga la sociedad de llamar la atención de las autoridades y de los medios de comunicación sobre los diferentes asuntos que considere necesario que penetren esa esfera del escrutinio público¹³.

El derecho a la movilización también ha sido incluido dentro de instrumentos internacionales especializados, bien sea temáticamente o por grupos poblacionales de protección. Así encontramos por ejemplo que el catálogo de garantías previstas por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación

¹¹ “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

¹² Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, Documento HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

¹³ *Ibidem*, pár. 25.: “La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25. (...) Requiere el pleno disfrute y respeto de los derechos garantizados en los artículos 19, 21 y 22 del Pacto, incluida (...) la libertad de debatir los asuntos públicos, de realizar manifestaciones y reuniones pacíficas, de criticar o de oponerse al gobierno, de publicar material político, de hacer campaña electoral y de hacer propaganda política” (subrayas fuera de texto).

Racial en su artículo 5¹⁴ estableció que la garantía de la libertad de reunión y asociación pacífica sin que medien distinciones de raza, color y origen nacional o étnico, hace parte del compromiso que adquieren los Estados en la condena de la discriminación racial. Asimismo el artículo 15¹⁵ de la Convención de los Derechos del Niño reconoce a los integrantes de este segmento poblacional de especial protección como titulares del derecho a las manifestaciones pacíficas.

Por su parte, en el sistema interamericano de derechos humanos podemos observar que el primer referente normativo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pues este instrumento, a juicio de la Corte IDH, *“contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización de Estados Americanos] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”*¹⁶.

Así, encontramos que el artículo XXI de la Declaración Americana le reconoce a toda persona el derecho de *“reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”*, además de establecer en su artículo IV que todas las personas son libres de investigar, opinar, expresar y difundir sus ideas a través de cualquier medio. Por tanto, estos dos son algunos de los ejes transversales a través de los cuales se encuentran cohesionados los Estados partes de la OEA.

Ello se ratifica concretamente en la Convención Americana de Derechos Humanos que, además de reconocer detalladamente el derecho a la libertad de expresión en su artículo 13, estableció en su artículo 15:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

¹⁴ “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...)

d) Otros derechos civiles, en particular: (...)

ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;”

¹⁵ “1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 10/89, Serie A, No. 10, del 14 de julio de 1989, pág. 43.

Adicionalmente, la CIDH en el año 2000 aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión¹⁷ donde, además de establecer los lineamientos generales bajo los cuales se debe interpretar el artículo 13 de la Convención, promueve una comprensión amplia de las formas como se ejerce este derecho, que comprende cualquier medio de difusión, incluso las manifestaciones públicas. El principio 5 señala:

*“La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”*¹⁸.

Cabe precisar que en el sistema interamericano se encuentra asentada la idea de que el derecho a la protesta se encuentra protegido como una especie del derecho a la libertad de expresión. Es decir, los órganos del sistema, especialmente la CIDH, al observar el derecho a manifestarse pública y pacíficamente lo hacen bajo el entendimiento de que esta es una de tantas otras formas de ejercer el derecho a la libertad de expresión. No es fortuito que sea la Relatoría para la libertad de expresión la que aborde su estudio para la promoción del derecho a la protesta¹⁹.

Dicho lo anterior resulta conveniente decantar el contenido del derecho a la protesta con base en el reconocimiento que se ha hecho tanto en el ordenamiento constitucional colombiano, como en el derecho internacional de los derechos humanos. Para ello de forma breve enunciaremos a continuación las principales garantías que aseguran su vigencia como derecho fundamental, advirtiendo que no se encuentran descritas en detalle en el texto constitucional, pero que se deducen bien de la integralidad y coherencia interna que debe tener el ordenamiento, o bien de los compromisos que internacionalmente ha adquirido el Estado colombiano en materia de derechos humanos.

- ***Reserva legal y principio de legalidad.***

La primera de ellas, y que sobresale de la enunciación del artículo 37, es la competencia exclusiva y excluyente que tiene el legislador para establecer de forma expresa y clara las causales por las cuales puede ser restringido el derecho a la protesta en Colombia. Ello tiene diferentes implicaciones. Por un lado impone límites tanto al legislador como al ejecutivo en el sentido que el primero no puede delegar dicha facultad y el segundo no puede abrogársela²⁰. Por otro lado, y en razón al principio de legalidad administrativa

¹⁷ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, documento OEA/Ser.L/V/1.4.rev.11 del 31 de enero de 2005.

¹⁸ Ídem, Principio 5.

¹⁹ Ver: Informe de la relatoría para la libertad de expresión en Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, documento OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7 del 27 febrero 2006.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-570 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz: “El principio de reserva legal limita en sus funciones tanto al Legislador como al Ejecutivo. Al primero, en cuanto no puede delegar su potestad legislativa en dichas materias, esto es, su función de regularlas mediante una ley general. Al segundo, en cuanto éste no se encuentra facultado para reglamentar, ámbitos jurídicos que por principio están excluidos de la órbita de su potestad

(artículo 6 de la Constitución), ello significa que las autoridades administrativas no solamente están vinculados a la Constitución y la ley en un sentido negativo, es decir que les está prohibido violarla, sino que además tienen una vinculación positiva, lo cual significa que en el ejercicio de sus funciones solamente pueden hacer lo que está establecido en el ordenamiento jurídico. Y una tercera consecuencia, quizá la más importante, es que el legislador en uso de la facultad de regular las causales de limitación del derecho a la manifestación pública debe hacerlo de forma expresa, eso significa identificando plenamente en qué consiste la conducta que puede dar lugar a la limitación. La Corte Constitucional, con mayor claridad, ha dicho que la reserva de ley para la imposición de sanciones administrativas, como lo es la limitación del derecho a la protesta, persigue las siguientes finalidades:

“(i) otorgar certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser competencia privativa del Legislador; (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado”²¹.

Para el caso del derecho a la protesta esta garantía es de una importancia mayor pues al tratarse de la limitación de un derecho fundamental, constitucionalmente reconocido como tal y que se sostiene por el andamiaje participativo contemplado por la Constitución, es decir por estar tan cerca de su nervio democrático, clausurar toda posibilidad de arbitrariedades es una prioridad estatal.

- ***Proporcionalidad y razonabilidad en la limitación del derecho a la protesta.***

Lo anterior no resulta suficiente si el legislador decide establecer como causal de restricción del derecho a la manifestación conductas de una trascendencia menor o que son connaturales al ejercicio de la protesta o que, en definitiva, no son de una entidad suficiente como para admitir una fractura del derecho. La Corte Constitucional identificó el problema señalando que *“aun reconociendo la tensión que surge entre el ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica y el mantenimiento del orden público, no puede el legislador desbordar los principios de razonabilidad y proporcionalidad al hacer uso del margen de configuración o establecer restricciones cuya vaguedad conduzca a impedir tal derecho”²².*

La razonabilidad para efectos de establecer las restricciones por parte del legislador implica básicamente *“la exclusión de toda decisión adoptada de manera manifiestamente absurda, injustificada o insensata, vale decir, apartándose de los designios de la recta razón”²³.* Y en cuanto a la proporcionalidad, que es el juicio de

reglamentaria, en cuanto deben ser regulados por el Legislador. La reserva de ley excluye el otorgamiento de facultades extraordinarias para regular ciertas materias”.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

²² Corte Constitucional, sentencia C-742 de 2012, M.P.: María Victoria Calle.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-205 de 2003, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

valor que debe seguir el legislador al momento de establecer una medida restrictiva de un derecho fundamental como lo es la manifestación pública y pacífica, hace relación a que la causal de limitación debe perseguir una finalidad legítima - es decir un propósito constitucionalmente imperioso -, debe ser útil – que significa que la restricción logra la consecución de esa finalidad -, debe ser necesaria – para lo cual debe concluir que no hay otra medida menos gravosa que la restricción para lograr la finalidad –, y que debe ser proporcionada en estricto sentido – es decir que el resultado la restricción es por lo menos equivalente al beneficio que genera la persecución de otra finalidad constitucionalmente imperiosa -²⁴. Siguiendo dichos parámetros el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, apunta que las únicas restricciones admisibles son aquellas “*necesarias en una sociedad democrática*” y que se traducen básicamente en conceptos como la seguridad nacional, la “*seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*”.

Con lo anterior se garantiza no solamente cerrar el paso a la posible arbitrariedad administrativa, sino además se asegura que el legislador ejerza sus funciones para hacer real y efectivo el derecho, y no para fungir como un mero notario de futuras violaciones.

Asimismo, estábamos en el campo de las garantías que vinculan directamente la actividad regulatoria del derecho que, si bien en realidad aseguran un proceso para la toma de decisiones relacionadas con la restricción del derecho a la manifestación pública, no detallan en estricto sentido las barreras materiales que no deben ser rebasadas para que no se afecte el núcleo esencial del derecho. En adelante observaremos este tipo de garantías.

- ***Prohibición de requerir autorización previa para ejercer el derecho a la reunión y la protesta.***

Una de las primeras talanqueras que le pueden ser impuestas a una manifestación pública es el requerimiento de un trámite administrativo para poder hacer uso de las vías o el espacio público, toda vez que esa faceta dinámica de las reuniones implica necesariamente la utilización de espacios que tienen esta connotación. Ahora bien, el estándar internacional de derechos humanos²⁵ que ha sido incorporado en nuestro ordenamiento por la Corte Constitucional²⁶, es que dichos trámites en ningún momento pueden tener la connotación de una autorización previa pues ello podría dar lugar a que las autoridades encargadas de otorgarlo interfieran ilegítimamente en el ejercicio de un derecho. Teniendo especial consideración en que por regla general la manifestación pública presupone un principio de oposición al poder público, luego el incentivo de las autoridades para negar un permiso es mucho mayor. Así, teniendo en cuenta que el uso adecuado del espacio público es un asunto que compromete las funciones de las autoridades administrativas, a lo sumo lo que puede serles exigible es una notificación

²⁴ Ver entre otras: Corte Constitucional, sentencia C-584 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, documento A/HRC/20/27 del 21 de mayo de 2012, pág. 28.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-742 de 2012, M.P.: María Victoria Calle.

previa para que prevean todas las medidas logísticas pertinentes. Y, en todo caso, dicha notificación no puede ser caracterizada por un sinfín de ritualismos o exigencias que hagan imposible su trámite, como lo es pedir que se haga con una anticipación mayor a 48 horas, o que sea necesario tramitarlo a través de algún tipo de organización, pues todo ello redundaría en obstáculos desproporcionados para el ejercicio de un derecho.

Ahora, si bien el tiempo máximo considerado como razonable para efectuar la notificación a la autoridad administrativa de la reunión o manifestación es de 48 horas, esto no implica que en todos los casos este sea un lapso legítimo, ya que la proporcionalidad y razonabilidad del requisito debe atender a las circunstancias particulares del Estado en donde se exija.

En este sentido, quisiéramos llamar la atención de la honorable Corte sobre el mantenimiento del plazo de 48 horas para realizar la notificación de la reunión o manifestación no se acompasa con las razones aducidas para modificar el Código de Policía tal y como fueron expuestas en la exposición de motivos que justificó la necesidad de la Reforma, y que dio lugar a la ley 1801 de 2016. A pesar de que la finalidad central expuesta para la reforma al Código de Policía se basó en la necesidad de actualizar sus normas y hacerlas compatibles con los medios del mundo moderno, el plazo para dar aviso sobre la celebración de reuniones en el espacio público se mantuvo incólume, contrario a lo sucedido con otras normas.

Este plazo de 48 horas era entendible en el anterior Código de Policía expedido en el año 1970 (Decreto 1355 de 1970) el cual en su artículo 102 disponía el mismo plazo de 48 horas²⁷. Era claro que en ese momento no había comenzado a popularizarse el uso del fax y tampoco el internet, el correo electrónico, los teléfonos móviles ni todas las nuevas herramientas de transmisión de información estaban disponibles, que solo se pusieron a disposición del público en la década de los ochentas del pasado siglo.

En la Exposición de Motivos con que fue justificada la expedición del nuevo Código Nacional de Policía se afirma la necesidad de modificar el Código toda vez que “[e]l proceso de revisión, actualización y adecuación del actual Código Nacional de Policía es una necesidad inaplazable, ante las notables limitaciones del código vigente, por razón del tiempo transcurrido, del contexto social y jurídico para el cual fue creado, al igual que las múltiples sentencias de inexequibilidad de algunos de sus apartes”²⁸. Ello con el fin de que las autoridades de Policía pudiera “contar con herramientas legales dinámicas y adecuadas que establezcan los límites para el ejercicio de diversas actividades que tienen lugar dentro del desarrollo de la convivencia ciudadana”²⁹.

²⁷ Artículo 102. Decreto 1355 de 1970. “Toda persona puede reunirse con otras o desfilarse en sitio público con el fin de exponer ideas e intereses colectivos de carácter político, económico, religioso, social o de cualquier otro fin lícito. Con tales fines debe darse aviso por escrito presentado personalmente ante la primera autoridad política del lugar. Tal comunicación debe ser suscrita por lo menos por tres personas.

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

²⁸ Exposición de Motivos. I. La Necesidad de Reformar el Código Nacional de Policía. Proyecto de Ley Nro. 99 Senado de la República. Gaceta del Congreso Nro. 554 de 2014. 29 de septiembre de 2014. Página 61.

²⁹ *Ibíd.*

Igualmente en el informe de ponencia para el primer debate en el Senado de la República se sustenta la constitucionalidad del Proyecto de Ley en el hecho de que *“Sin desconocer la importancia del proyecto pues como se sustenta en la exposición de motivos, la actualización y adecuación del actual Código Nacional de Policía es una necesidad inaplazable, ante las notables limitaciones del Código vigente, en razón del tiempo transcurrido, del contexto social y jurídico para el cual fue creado”*³⁰.

Posteriormente, al acumular el Proyecto de Ley Número 145 de 2015 Senado con el Proyecto de Ley Nro. 99 de 2014 se plantea en la ponencia para el Primer Debate al Proyecto como justificación *“la necesidad de actualizar las normas de Policía y de darles un alcance mayor, el de convivencia”*³¹. Así, es claro que si la finalidad era actualizar los procedimientos, herramientas y medios con los cuales se ejerce la función y actividad de policía, este propósito no se cumplió, pues se mantuvieron con los mismos criterios de hace 45 años vigentes en la época en que fue expedido el anterior código.

Aunque la notificación de aviso es un requisito que está siendo abolido en muchas constituciones modernas, aquellas que aún mantienen el plazo para dicha notificación la han reducido notablemente. Es el caso de Finlandia en donde la Ley de Reuniones Públicas garantiza el derecho de movilización y protesta requiriendo en su artículo 3 la notificación previa a la policía con por lo menos seis horas antes de que empiece una reunión pública en un lugar público al aire libre³². Ahora, aunque con plazos un poco más extendidos, en otros países más cercanos estos se han modernizado y reducido, tal y como sucedió en la Constitución Política de Panamá, que en su artículo 38 el cual prevé que: *“Las manifestaciones o reuniones al aire libre no están sujetas a permiso y sólo se requiere para efectuarlas aviso previo a la autoridad administrativa local, con anticipación de veinticuatro horas”*.

Acorde con el criterio de que el requisito de notificación o aviso previo, en los países que aún lo conservan, tiene como finalidad exclusiva asegurar que las autoridades tomen las previsiones necesarias para desviar el tráfico y asegurar que las movilizaciones no generen perturbaciones excesivas a los derechos de otras personas, otros países han establecido que estas movilizaciones puedan ser realizadas en los lugares habituales en horarios preestablecidos. Es el caso de Paraguay en donde el artículo 32 consagra que: *“Las personas tienen derecho a reunirse y a manifestarse pacíficamente, sin armas y con fines lícitos, sin necesidad de permiso, así como el derecho a no ser obligadas a participar de tales actos. La ley sólo podrá reglamentar su ejercicio en lugares de tránsito público, en horarios determinados, preservando derechos de terceros y el orden público establecido en la ley”*³³.

³⁰ Senado de la República. Ponencia de Primer Debate al Proyecto de Ley Nro. 99 de 2014 por el cual se expide el Código Nacional de Policía. Aparto 5. “Constitucionalidad del Proyecto de Código”. Gaceta del Congreso Nro. 304. 15 de mayo de 2015. Página 7.

³¹ Senado de la República. Ponencia para Primer Debate al Proyecto el Proyecto de Ley Nro. 99 de 2014 por el cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia acumulado con el Proyecto de Ley de Ley Número 145 de 2015 Senado. Gaceta del Congreso Nro. 290. 13 de mayo de 2015. Apartado 1. Antecedentes. Página 1

³² Citado en Comunicación Nro. 412/1990. C. Auli Kivenmaa Vs. Finlandia. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

³³ Constitución de Paraguay. Artículo 32. De la libertad de Reunión y de Manifestación.

Otros países han ido más lejos en la consagración de garantías y han abolido tanto los permisos como la necesidad de realizar notificaciones o avisos previos a las autoridades para celebrar reuniones o manifestaciones en espacios públicos. Un ejemplo de eso es lo consagrado en la Constitución Alemana que en su artículo 8 establece que “*Todos los alemanes tendrán derecho a reunirse pacíficamente y sin armas sin necesidad de notificación ni autorización*” (subrayas fuera de texto)³⁴. Igualmente la Constitución Italiana al regular el derecho de reunión pacífica dispone en su artículo 17 que “*Los ciudadanos tendrán derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. No se requerirá prenotificación para las reuniones, aunque tengan lugar en lugares abiertos al público*” (original sin subrayas)³⁵.

Así, tenemos que el mantenimiento de un plazo de 48 horas para dar previo aviso de la celebración de manifestaciones en espacios públicos es un plazo que no atiende el principio de proporcionalidad, toda vez que de una interpretación sistemática y teleológica del nuevo Código de Policía, no existe una justificación razonable para mantener dicho periodo tan amplio, cuando una de las finalidades del Código es la de actualizar los procedimientos y establecer reglas que atiendan a las condiciones actuales del país, como lo es la inmediatez que han alcanzado los medios de comunicación y transmisión de información para la articulación entre las autoridades locales y las autoridades locales, de forma que es notablemente injustificado y desproporcionado que con el fin de garantizar las previsiones de desviaciones de tráfico y de garantías de acompañamiento para que las movilizaciones sean pacíficas se siga manteniendo un plazo adoptado hace 46 años cuando ninguno de dichos medios (teléfonos celulares, correos electrónicos, redes sociales, fax, etc.) había sido inventado o estaba siquiera disponible para su uso público.

Otro aspecto que vale la pena resaltar es que la ausencia de la notificación en ningún caso debería conllevar la imposición de sanciones penales. A lo sumo puede contemplarse sanciones administrativas, como multas, y en todo caso ellas no deberían ser impuestas con el propósito de disuadir a los manifestantes para que ejerzan sus derechos³⁶. En este mismo sentido debe agregarse que las autoridades administrativas deben tener una especial sensibilidad para identificar aquellas protestas o manifestaciones espontáneas o las que no tienen la potencialidad de afectar el orden público, pues por su naturaleza no les puede ser exigible que previamente tramiten un procedimiento de notificación previa. A las primeras, porque son las circunstancias de tiempo, modo y lugar las que las lleva a ponerse en la posición de manifestantes y su rasgo característico es que no podían prever con anticipación su curso. Luego exigirles el permiso y consecuentemente restringirlas por no haberlo tramitado parecería al menos irrazonable. A las segundas, porque su ejercicio no afecta de manera alguna ninguna finalidad constitucionalmente imperiosa de aquellas que tienen la potencialidad de limitar su ejercicio y, en tal comprensión, la restricción sería abiertamente injustificada.

³⁴ Citado por Manuel J. Cepeda E. “Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991”. Editorial Temis. 1991. Página 312.

³⁵ Ibid.

³⁶ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, documento A/HRC/23/39 del 24 de abril de 2013, pár. 77.

- ***Derecho a un recurso judicial efectivo.***

A lo anterior, es decir a la prohibición de requerir autorizaciones para el ejercicio del derecho a la protesta, debe sumarse como garantía la posibilidad de que los manifestantes puedan recurrir a una autoridad independiente e imparcial para impugnar cualquier decisión que implique o tenga como consecuencia la restricción del derecho³⁷. Esto es, un recurso ante una instancia judicial que asegure, oportunamente, que la limitación no excede o afecta el núcleo esencial del derecho. Con la intervención de un juez ante posibles controversias sobre la restricción del derecho se desincentiva decisiones infundadas de las autoridades administrativas cuando le sea puesta de presente la notificación de la realización de una protesta.

- ***Acceso al espacio público.***

Tomando en consideración que el derecho a la manifestación por definición implica el uso del espacio público, en tanto es el medio utilizado para la transmisión del mensaje de protesta, es esencial garantizar su acceso en condiciones favorables para su ejercicio. Esto significa principalmente que las autoridades administrativas deben evitar al máximo el raciocinio según el cual, al ser el espacio público un lugar donde confluyen los derechos de todas y todos los habitantes de determinada localidad – a la libre locomoción, al espacio público, al ambiente libre de ruidos, etc. –, debe preponderar su uso “natural” o normal por sobre su destinación para realizar manifestaciones. En este sentido resulta pertinente recordar las consideraciones del Tribunal Constitucional español, el cual, ante este supuesto escenario de colisión de derechos, afirmó que “*en una sociedad democrática el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación, sino también un ámbito de participación*”³⁸. Con ello queremos significar que el acceso al espacio público es un elemento de la esencia del ejercicio del derecho a la manifestación, no solamente porque es el medio para canalizar los mensajes de protesta sino además porque en una sociedad democrática las plazas, las calles, los edificios públicos, etc. deben tener una vocación participativa.

- ***El mensaje de la protesta no puede ser restringido.***

Una de las afirmaciones que hemos reiterado insistentemente tiene que ver con la cercanía del derecho a la protesta con el músculo democrático de la Constitución. Y ello lo hemos sustentado en que las manifestaciones tienen como objetivo esencial hacer visibles discursos o consignas que no son visibles en la esfera pública, bien porque son disidentes y críticas del ejercicio del poder público, bien porque no atraen la atención de los medios de comunicación, o bien por ambas razones. De ahí que una de las garantías fundamentales que se le debe conferir al ejercicio de las manifestaciones públicas es la intangibilidad del mensaje que se busca transmitir, con una sola excepción proveniente del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y es que los

³⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, documento A/HRC/20/27 del 21 de mayo de 2012, pág. 42.

³⁸ Tribunal Constitucional de España, sentencia 301/2006, de 23 de octubre de 2006.

mensajes de odio o incitación a la discriminación, la hostilidad o a la violencia, deben ser restringidos³⁹. En ese sentido vale la pena aclarar que la restricción puede ser tanto directa como indirecta por parte de la autoridad. Directa será cuando la autoridad pública encargada de conocer del aviso previo de una manifestación se dirigiera a los convocantes para solicitarles que modifiquen los términos en que se realiza la convocatoria pues, de hacerse así, podría haber una afectación, por ejemplo, del orden público. Un ejemplo es si un desfile del orgullo gay se pide transformar porque atenta contra la moral y las buenas costumbres. Indirecta sería cuando la autoridad condiciona la manifestación a cambios de tiempo, modo o lugar que, si bien no restringen el mensaje, sí podría distorsionarlo, opacarlo o desnaturalizarlo; por ejemplo si se condiciona una marcha antitaurina a que no circule frente a la plaza de toros. En resumidas cuentas, el mensaje es un territorio vedado para las autoridades estatales, por lo cual ellas no pueden modificarlo, ni directa ni indirectamente, salvo que se trate de discursos que le hacen propaganda a la guerra o hacen un llamado de apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, en los términos del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- ***Garantías frente a los contramanifestantes.***

Uno de los supuestos que contempla la protección del derecho a la manifestación pública es la concurrencia de manifestaciones opuestas en cuento al mensaje o discurso que pretende ser transmitido. El Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación ha señalado que ante este tipo de escenarios el rol del Estado debe ser el de permitir, proteger y facilitar su concurrencia y que la coexistencia no pueda constituir un mecanismo de disuasión de los participantes⁴⁰. De manera que las fuerzas del orden tienen como principal deber asegurar que el encuentro de ambos mensajes no traiga como consecuencias agresiones físicas entre unos y otros y deben además actuar de forma imparcial de manera que ninguno de los mensajes sea favorecido o, mejor, que su actuación vaya a disuadir el ejercicio del derecho por parte de los manifestantes o *contramanifestantes*.

- ***Restricciones en el uso de la fuerza para contener manifestaciones***

Finalmente debemos destacar que existe en el derecho internacional de los derechos humanos un consenso generalizado sobre las estrictas limitaciones a las que se debe someter el uso de la fuerza en contexto de ejercicio del derecho a la protesta⁴¹. Dicho acuerdo, específicamente, se refiere a la necesidad de evitar en todo caso que en el marco de manifestaciones públicas el Estado a través de sus fuerzas ocasione

³⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, documento A/HRC/23/39 del 24 de abril de 2013, pág. 59.: “Debe prohibirse toda restricción impuesta a la naturaleza o contenido del mensaje que los organizadores y los participantes quieren difundir, sobre todo en relación con las críticas a las políticas del Gobierno, a menos que ese mensaje constituya “incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”, de conformidad con el artículo 20 del Pacto”

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, documento A/HRC/20/27 del 21 de mayo de 2012, pág. 30.

⁴¹ Principalmente se encuentran contenidas en las resoluciones 19/35 y 22/10 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, detenciones y reclusiones arbitrarias, desapariciones forzadas y torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por tanto, las fuerzas policiales a las que se les asigne la tarea de asistir y acompañar las manifestaciones para garantizar la integridad de los manifestantes deben contar con pautas de actuación diáfnas y con una formación profesional que les permita manejar grandes grupos de personas sin afectar la esfera impenetrable de sus derechos. El Estado tiene además la obligación de procurar que los medios técnicos y tecnológicos suministrados a las fuerzas policiales sean pertinentes para este propósito, es decir, el de no afectar ni la vida ni la integridad de los manifestantes⁴². En todo caso, la actuación policial debe regirse por el principio de defensa de la vida y la integridad personal⁴³, para lo cual resulta de altísima importancia el artículo 3 del Código de conducta de Naciones Unidas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁴⁴, que regula el uso de la fuerza en el cumplimiento de requerimientos legales o judiciales. Según el código, el uso de la fuerza debe regularse para limitarla a los casos en los que sea estricta y proporcionalmente necesaria. Es decir, si no hay resistencia, no es legítimo usarla; si hay resistencia, solo en la proporción necesaria para vencer la resistencia.

Todo lo anterior, en suma, son los contornos que caracterizan constitucionalmente el contenido del derecho a la protesta o a la manifestación pública en Colombia, teniendo especial consideración en que el ordenamiento constitucional colombiano está nutrido significativamente por los avances del derecho internacional de los derechos humanos, que no son pocos. Con base en ello, en las próximas líneas desarrollaremos con precisión cuáles son las disposiciones normativas de la ley 1801 de 2016 y las razones por las cuales violan el derecho a la protesta además de otras garantías fundamentales de la Constitución de 1991.

ii. *La “alteración de la convivencia” como causal de disolución restringe el núcleo esencial del derecho a la manifestación pública y pacífica además del principio de legalidad administrativa*

A continuación le explicaremos a la H. Corte Constitucional las razones por las cuales encontramos que los términos en que fue establecida la restricción del derecho a la manifestación pública, consistente en la disolución cuando se altere la convivencia, por un lado viola el principio de legalidad administrativa - según el cual se debe describir exhaustivamente las conductas que puedan suscitar la afectación de un derecho fundamental por conducto del poder de policía – y por el otro el núcleo esencial del derecho a la manifestación pública que obliga al legislador a ser diáfano y riguroso en la definición de las conductas que puedan suscitar la restricción de su ejercicio. Lo anterior, en la medida en que la “alteración de la convivencia” es un concepto jurídico indeterminado que admite diferentes interpretaciones que podrían conllevar a que sean los funcionarios policiales los que terminen definiendo su contenido, y con ello

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, del 31 de diciembre de 2009, documento OEA/Ser.L/V/II, pág. 193.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, documento A/HRC/20/27 del 21 de mayo de 2012, pág. 35.

⁴⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 34/169, documento A/34/46 del 17 de diciembre de 1979.

abrogándose una facultad exclusiva y excluyente del legislador en los términos del artículo 37 de la Constitución.

Síntesis del cargo

Los argumentos que expondremos a continuación demostrarán que el inciso 4 del artículo 53 de la ley 1801 de 2016 viola de forma directa los artículos 29 (principio de legalidad) y 37 (derecho a la manifestación pública y pacífica) de la Constitución, así como el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Alcance de las disposiciones acusadas

La disposición normativa sobre la cual recae la censura de inconstitucionalidad que le solicitamos a la honorable Corte Constitucional examine, se enmarca en la regulación del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica en el espacio público y contiene específicamente una habilitación a las autoridades para que disuelvan aquellas movilizaciones que afecten o alteren la convivencia. Esto quiere decir que el legislador, en uso del poder de policía que le ha sido delegado constitucionalmente, decidió que era admisible limitar el derecho de los manifestantes cuando la convivencia resulte afectada.

En este apartado demostraremos que la expresión “[t]oda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta” contenida en el artículo 53 de la ley 1801 de 2016 vulnera los artículos 29 y 37 de la Constitución, toda vez que, de una parte, desconoce el principio de legalidad estricta que debe orientar toda medida que limite derechos fundamentales, y de otra parte, al tener un contenido tan amplio y vago, la expresión “convivencia” puede afectar de forma desproporcionada el ejercicio del derecho a la reunión y manifestación. Ahora, en vista de que ambas disposiciones convergen en la necesidad de que la conducta cuya realización conlleve la disolución de una manifestación o reunión, se argumentarán las violaciones a ambos derechos de forma concomitante.

Concepto de la violación

El artículo 37 de la CP señala que el derecho de reunión y manifestación pacífica solo podrá ser limitado en los casos en que la ley lo establezca expresamente. Esto implica que las limitaciones que puedan realizarse al derecho cuentan con reserva de ley, y que las causales para ello deben estar exhaustivamente definidas. La cláusula de respeto irrestricto por el principio de legalidad, contenida en el artículo 29 constitucional, atiende a que si bien en un Estado Social de Derecho no pueden existir derechos absolutos y por lo tanto es razonable el establecimiento de límites a su ejercicio⁴⁵, dichos límites deben atender a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para ser considerados legítimos⁴⁶. Adicionalmente a estos dos principios, la Corte ha señalado

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-476 de 1997. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

que en aquellos casos en que la limitación provenga de un ordenamiento punitivo⁴⁷, esta debe respetar el principio de legalidad estricta⁴⁸, de manera que dentro de cualquier disciplina sancionatoria el legislador deberá atenderlo. Su contenido se caracteriza porque (i) el legislador es el único que tiene la competencia para establecer tipos penales o las conductas que merecen la aplicación de la potestad sancionadora administrativa, y (ii) se debe respetar el principio de tipicidad, de forma que las medidas que busquen limitar derechos mediante la aplicación de sanciones tendrán que ser irretroactivas y ser definidas de forma clara, precisa y unívoca⁴⁹.

En relación con la naturaleza del derecho de policía, este tiene como fin asegurar el orden público entendido como “el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”, a través de la regulación y restricción de algunas libertades con la inclusión de medidas tanto preventivas como correctivas o coercitivas. En el caso de la norma demandada, esta cabe dentro de las medidas coercitivas, ya que impone una sanción cual es la disolución de la reunión y manifestación, de forma que la limitación allí contenida debe atender al principio de legalidad estricta en los términos que hemos mencionado anteriormente.

En vista de que la “alteración de la convivencia” es concebida por la norma como la causal prevista para la aplicación de la sanción, será necesario establecer si cumple con los requisitos de claridad, precisión y univocidad. Al respecto, es importante señalar que lograr la convivencia pacífica es uno de los fundamentos de los regímenes sancionatorios⁵⁰. La H. Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en este sentido en la sentencia SU-476 de 1997⁵¹, donde expresó que: *“la necesidad de mantener el Estado de derecho en un clima de convivencia y armonía social, es lo que justifica que el ejercicio de las libertades de cada persona, o de un grupo de ellas, se encuentre limitado por parámetros normativos reguladores del comportamiento ciudadano”*. De esta forma, no ponemos en duda que la norma demandada busca un fin constitucionalmente valioso, pero sí consideramos que el contenido de la expresión “convivencia” es amplio y vago, y por lo tanto esta no puede constituirse como causal de limitación de derechos sin ser precisada. Para demostrar nuestra afirmación tomaremos como punto de partida el contenido que le ha dado la H. Corte a este vocablo en el marco del derecho de policía, así: *“La Constitución en el artículo 218 y en general el derecho de policía contemporáneo, se refieren también al estado de convivencia social, que además de seguridad, tranquilidad y salubridad, precisa también de condiciones de la moralidad y ecología para hacer posible el goce efectivo y generalizado de los*

⁴⁷ En sentencia C-117 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, la Corte señaló que: “se deriva de decisiones de esta Corporación que han aplicado una concepción estricta del principio de legalidad en materia de tipificación de faltas que generan la aplicación de medidas correccionales por parte de autoridades de policía, así como el pleno imperio en este campo de garantías como la presunción de inocencia, la proporcionalidad en la respuesta coactiva del estado y la prohibición de imprescriptibilidad de las medidas sancionatorias”.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2001, M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-939 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett y C-575 de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-117 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁵¹ M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

*derechos*⁵². Es decir que bajo el marco de la convivencia, caben conductas de la más variada índole, pues allí enmarcan temas de seguridad, tranquilidad, moralidad, salubridad y ecología.

Ahora, las consecuencias de utilizar expresiones cuyo contenido no es posible precisar han sido analizadas por esta honorable Corte en varias oportunidades. Por ejemplo, en sentencia C-575 de 2009⁵³, el tribunal estudió el delito de ultraje a símbolos patrios y lo declaró inconstitucional por ser una medida desproporcional y porque la expresión “*ultraje*” desconocía el principio de legalidad estricta ya que “[e]n el espectro de acciones marcado por dichos límites, están comprendidas por una parte ciertas conductas ultrajantes que pueden constituir manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión, y por otra parte la pluralidad de contenidos semánticos de la expresión puede dar lugar a juicios subjetivos por el juzgador al momento de apreciar una conducta”. En este caso se ilustra adecuadamente la consecuencia que tiene la utilización de expresiones de contenido amplio e impreciso para el ejercicio de un derecho fundamental. Para el presente caso, *mutatis mutandi*⁵⁴, sucede que la expresión “convivencia” es tan amplia que puede abarcar conductas que hacen parte del ejercicio legítimo del derecho de manifestación y reunión.

Es importante señalar que el Código de Policía define y señala las categorías jurídicas de la convivencia, en el mismo sentido que lo ha hecho la jurisprudencia constitucional:

“Artículo 5°. Definición. Para los efectos de este Código, se entiende por convivencia, la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, con los bienes, y con el ambiente, en el marco del ordenamiento jurídico.

Artículo 6°. Categorías jurídicas. Las categorías de convivencia son: seguridad, tranquilidad, ambiente y salud pública, y su alcance es el siguiente:

- 1. Seguridad: Garantizar la protección de los derechos y libertades constitucionales y legales de las personas en el territorio nacional.*
- 2. Tranquilidad: Lograr que las personas ejerzan sus derechos y libertades, sin abusar de los mismos, y con plena observancia de los derechos ajenos.*
- 3. Ambiente: Favorecer la protección de los recursos naturales, el patrimonio ecológico, el goce y la relación sostenible con el ambiente.*
- 4. Salud Pública: Es la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud como un derecho esencial, individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de bienestar y calidad de vida”.*

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-435 de 2013. M.P.: Mauricio González Cuervo.

⁵³ M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁴ Aquí vale insistir que la jurisprudencia de la Corte ha señalado que si bien el derecho penal se diferencia de otros ordenamientos punitivos, los principios que son aplicables a aquel también deben ser observados en estos últimos: respeto a los derechos fundamentales y a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad. En este sentido ver sentencias C-587 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, C-013 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y C-173 de 2001 M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Si bien la ley establece una definición y contenidos de la “convivencia”, estos en vez de precisar las conductas que podrían ser sancionadas con la disolución de una manifestación o reunión, confirman la amplitud y vaguedad que la expresión, pues los contenidos a su vez son principios generales y no se establecen conductas concretas de referencia. De esta forma, podemos afirmar que la norma el inciso 4° del artículo 53 desconoce el principio de legalidad estricta al ser susceptible de múltiples interpretaciones.

Adicionalmente, la causal de “alteración a la convivencia” sin ningún tipo de precisión implica que frente a conductas desplegadas al interior de una manifestación o reunión, la imposición de la sanción de disolución pueda resultar desproporcionada. Ahora, precisamente por la imposibilidad de establecer el contenido de la conducta reprochable, la determinación de la proporcionalidad de la medida exigiría realizar un test por cada una de las conductas que pudieran entrar en contradicción con la seguridad, la tranquilidad, el ambiente y la salud pública. Insistimos en que la finalidad perseguida por la norma encuentra asidero constitucional, pero existen casos en los que la decisión de disolver una manifestación no cumpla con los requisitos de necesidad, idoneidad o proporcionalidad en sentido estricto. El reproche consiste en que finalmente serán las autoridades administrativas y policiales las que llenen de contenido la conducta y por lo tanto sea imposible establecer *a priori* la legitimidad de la medida de disolución, de un lado, y que se desconozca el artículo 37 cuando señala que dicha definición solo puede estar en cabeza del legislador.

Así, debido al desconocimiento al principio de legalidad propio de la definición de conductas susceptibles de sanción, le solicitaremos a la H. Corte que declare inexecutable el inciso 4 del artículo 53 de la ley 1801 de 2016, por la vulneración a los artículos 29 y 37 de la CP.

- iii. *La ausencia de una sanción para quien realice señalamientos infundados contra manifestantes configura una omisión legislativa relativa reprochable constitucionalmente*

Síntesis del cargo

En el presente apartado queremos demostrarle a la H. Corte Constitucional que si bien la redacción del artículo 55 de la ley 1801 no riñe en su contenido con ninguna disposición constitucional, hay un elemento o ingrediente esencial que fue olvidado por el legislador, como es la sanción derivada de la prohibición impuesta, que nos permite concluir la configuración de una omisión legislativa relativa reprochable constitucionalmente. Explicaremos entonces que es de la esencia del derecho de policía que cuando se proscriba una conducta por afectar el ejercicio de otros derechos, ello acarree una consecuencia jurídica, regularmente una sanción administrativa como las multas, o las sanciones disciplinarias para el caso de los funcionarios públicos, pues ello tendría un efecto preventivo o disuasorio.

Alcance de las disposiciones acusadas

En las próximas líneas demostraremos que el artículo 55 comporta una omisión legislativa relativa reprochable constitucionalmente por no contemplar una sanción para la conducta descrita lo cual redundaría en una violación del Preámbulo, artículo 1, 2 y 5 de la Constitución relacionados con la obligación de las autoridades de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Tal como se encuentra redactada la norma, su incumplimiento solo podría acarrear una sanción para los servidores públicos, en virtud del artículo 278 de la Constitución y los artículos 48, 49 y 50 del Código Disciplinario Único, que establecen como causal de mala conducta el quebrantamiento de la Constitución y la ley, y por lo tanto quedarían sometidos al poder disciplinario del Ministerio Público ante un eventual señalamiento infundado en contra de los manifestantes. Sin embargo, dicha sanción deriva de un fundamento diferente al perseguido por las normas de policía.

Concepto de la violación

Como se puede extraer del artículo 55 de la ley 1801, está expresamente prohibido en el ordenamiento jurídico colombiano divulgar información o mensajes falsos que pretendan vincular a las personas que ejercen legítimamente el derecho a la manifestación pública con grupos armados al margen de la ley o cuando por cualquier otro medio se busque deslegitimar el ejercicio del derecho. Es una proscripción clara y expresa que busca proteger el derecho a la protesta frente a acusaciones infundadas que puedan afectar su curso e incluso poner en riesgo la vida e integridad de las y los manifestantes por cuenta de ello. A nuestro juicio, es una medida adecuada y justa con el propósito que persigue, por lo que su constitucionalidad no suscita controversias.

Ahora bien, como lo hemos venido anticipando, nuestra mayor preocupación de orden constitucional se encuentra en que es una conducta que carece de consecuencias en el ordenamiento jurídico, lo que podría hacerla devenir en una prohibición inane o estéril, a pesar de su importancia en la protección del derecho a la manifestación pública. Específicamente, desvirtúa el compromiso del artículo 2° de la CP que asegura que uno de los fines del Estado es asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, además del carácter vinculante de la CP y la ley para los particulares y los servidores públicos. Y ello, de acuerdo a nuestro planteamiento, configura una omisión legislativa relativa que debe ser objeto del control de constitucionalidad confiado a esta Honorable Corte, para lo cual en adelante nos ocuparemos satisfacer la argumentación requerida.

Como ha sido ampliamente trabajado por la jurisprudencia constitucional, el cargo por omisión legislativa relativa debe satisfacer dos esferas de análisis. La primera, que es en la que se deben demostrar que se reúnen los requisitos para su estudio, se debe acreditar:

“(...) (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la

Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta”⁵⁵.

Y la segunda esfera de análisis, que es en la que el operador jurídico se debe detener a analizar si concurren las condiciones de configuración de la omisión legislativa, se debe demostrar:

“(…) (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”⁵⁶

Por lo tanto, y a efectos de satisfacer la argumentación requerida en la formulación de este tipo de cargos, a continuación desarrollaremos las cinco fases de sustentación del examen.

- *Existencia de una norma de la que se predica la omisión legislativa relativa*

Como se encabeza el presente aparatado, hemos identificado que el artículo 55 de la ley 1801 de 2016 es la norma de la cual consideramos que se desprende la omisión en razón a la falta de un ingrediente esencial en la regulación de una prohibición que se enmarca en el uso del poder de policía a efectos proteger el derecho a la manifestación pública y pacífica.

- *El precepto omite incluir un ingrediente esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta*

En esta fase de análisis debemos precisar cuál es el ingrediente necesario que fue omitido por la norma, que es precisamente la condición que se demanda para su respectiva adecuación con el ordenamiento jurídico constitucional. Y ya lo hemos enunciado. Se trata específicamente de la pretermisión por parte del legislador de establecer una sanción o medida coactiva para las personas que incurran en el supuesto del artículo 55. Es decir, el ingrediente esencial omitido fue la consecuencia jurídica de incumplir lo mandado por la ley. Al respecto nos corresponde demostrar por qué ese elemento es esencial y cuáles son las razones por las que condicionan la constitucionalidad de la norma.

Al respecto debemos precisar lo siguiente. El artículo 55 de la ley 1801 se encuentra enmarcado en un sistema jurídico, cual es el régimen nacional de policía, el cual puede ser definido como *“el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”⁵⁷*, a través de

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1549 de 200, M.P. (E): Martha Victoria Sáchica Méndez

⁵⁶ *Ibíd*

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

la regulación y restricción de algunas libertades. Es decir, este es un cuerpo normativo dirigido a regular el comportamiento de los ciudadanos en aquellos casos en que, como parte del goce de sus derechos, represente una afectación a los derechos de otras personas, mediante la previsión de medidas tanto preventivas como correctivas o coercitivas. Si bien el ordenamiento policivo tiene una característica común con el derecho penal como lo es el elemento regulador, este último tiene como fin la represión de las conductas consideradas lesivas de bienes o valores esenciales en la sociedad, mediante la imposición de las penas más severas, mientras el derecho de policía tiene la misión de asegurar las condiciones generales de convivencia entre los ciudadanos, que puede verse alterada por la comisión de ciertas conductas, que en todo caso, jamás tendrán la entidad o la represión propia de un delito.

De lo anterior se puede colegir que la conducta descrita por el artículo 55, y su respectiva proscripción, es una manifestación de lo que es conocido por la jurisprudencia y la doctrina poder de policía, el cual se puede definir como la facultad radicada en cabeza del legislador consistente en la creación de leyes que reglamenten el ejercicio de la libertad en los casos en que esta trascienda del ámbito privado, de forma que *“delimita derechos constitucionales de manera general y abstracta y establece las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo”*⁵⁸. Dicha facultad ha sido definida también como la potestad sancionadora de la administración, para diferenciarla de la potestad sancionadora de la jurisdicción en asuntos penales, y que según la sentencia C-597 de 1996⁵⁹ se justifica porque:

*“i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”*⁶⁰.

Asimismo la Corte ha asegurado que, bajo esta lógica, la sanción es el componente que busca darle vigencia a los cometidos que se propone su incorporación en el régimen de policía, cual es disuadir la realización de las conductas proscritas por considerarlas como atentatorias del derecho de otras personas. En concreto:

“La doctrina administrativa tradicional ha considerado la potestad sancionadora de la administración como una expresión del poder de policía, en cuya virtud el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ M.P.: Alejandro Martínez Caballero

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

con el fin de garantizar el orden público. La sanción viene a ser el instrumento coactivo para hacer cumplir la medida de policía.”(Negrilla fuera de texto)⁶¹.

De lo anterior podemos colegir entonces que la facultad regulatoria radicada en cabeza del Congreso de la República en virtud del poder de policía que ostenta, comprende una habilitación para legislar sobre aquellas conductas que pueden llegar a impedir la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. Para ello se faculta a las autoridades administrativas a tomar medidas preventivas, correctivas o coercitivas ante su comisión, que toman la forma de sanción o medida correctiva a efectos de disuadir su realización.

Para el caso en concreto hallamos que el legislador encontró que los señalamientos infundados contra los manifestantes son una conducta encaminada a deslegitimar y obstaculizar el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es la manifestación pública, por lo cual proscribió su comisión. No obstante pretermitió la consecuencia jurídica por la incursión en ella, omitiendo así un elemento que es de la esencia del derecho de policía.

- ***La exclusión del ingrediente carece de un principio de razón suficiente***

La disposición contenida en el artículo 55 de la ley 1801 fue incluida dentro del debate legislativo en la ponencia para cuarto debate en la Cámara de Representantes (plenaria)⁶², aprobada⁶³ y conciliada⁶⁴, sin que se pudiera constatar ningún tipo de deliberación con respecto a la necesidad o utilidad de proscribir la conducta sin especificar la respectiva medida correctiva. Ello no nos permite entrar en un análisis profundo sobre cuáles fueron las consideraciones que tuvo el legislador para no hacerlo. Incluso, ante la imposibilidad de corroborar lo anterior, podría contemplarse que una de las razones haya sido el descuido o la ligereza en el trámite de la disposición. No obstante lo anterior, en este punto resulta importante señalar que la pretermisión del componente sancionatorio en la prohibición de realizar señalamientos infundados contra los manifestantes, le resta efectividad al propósito de amparar el derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica que declara la norma, pues su comisión carecería de consecuencias jurídicas para los infractores haciendo nugatorio el propósito de disuasión que tienen este tipo de normas.

- ***La falta de justificación y objetividad genera una desigualdad negativa***

En esta fase del juicio de omisiones legislativas relativas, reprochables constitucionalmente, se le debe ofrecer al juez de constitucionalidad argumento que le permitan generar certeza sobre la desigualdad negativa que genera la pretermisión. Es de advertir que este tipo de análisis tiene un nivel de exigencia mayor cuando lo que se alega es que la omisión genera un quebranto del principio de igualdad y no

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz.

⁶² Cfr. Gaceta del Congreso 414 del 13 de junio de 2016

⁶³ Cfr. Gaceta del Congreso 439 del 16 de junio de 2016.

⁶⁴ Cfr. Gaceta del Congreso 440 y 441 del 17 de junio de 2016.

discriminación por excluir de las consecuencias de una disposición a un grupo poblacional claramente identificable. Como lo hemos manifestado, en este caso enfrentamos que el olvido del legislador repercute en la ausencia de un ingrediente o condición esencial de la norma para adecuarse a los preceptos constitucionales.

Sin embargo, en gracia de discusión y con el propósito de satisfacer a cabalidad lo ordenado por el juicio de omisiones legislativas relativas, es factible concluir que la ausencia del componente sancionatorio en la proscripción de señalamiento infundados genera una ostensible desventaja para aquellos manifestantes contra quienes se dirijan los señalamientos que, si bien cuentan con la garantía de que la conducta está proscrita por el Código de Policía, esta es una garantía incompleta o desmejorada. Quiere decir que en estos casos sus derechos no cuentan con el mismo nivel de protección con la que cuentan la afectación a otros derechos, como es el caso de la vida e integridad personal⁶⁵ o la tranquilidad y relaciones respetuosas entre las personas⁶⁶, entre otras, pues a estas el legislador sí las dotó de una garantía plena asignándole una medida correctiva a los comportamientos o conductas que los afectan. O incluso, otras conductas que atentan contra el derecho a la protesta como el irrespeto de las manifestaciones en razón a su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal⁶⁷, son sancionadas mediante una medida correctiva consistente en Multa General tipo 4.

En suma, la ausencia del ingrediente esencial que hemos identificado, además de restarle eficacia a la prohibición contenida en el artículo 55, pone en una situación desfavorable y desigual a las y los manifestantes que sean sujetos de señalamientos infundados, pues su derecho en este caso no recibe el mismo grado de protección que otros derechos o conductas contempladas por el Código de Policía.

- ***La omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador***

Finalmente debemos demostrarle a la Honorable Corte que la pretermisión del legislador redundará en el cumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente. Para eso debemos señalar que al menos son tres las disposiciones que se encuentran desafiadas por la omisión del artículo 55, todas relacionadas con el principio de efectividad de los derechos, principios y deberes constitucionales.

En efecto el preámbulo y los artículos 1º, 2º y 5º de la Constitución reconocen la efectividad de los derechos, principios y deberes contenidos en ella como un eje axial de la organización estatal. De acuerdo con la Corte Constitucional este principio cuenta con dos vertientes, *“la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos”*⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. Artículo 27 de la ley 1801 de 2016

⁶⁶ Cfr. Artículo 33 de la ley 1801 de 2016

⁶⁷ Cfr. Artículo 53, parágrafo 2 de la ley 1801 de 2016

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-068 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

Quiere decir lo anterior que los derechos que son reconocidos por la Constitución y desarrollados por el legislador a través del establecimiento de sus respectivas garantías, deben tener la vocación de ser realizables. Por lo que si hay una medida dirigida a la protección de un derecho, como es la prohibición de una conducta que atenta contra su contenido, deben contemplarse las medidas conducentes a su cumplimiento. Cabe decir, como lo argumentamos anteriormente, que cuando se trata de disposiciones que componen el derecho de policía hay un consenso en que los comportamientos que ponen riesgo el ejercicio de un derecho, la medida más adecuada para su protección resulta ser la imposición de una medida correctiva o sancionatoria.

En este sentido vale la pena mencionar que la jurisprudencia constitucional ha advertido que la efectividad de los derechos, principios y deberes reconocidos por la CP, en el plano judicial, se asegura mediante el denominado derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia⁶⁹. Más específicamente, ha señalado que la efectividad de los derechos fundamentales es un parámetro que debe ser observado por el legislador dentro de la libertad de configuración que ostenta en materia punitiva. Al respecto ha afirmado que *“una de las formas en que el Estado cumple su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales es tipificando como delitos, conductas en que los particulares o los agentes del estado pueden vulnerar dichos derechos”*⁷⁰. *Mutatis mutandi* se podría aseverar que una de las medidas con las cual el Estado cumple su deber de proteger el derecho a la manifestación pública y pacífica es proscribiendo y sancionando aquellas conductas que vulneran o restringen los derechos.

En suma, resulta ostensible que la ausencia de una medida correctiva frente a la conducta de señalamientos infundados proscrita por el Código de Policía, redundando en la ineffectividad del derecho que se pretende proteger, violando lo dispuesto por el artículo 2º de la Constitución.

Con todo lo anterior hemos querido demostrar que el legislador en la proscripción contenida en el artículo 55 de la ley 1801 de 2016 actuó omitiendo un ingrediente esencial para adecuar la norma a los designios de la Constitución. En tal medida consideramos que se constata la configuración de una omisión legislativa relativa que debe ser objeto del reproche constitucional que le corresponde realizar a esta H. Corte Constitucional.

Ahora bien, la constatación de una omisión legislativa relativa frecuentemente debe conllevar a que la Corte responda mediante un remedio que solvete la pretermisión alegada para así restablecer el principio de normatividad de la Constitución. Y ha señalado que:

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-766 de 2009, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra: “Como ha advertido esta Corporación en múltiples oportunidades, el derecho de acceso a la administración de justicia o también denominado derecho a la jurisdicción, hace parte fundamental del debido proceso porque materializa el valor de justicia, hace efectivo el deber del Estado de administrar justicia y garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (preámbulo y artículos 1º y 2º superiores)” (negritas fuera de texto).

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 587 de 1992, MP.: Ciro Angarita Barón.

“(…) en algunos casos, la solución consiste en la remoción, previa declaratoria de inexequibilidad, del ingrediente normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, es decir, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, excluyendo circunstancias que debieron quedar cobijadas. En otros, la Corte Constitucional dicta una sentencia integradora o aditiva, en la que declara que la disposición demandada es exequible, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas y adicionales a las que la norma expresamente contempló, precisamente a aquellas sobre las cuales se encuentre probada la alegada omisión legislativa”.

De acuerdo con lo anterior, para el caso en concreto *prima facie* sería exigible al juez constitucional que proceda a resolver el caso mediante una sentencia aditiva o integradora que contemple una sanción para la conducta que se encuentra proscrita por el artículo 55 de la ley 1801. Es decir, que el remedio judicial provisto por el tribunal constitucional sea el de agregar ingrediente esencial omitido por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución.

Ahora, ello plantea una cuestión adicional que debe ser resuelta por la H. Corte Constitucional y es que de adicionar dicho elemento se podría afectar el principio constitucional de legalidad de las sanciones de conformidad con lo previsto por el artículo 29 de la Constitución. En efecto la jurisprudencia constitucional ha remarcado que el *“debido proceso debe guiar la actuación de la administración y la sanción administrativa no puede ser ajena a los principios que lo integran, en cuanto las garantías sustanciales y procesales han sido consagradas en la Constitución a favor de la persona investigada y están destinadas a proteger sus derechos fundamentales y a controlar la potestad sancionadora del Estado”*⁷¹ lo cual incluye, por supuesto, la reserva de ley que ostenta el establecimiento de sanciones. No obstante lo anterior, también es cierto que la aproximación al contenido del debido proceso administrativo es mucho más flexible que al debido proceso judicial penal⁷². En palabras de la Corte:

*“La rigurosidad en el derecho penal es mayor debido a que no solo su campo de aplicación es más amplio, pues está dirigido a todo el conglomerado social, sino que se compromete el derecho fundamental a la libertad de la persona. El derecho administrativo correccional, por su parte, va dirigido a un grupo determinado de personas y está orientado a sancionar el incumplimiento de determinadas reglas preestablecidas, dirigidas al mantenimiento de ciertas condiciones que hacen efectivo el servicio, pero que no restringen derechos fundamentales, en cuanto las sanciones consisten, en la generalidad de los casos, en multas, suspensiones y restricciones, que pueden ser operativas o de utilización de bienes y servicios”*⁷³.

Dicho lo anterior vale la pena observar el remedio judicial provisto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-798 de 2008⁷⁴, donde tuvo que resolver una demanda

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-853 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-853 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

⁷⁴ M.P.: Jaime Córdoba Triviño

presentada contra el parágrafo 1 del artículo 1 de la ley 1181 de 2007, que modificaba el Código Penal en materia de la tipificación del delito de inasistencia alimentaria, pues el ámbito normativo de la disposición excluía de la protección a las parejas del mismo sexo. La Corte encontró probado que el legislador omitió incluirlas, violando así el principio de igualdad, por lo que debía resolver el caso integrando a la tipificación penal la protección de este tipo de parejas. Y así lo hizo sin considerar que hubiese una tensión irresoluble con el principio de legalidad que rige en materia penal.

Las experiencias jurisprudenciales sobre el alcance de la modulación de efectos frente a normas penales fueron recogidas en la sentencia C-100 de 2011⁷⁵ que concluyó lo siguiente:

*“Sobre la posibilidad de dictar sentencias integradoras en materia penal, un sector de la doctrina considera que en dicha materia este tipo de sentencias pueden llegar, en ciertos casos, a tener el alcance de desconocer el principio de legalidad de los delitos y las sanciones, por lo cual es preferible declarar la exequibilidad de la norma cuestionada y exhortar al Congreso para que corrija el defecto constitucional. Así sucedió por ejemplo en la sentencia C-016 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), donde la Corte a pesar de reconocer la existencia de una omisión legislativa relativa que dejaba desprotegidos a los compañeros o compañeras permanentes frente al delito de inasistencia alimentaria, prefirió exhortar al Congreso, para que fuera éste quien corrigiera dicha omisión. A pesar de la exhortación de la Corte, la expedición de la norma penal que extendió la protección penal al compañero o compañera permanente frente al delito de inasistencia alimentaria se produjo casi cuatro años después de la sentencia C-016 de 2004, con la expedición de la Ley 1181 de 2007, dejando desprotegidos durante ese período a cientos de compañeros y compañeras permanentes, tal como fue resaltado durante el debate de la ley en el Congreso. Otro sector de la doctrina ha considerado que de **manera excepcional se puede acudir a este tipo de remedio**, dado que la mera exhortación al Congreso **permite que una situación inconstitucional se perpetúe en el tiempo** y en esa medida, se ha acudido a este remedio constitucional. **Lo cual muestra que en realidad no existe una incompatibilidad entre la materia penal y la modulación de las sentencias (a través de fallos interpretativos o integradores, según el tipo de modulación que se haga), sino con el tipo de modulación que pueda hacerse de tal manera que conduzca a una norma equívoca.** En el caso de la modulación de normas penales que han incurrido en omisiones legislativas relativas, ésta ha conducido tanto a ampliar tipos penales, como a atenuar o agravar las consecuencias punitivas”* (negrillas fuera de texto).

De lo anterior debemos necesariamente resaltar la conclusión según la cual, no hay una incompatibilidad absoluta entre las sentencias integradoras y la resolución de omisiones legislativas relativas relacionadas con materias penales, pues lo esencial es que la modulación de los efectos conlleve a una norma inequívoca. Y eso nos lleva a concluir que si no existe dicha incompatibilidad con el debido proceso en materia penal, que es el

⁷⁵ M.P.: María Victoria Calle

estándar más estricto, no habría por qué tenerlo en la potestad sancionadora de la administración. Por lo anterior le solicitaremos a la Corte Constitucional como pretensión principal⁷⁶ que declare la constitucionalidad del artículo 55 de la ley 1801 bajo el entendido que la realización de señalamientos infundados conllevará a la imposición de una Multa General tipo 4, en cuanto esa es la sanción prevista para quienes irrespeten las manifestaciones en razón a su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal⁷⁷ que es una previsión para proteger el mismo derecho contemplado por el artículo 55 y que respecto a servidores públicos se entiende que aplican las sanciones previstas en el Código Disciplinario Único por infracciones a la constitución y la ley.

- iv. *La intervención excepcional de las fuerzas militares en las manifestaciones públicas, además de violar el derecho a la manifestación pública y pacífica, viola el principio de distinción y suplanta las funciones que constitucionalmente le fueron confiadas a la policía.*

Síntesis del cargo

En el presente apartado argumentaremos porqué la disposición que le otorga excepcionalmente a las fuerzas militares la facultad de intervenir en el desarrollo de operativos de control, contención o garantía de la realización de las movilizaciones, viola el principio de distinción ampliamente reconocido como norma del *ius cogens* del derecho internacional humanitario y además suplanta las funciones que constitucionalmente le fueron otorgadas a la Policía Nacional como cuerpo armado de origen civil.

Alcance de las disposiciones acusadas

Como lo anticipamos, el problema jurídico que consideramos debe afrontar la H. Corte Constitucional es si la facultad excepcional de la fuerza pública para intervenir en las manifestaciones públicas y pacíficas desafía los contenidos de la Constitución. A nuestro juicio son al menos dos los preceptos que se encuentran violados. El primero, relacionado con la vigencia en todo tiempo del derecho internacional humanitario (artículo 214.2), y el segundo con la usurpación de funciones que le han sido otorgadas a la Policía Nacional (art.218).

Concepto de la violación

⁷⁶ Al respecto vale la pena recordar que en la sentencia C-020 de 2015 (M.P.: María Victoria Calle Correa) la Corte aclaró que sí es posible presentar una demanda con la pretensión principal de constitucionalidad condicionadas, siempre que satisfaga los demás requisitos argumentativos de la demanda, pues no es admisible desde el punto de vista constitucional exigirle a los ciudadanos que actúen en contra del principio de lealtad procesal (ocultando su pretensión) y abandonen su pretensión de justicia, al requerir que se dicte una sentencia incompatible con lo que –en su criterio– ordena la Constitución.

⁷⁷ Cfr. Artículo 53, parágrafo 2º de la ley 1801 de 2016

Sea lo primero establecer las razones por las cuales consideramos que el principio de distinción se ve afectado por la disposición demanda, para lo cual resulta necesario explicar el entendimiento que tenemos del mismo y cuál es su rol en el ordenamiento constitucional colombiano.

El derecho internacional humanitario (DIH) es el conjunto de normas que se encuentran esencialmente contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados. Este cuerpo jurídico tiene como propósito fundamental limitar los efectos de los conflictos armados para proteger a las personas que no participan en las hostilidades o que han decidido dejar de participar en el enfrentamiento, y restringir y regular los medios y métodos de guerra a disposición de los combatientes⁷⁸. La Constitución en 1991 optó por establecer en el artículo 214.2 que este conjunto de normas son aplicables en “todo caso” estableciendo así, como lo ha corroborado la jurisprudencia constitucional⁷⁹, nuevos límites para las políticas de seguridad y defensa.

En este sentido resulta de especial importancia el rol que ostenta el principio de distinción en el DIH toda vez que, además de ser una norma del *ius cogens* – lo que significa que es un postulado comúnmente aceptado que no puede ser desconocido en ningún instrumento internacional-, es un elemento articulador del ordenamiento jurídico internacional e interno⁸⁰. En términos generales este principio puede ser definido como el mandato supremo que obliga a las partes armadas en un conflicto a diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de ningún tipo de acción bélica. Es decir, concretiza la necesidad imperiosa de no involucrar en el conflicto armado a la población civil, y a aquellos que han depuesto las armas, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte. De acuerdo con Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck⁸¹, el principio de distinción contiene seis normas que deben ser observadas de acuerdo con las prácticas de los Estados generadoras de costumbre internacional: i) Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. ii.) Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. iii.) Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso. iv.) Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, agrupaciones y unidades armadas y organizadas que estén bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte. Los civiles no deben ser atacados. v.) Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles. Y vi.) Las personas

⁷⁸ Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, ¿Qué es el derecho internacional humanitario?, julio de 2014, disponible en la web: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencias C-574 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón y C-225 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires: 2007, Págs. 3-29.

civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Con la anterior referencia queremos explicar que el principio cardinal que rige la distinción como elemento definitorio del DIH parte del supuesto de que bajo ninguna circunstancia o condición la población civil puede ser atacada por quienes ostentan las armas en un conflicto armado, entiéndase por quienes adelantan las hostilidades. Para el caso colombiano encontramos que tal atributo adicionalmente no solamente rige bajo situaciones de conflicto, sino que debe verificarse en todo tiempo por mandato directo del artículo 214.2.

Siguiendo adelante, encontramos que la Constitución de 1991, en su artículo 217, erigió a las Fuerzas Militares como el cuerpo armado encargado de realizar las acciones de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Luego su mandato está centrado en enfrentar las hostilidades contra los agentes- entiéndase combatientes – que amenacen ciertamente estos elementos cohesionadores del Estado social de derecho. Luego su obligación primaria es la de no involucrar y diferenciar a la población civil en sus actuaciones.

Ahora bien, cuando se le faculta a este cuerpo armado a intervenir excepcionalmente en las movilizaciones sociales para realizar operativos de control, contención o garantía, se le faculta entonces a ejercer sus funciones en situaciones donde la población civil, organizada en torno al ejercicio del derecho a la protesta, es protagonista, violando así el principio de distinción. En otros términos, en la medida en que las fuerzas militares son por definición combatientes en un conflicto armado, cualquiera que sean las características del mismo, su capacidad de intervenir aun cuando sea excepcionalmente en las manifestaciones o movilizaciones sociales, pone a los manifestantes en el plano de combatientes desprovéyéndolos de la garantía protección.

Los defensores de la norma podrían alegar que su facultad es excepcional cuando la Constitución o la ley así lo establezcan. Sin embargo, por un lado, no es posible hallar ningún pasaje constitucional que lo contemple, ni tampoco disposición alguna de la ley 137 de 1994 estatutaria de los Estados de excepción. Y por el otro, aun cuando existiera la disposición, el mandato del artículo 214.2 es claro y expreso en decir que el DIH se respetará en todo caso, es decir, incluso cuando hayan circunstancias excepcionales. Es por lo anterior que consideramos que la expresión final del artículo 56 de la ley 1801 resulta violatoria del principio de distinción.

Ahora bien, lo anterior guarda absoluta sintonía con el segundo cargo de inconstitucionalidad que alegamos y es la usurpación de funciones propias de la Policía Nacional. El constituyente, consciente de que en un democracia constitucional las fuerzas militares no pueden ser las encargadas de exigir el cumplimiento de la ley por parte de los habitantes, contempló en el artículo 218 la creación de un cuerpo armado de naturaleza civil con el fin primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Esta distinción entre un cuerpo armado de carácter civil y otro militar según la Corte Constitucional tiene asidero en razones filosóficas y políticas que distinguen la Constitución de 1991. Particularmente ha señalado que:

“El fundamento de la separación entre lo civil y lo militar no proviene de una distribución funcional de tareas estatales, sino de un principio esencial en la organización de las relaciones entre el Estado-aparato y los gobernados, que puede ser expresado como sigue: el ejercicio de la fuerza pública debe ser el mínimo necesario para mantener las condiciones de libertad que permitan el ejercicio de los derechos fundamentales. La enorme capacidad destructiva del poder militar y su connotación invasiva o defensiva de territorios o instituciones, hace de este un poder inadecuado para el manejo de la seguridad cotidiana del ciudadano. El poder policivo, en cambio, dado su carácter meramente preventivo y la relativa debilidad de su poder bélico, se encuentra en mejores condiciones para proteger la libertad ciudadana. “El origen del constitucionalismo occidental estuvo muy ligado a la protección de la seguridad individual y ello explica las restricciones impuestas al poder militar en las tareas propias de la coerción interna”⁸²

Luego la intención del constituyente de atribuirle la competencia del mantenimiento de las condiciones para la convivencia a la Policía Nacional, fue indiscutiblemente la de trazar un lindero infranqueable para evitar por sobre todas las cosas que la fuerza desmedida del poder militar pudiera dirigirse contra la población civil, en concordancia con el principio de distinción que rige en todo tiempo en Colombia.

Lo anterior, adicionalmente, se alinea perfectamente con las recomendaciones de organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha señalado que:

*“La tarea que debe cumplir la institución policial en el contexto de la sociedad es delicada, y requiere de instrucción y entrenamiento especiales. Consecuentemente, como principio general, **la policía no debe ser suplida en su tarea por las Fuerzas Armadas**. La Comisión desea recomendar, con énfasis, que las Fuerzas Armadas no sean empleadas en la tarea de hacer cumplir la ley -- particularmente en áreas tales como la investigación de crímenes comunes y la ejecución de arrestos-- que por su especialidad, complejidad y su contacto con la sociedad, debe ser responsabilidad de un cuerpo policial debidamente instruido y especialmente respetuoso del Derecho”⁸³.*

Así pues, si asumimos que los operativos de control, contención o garantía de la realización de las movilizaciones sociales son actividades connaturales a la garantía de la convivencia pacífica entre los habitantes, tal y como lo reconoce la ley 1801, es innegable que son funciones propias de la Policía Nacional que en ningún momento podrían ser suplidas por las Fuerzas Militares, estando absolutamente proscrito en el ordenamiento jurídico nacional que militares acudan e intervengan en el control de

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-453 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, 17 febrero 1998, Doc. OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6, disponible en web: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/97indice.htm>

manifestaciones, reuniones y protestas cualquiera que sea su naturaleza De ahí que esta H. Corte Constitucional deba proceder a declarar la inconstitucionalidad de la disposición demandada.

- v. *La exigencia de una autorización previa para realizar reuniones o manifestaciones públicas y pacíficas en áreas protegidas del SINAP, además de violar el derecho a la manifestación pública y pacífica, vulnera el derecho a un ambiente sano.*

Síntesis del cargo

La exigencia de un permiso de la autoridad ambiental para poder adelantar reuniones en áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas – SINAP, así como la sanción que habilita la disolución por parte de la policía, vulnera el derecho a la manifestación pacífica consagrada en la Constitución Política y los convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el derecho a un ambiente sano. La medida no resulta proporcional para proteger al medio ambiente, y por el contrario, habilita una actuación de la policía que lo pondría en riesgo.

Alcance de las disposiciones acusadas

El numeral 9 de artículo 103 del Código de Policía incorpora dos contenidos. Por una parte exige permiso de la autoridad ambiental para cualquier reunión o manifestación pública (parte dinámica del derecho de reunión), y por otro lado, se refiere a la realización de actividades que involucren aglomeración de público, para la cual también exige permiso de la autoridad ambiental competente. El mismo Código de Policía define en sus artículos 58 y 59 lo que se entiende por actividades que implican aglomeración de público, las cuales además categoriza en complejas y no complejas, y corresponden a actividades distintas de las que se consideran propias del ejercicio de reunión o manifestación para protestar. Las actividades que implican aglomeración de público (sean complejas o no complejas) implican definición de aforos, tipos de evento, clasificación de edad, preparación logística, entre otra serie de medidas propias de eventos como conciertos, presentaciones teatrales, musicales, danzas, circos, espectáculos deportivos entre otros, lo cual es claramente diferente de las reuniones o manifestaciones propias de una protesta social que no requieren autorización previa y que pueden incluso ser espontáneas. Por tanto, es claro que cuando el numeral 9 pretende exigir la autorización previa para las reuniones y manifestaciones ciudadanas, de la misma manera como lo hace para los eventos que implican aglomeración de público de muy distinta naturaleza, está violando mandatos superiores al restringir la libertad de reunión y manifestación en las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas - SINAP exigiendo un permiso previo de la autoridad ambiental. Pero adicionalmente, afecta el derecho al ambiente sano al permitir la disolución de la manifestación por medios policivos, pues puede la Policía entrar a las áreas protegidas sin control alguno con la potencialidad de generar afectaciones en el área incluso mayores a las que se podrían generar con la presencia de las personas que allí se reúnan. Asimismo, el artículo pone la carga de obtener una autorización de la autoridad

ambiental para quienes se van a reunir o manifestar, proscrita por la normatividad internacional que integra el bloque de constitucionalidad, pero no para la intervención de la policía que podría resultar incluso más lesiva para medio ambiente y así vulnera el derecho al ambiente sano contemplado en la Constitución Política.

Concepto de la violación

La Corte Constitucional ha enfatizado en su jurisprudencia que si bien se pueden limitar el derecho a la protesta, esta limitación no debe afectar el derecho de forma irrazonable o desproporcionada. En este sentido, ha afirmado que *“aun reconociendo la tensión que surge entre el ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica y el mantenimiento del orden público, no puede el legislador desbordar los principios de **razonabilidad y proporcionalidad** al hacer uso del margen de configuración o establecer restricciones cuya vaguedad conduzca a impedir tal derecho.”*⁸⁴ (Énfasis propio).

En este orden de ideas, *“(…) al ser el derecho a la reunión y a la manifestación pública y pacífica un derecho fundamental reconocido y garantizado en la CP, el legislador solamente puede restringirlo cuando ello persiga un fin constitucionalmente imperioso, la restricción sea el medio idóneo para lograrlo y su efecto sea mucho más beneficioso que el sacrificio del derecho a la protesta”*⁸⁵. A continuación se analizan los cuatro requisitos del test de proporcionalidad en el caso concreto de la norma demandada para demostrar que la medida no los cumple.

- Finalidad de la medida

En efecto la restricción a la manifestación pacífica en las áreas del SINAP⁸⁶ persigue un fin constitucionalmente imperioso: la protección del medio ambiente como obligación constitucional del Estado.

- La restricción no es el medio idóneo para lograr el fin perseguido

En este caso si bien se busca la protección de las áreas del SINAP, éstas ya tienen una reglamentación que limita determinadas actividades que la protesta pacífica debe respetar. La sola reunión o manifestación dentro de un área del SINAP no implica *per se*

⁸⁴ Corte Constitucional. C-742 de 2012, M.P.: María Victoria Calle.

⁸⁵ Gallón, G. Regular el derecho a la protesta pacífica en Colombia: de la represión a la garantía plena del derecho. Comisión Colombiana de Juristas. Junio de 2016. 9 p.

⁸⁶ Áreas del SINAP de acuerdo con el Decreto 1076 de 2015:

“Artículo 2.2.2.1.2.1. Áreas protegidas del SINAP. Las categorías de áreas protegidas que conforman el SINAP son:

Áreas protegidas públicas:

- a) Las del Sistema de Parques Nacionales Naturales.
- b) Las Reservas Forestales Protectoras.
- c) Los Parques Nacionales Regionales.
- d) Los Distritos de Manejo Integrado.
- e) Los Distritos de Conservación de Suelos.
- f) Las Áreas de Recreación.

Áreas Protegidas Privadas:

- g) Las Reservas Naturales de la Sociedad Civil.”.

una afectación al ambiente, pues al ser reconocido este derecho como una actividad pacífica, no tendría por qué generar un impacto negativo en el área protegida. Una gran afluencia de personas, entendiéndose que los ecosistemas tienen una capacidad de carga⁸⁷, puede en efecto representar un riesgo para el ecosistema. Sin embargo, de acuerdo con la regulación ambiental, las autoridades ambientales encargadas de cada una de las áreas del SINAP cuentan con una reglamentación para el acceso a las mismas. En ese sentido, la afluencia de personas estaría dada por las normas existentes de acceso a estos lugares. Además del control del número de personas que pueden acceder a las distintas áreas que conforman el SINAP, éstas cuentan con otras normas para que los visitantes no afecten los ecosistemas, como podría ser la restricción de ciertos elementos, entre otros.

En este sentido, la reunión o manifestación que se haga en las áreas del SINAP debe respetar la reglamentación de acceso y manejo de éstas, en particular su capacidad de carga, so pena de incurrir en las sanciones que ya existan para el caso, o incluso las restricciones de acceso. Por lo tanto, la exigencia de un permiso previo de la autoridad ambiental se convertiría en una carga excesiva violatoria del derecho de manifestación, que no conduce a la protección del ambiente. Así, es posible afirmar que la medida no tiene ningún impacto positivo en el fin perseguido, pues, como lo hemos demostrado, ya existen otras normas para tal efecto, y por lo tanto la medida resulta inane.

Adicionalmente, consideramos que en este punto la honorable Corte debe evaluar si la medida además de desproporcional, no resulta discriminatoria. Esto ya que los destinatarios naturales de la restricción al derecho de reunión y manifestación son los defensores de causas ambientales, pues justamente muchas de las reuniones que se llevan a cabo en este tipo de escenarios son para abogar por la defensa de los recursos naturales, las especies, el agua o la riqueza medioambiental que esos espacios representan.

Es de resaltar que de acuerdo con el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación “los grupos expuestos a mayores riesgos incluyen también a los grupos y las personas que se convierten en objetivos no debido a su identidad sino porque defienden activamente los derechos de esas personas que corren un mayor riesgo de discriminación y de represalias. Los defensores de los derechos humanos, incluidos los periodistas, los sindicalistas y **los activistas en favor del medio ambiente**, entre otros, se enfrentan en muchos países a una oposición, un acoso y una estigmatización considerables e incluso a agresiones físicas por parte de actores estatales y no estatales.” (Énfasis propio)⁸⁸. Además, el Relator ha resaltado que la “(...) reunión pacífica y de asociación pueden facilitar un diálogo constructivo, que es necesario habida cuenta de los intereses comunes y, en

⁸⁷ La capacidad de carga de un ecosistema calcula “un “número” de visitantes/día en un sitio de visita determinado, a partir de cálculos basados en la medición de variables físicas, biológicas, ambientales, sociales y de manejo de cada sitio a evaluar, como una forma para que los administradores de área puedan manejar y controlar la actividad turística generando el menor impacto posible.” (Guía Metodológica para el monitoreo impactos del ecoturismo y determinar capacidad de carga aceptable en la Unidad de Parques Nacionales Naturales de Colombia. Cubillos, C y Jiménez Z. Parques Nacionales Naturales. 2011.

⁸⁸Informe del Relator Especial sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación A/HRC/26/29. Maina Kiai. ONU. 14 de abril de 2014

ocasiones, las prioridades contradictorias inherentes a la explotación de los recursos naturales.»⁸⁹

Lo anterior adquiere mayor relevancia en un contexto como el colombiano en el que existe un gran número de conflictos ambientales y donde, de acuerdo con el último informe de Global Witness, Colombia se encuentra entre los 7 países con más ambientalistas asesinados⁹⁰. Es de resaltar que dentro de los ambientalistas o defensores de la tierra asesinados hay un gran número de miembros de comunidades indígenas o campesinas que defienden sus territorios y que son sujetos especialmente vulnerables. En este sentido, la norma demanda no constituye una medida adecuada frente a una manifestación pacífica en un área del SINAP, no protege el medio ambiente, y afecta sujetos especialmente **vulnerables**.

- **La medida no es necesaria**

Una vez demostrado que la medida no es idónea, por cuanto existen otras normas que protegen el medio ambiente en escenarios de ingreso de público a las áreas protegidas, resulta consecuente afirmar que la medida no es necesaria. Tal como lo desarrollamos en el apartado anterior, no solo es posible, sino que la legislación ya prevé mecanismos para controlar que el ingreso de personas a estas áreas respete la capacidad determinada por las autoridades ambientales que no implican una restricción al derecho a la protesta como el que trae la norma demandada al establecer la exigencia de un permiso previo.

- **Su efecto sea mucho más beneficioso que el sacrificio del derecho a la protesta**

Por su parte, la sanción que prevé la norma: disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas, podría llegar a generar un impacto mayor que la aglomeración misma, atentando así contra el ambiente sano. La norma es desproporcionada al exigir permiso de la autoridad ambiental para una reunión pacífica, pero no lo requiere para la intervención de la policía, que incluye artefactos como los gases lacrimógenos, entre otras armas que utiliza la policía para dispersar protestas, que si afectarían el ecosistema *per se*. En este sentido, la sanción vulnera el derecho al ambiente sano, consagrado en el artículo 79 de la C.P. y la autoridad que representa la administración ambiental del área protegida pues en todo caso la policía también debe contar con la previa autorización de la autoridad ambiental, igual que el resto de ciudadanos y ciudadanas en cuanto se trate de ingreso a desarrollas actividades que puedan impactar el área.

Con lo anterior hemos demostrado que la exigencia establecida en el numeral 9 de artículo 103 de la ley 1801 de solicitar autorización previa para llevar a cabo reuniones o manifestaciones en áreas protegidas del SINAP, so pena de incurrir en una sanción administrativa, se constituye como una medida desproporcionada en relación con la

⁸⁹Informe del Relator Especial sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación A/HRC/29/25. Maina Kiai. ONU. 10 p.

⁹⁰ Marcos, A. Colombia, entre los siete países con más ambientalistas asesinados. El Espectador. 2016, marzo 30.

garantía del derecho de reunión y manifestación pública, toda vez que para la preservación del medio ambiente ya existen las medidas idóneas y necesarias en el ordenamiento ambiental.

3.2. Inconstitucionalidad de algunas disposiciones relacionadas con el derecho a la libertad personal en particular referidas al medio material de policía denominado traslado por protección y al traslado para procedimiento policivo.

En esta sección presentaremos los argumentos que sustentan las pretensiones respecto de un segundo grupo de disposiciones de la ley 1806 de 2016, por considerarlas violatorias del derecho a la libertad personal y otros derechos reconocidos por la Constitución. En este sentido sostendremos que hay una afectación injustificada constitucionalmente del derecho a la libertad personal cuando se establece (i.) el traslado por protección (art.155); (ii.) el traslado para niños, niñas y adolescentes (numeral 1 y parágrafo 3 art. 39); (iii) el traslado por protección para habitantes de calle (parágrafo 3 art.41) y (iv). El traslado para procedimiento policivo (art.157).

Para abordar cada una de estas disposiciones y los cargos concretos y precisos de inconstitucionalidad respecto de cada una de ellas, se divide la exposición en cinco apartados. En el primero se presenta el marco constitucional que protege el derecho a la libertad personal reconocido por el artículo 28 de la Constitución. En seguida se desarrollan varios cargos de inconstitucionalidad contra varias normas todas relacionadas con el medio material de policía denominado “traslado por protección”.

i. El derecho a la libertad personal en nuestro ordenamiento constitucional

El derecho a la libertad personal es uno de aquellos derechos fundamentales cuya protección reforzada es inherente a toda sociedad democrática. Su consagración busca garantizar un ámbito de inmunidad de la persona frente a las actuaciones de los poderes públicos. Por eso mismo, se predicen una serie de garantías para todas las circunstancias en las que ocurra una privación de la libertad personal, con independencia del nombre que se dé a esta medida: sea detención, internamiento, arresto, confinamiento, retención, encierro, traslado por protección, etc, en cuanto se trate de cualquier medida que comprometa el ejercicio de la libertad personal, para que resulte *legítima* “*debe superar unos requisitos mínimos que se encuentran claramente consagrados en las constituciones democráticas y en los tratados internacionales de derechos humanos.*”⁹¹ En este sentido la Constitución Política de 1991 superó 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. De acuerdo con el orden constitucional vigente y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se puede afirmar que “*la captura administrativa, así como las sanciones reductoras de la libertad impuestas por autoridades administrativas fueron derogadas con la*

⁹¹ Aclaración de voto sentencia C-720 de 2007, Magistrada Catalina Botero

*Constitución Política de 1991 y solamente se restringirá la libertad con orden de autoridad judicial competente”.*⁹²

En Colombia, el derecho a la libertad personal se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Constitución, conforme al cual:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

(...)”

Así mismo diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad protegen este derecho y ofrecen una serie de garantías procedimentales mínimas, orientadas a la interdicción de la arbitrariedad. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (art.7 CADH) y lo complementa con unas 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”* (art. 7.5 CADH). También el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece 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”*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en el artículo 9 que *“todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causadas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”*.

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”*.⁹³

⁹² Corte Constitucional Sentencia C-720 de 2007 M.P.: Catalina Botero Marino. En igual sentido ver Sentencias C-024 de 1994 y C-237 de 2005.

⁹³ 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).

La Corte Constitucional ha precisado que el marco constitucional que comprende la libertad personal implica una serie de derechos-garantía consagrados en la propia Constitución, los cuales están destinados a hacer efectiva la libertad personal de todos los habitantes de territorio y deben ser satisfechos para que la sanción de privación de la libertad, como quiera que esta se denomine, resulte legítima. Estas garantías según los artículos 28 y 29 de la Carta, son: principio de legalidad; reserva judicial; respeto por las garantías constitucionales propias de cada juicio (especialmente por el derecho de defensa y contradicción); y razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

El principio de estricta legalidad indica que una persona puede ser privada de su libertad solo 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 fin y la autoridad competente para adoptar y/o ejecutar tal decisión. Al respecto 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)”*.⁹⁴ 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 genéricas.

Sobre el principio de legalidad ha dicho la Corte Constitucional:

*“El 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”*⁹⁵

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

⁹⁴ Corte IDH. Caso Servellón García vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No 152, párr. 89

⁹⁵ Sentencia C-710 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

dicha medida se le atribuyen finalidades represivas, cautelares o de protección o si se le denomina captura, detención, arresto, retención o como en este caso: traslado por protección.

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. Así, el principio que de manera reiterada la Corte ha dejado esclarecido, es que de conformidad con las disposiciones superiores, la imposición de una medida privativa de la libertad solo procede por orden de autoridad judicial competente, no pudiendo por tanto una autoridad administrativa decretarla en ninguna circunstancia.⁹⁶ Al respecto ha dicho la Corte:

*“Sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente (...) Dicha reserva judicial, no es sino el resultado de la tridivisión del poder al interior de un Estado Democrático, en el cual se excluye la posibilidad que una autoridad administrativa límite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado Colombiano”.*⁹⁷

La jurisprudencia también ha establecido la existencia de un deber conforme al cual se exige que toda restricción del derecho a la libertad cuente con las garantías suficientes para asegurar la defensa del sujeto frente a una eventual arbitrariedad. 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 decisión⁹⁸. Como está establecido en el artículo 29 de la Constitución, las garantías del debido proceso se aplican no solamente al procedimiento penal, sino también a todas las actuaciones de las autoridades públicas, por lo cual el debido proceso es extensivo también al derecho de policía⁹⁹ y en particular las medidas correctivas que pueden ser impuestas por la autoridad de policía deben cumplir con rigor una serie de principios propios del debido proceso, como el principio de estricta legalidad, la proporcionalidad en la reacción sancionatoria, la proscripción de sanciones temporalmente indefinidas, la presunción de inocencia, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la contradicción, entre otros.

⁹⁶ Al respecto ver entre otras 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.

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2005, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

⁹⁸ Cfr. Sentencia C-117 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁹⁹ Sobre la aplicación del debido proceso en el derecho de policía ver entre otras: Sentencia C-110 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-046 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, Sentencia C-1440 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia C-117 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-490 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- ii. **Inconstitucionalidad de las normas que establecen el traslado por protección como medida de policía (num. 1 inciso 6 art. 149, art. 155 y num. 12 art. 205) en tanto violan el derecho a la libertad, el principio de legalidad, la reserva judicial, el debido proceso y disfraza como medida de protección lo que en realidad es una medida con fines correctivos o sancionatorios**

Síntesis del cargo

En este apartado se presentan cargos de inconstitucionalidad contra el inciso sexto del artículo 149 en el que se enumeran los medios materiales de policía y entre ellos el numeral 1 que contempla el “traslado por protección”. Igualmente contra el artículo 155 de la ley 1801 de 2016 que define y desarrolla los contenidos de medida de policía denominada traslado por protección. También se integra a este cargo por unidad normativa la primera parte del numeral 12 del artículo 205, que establece que corresponde a los alcaldes *“establecer, con el apoyo del Gobierno Nacional, centros especiales o mecanismos de atención y protección de personas trasladadas o conducidas por el personal uniformado de la Policía”*. Como se argumentará, la medida traslado por protección resulta violatoria del derecho a la libertad al restringirlo de manera desproporcionada y al ser una medida que como está diseñada desconoce el principio de legalidad que rige para las actuaciones de la policía, la reserva judicial en materia de privación de la libertad y el debido proceso. Por último demostraremos también que a pesar de que se presente como una medida con fines preventivos y de protección al sujeto o a terceros, en realidad es una medida con fines correctivos o sancionatorios que no respeta las garantías constitucionales que se exige para la validez de este tipo de actuaciones por parte de las autoridades.

Alcance de las disposiciones acusadas

El artículo 155 de la ley 1801 de 2016 corresponde al libro tercero capítulo I de este texto normativo, el cual está dedicado a la descripción de los “Medios de policía y medidas correctivas”. El denominado traslado por protección, es uno de los quince medios materiales de policía enumerados en el artículo 149, siendo además uno de los que en mayor medida compromete el ejercicio de derechos fundamentales, en tanto implica el otorgamiento de facultades para que el personal uniformado de la Policía Nacional, pueda aprehender y privar de la libertad a una persona, sin previa orden de autoridad judicial, tampoco de autoridad administrativa, mediando solamente la discrecionalidad del agente de policía que la ejecuta, materializándose en que la persona pueda ser llevada a un lugar que podría ser un centro asistencial o de protección, de salud, un hospital o el que defina la administración para tal fin. Esta privación transitoria de la libertad, pero en todo caso privación efectiva de la misma que puede durar hasta doce horas y se prevé conforme al artículo 155 en tres casos:

En primer lugar cuando la persona *“deambule en estado de indefensión o de grave alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental, o bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas, cuando el traslado*

sea el único medio disponible para evitar el riesgo a la vida o integridad de la persona o los terceros”. (inciso 2, art.155)

Una segunda hipótesis es la que dispone que el traslado tendrá lugar cuando la persona *“esté involucrada en riña o presente comportamientos agresivos o temerarios, realice actividades peligrosas o de riesgo que pongan en peligro su vida o integridad o la de terceros, o esté en peligro de ser agredido cuando el traslado sea el único medio disponible para evitar el riesgo a la vida o integridad de la persona o terceros”.* (inciso 3, art.155)

Hay una tercera hipótesis que el legislador estableció y que habilita este tipo de retención, cuando la persona incurra en el comportamiento señalado en el inciso tercero, es decir, cuando esté involucrado en *“riña o presente comportamientos agresivos o temerarios”* y estos se cometan en contra de una *“autoridad de policía”* (parágrafo 1, art.155). En esta circunstancia, la privación de la libertad en la que consiste el medio de policía, es una evidente sanción absolutamente desproporcionada, frente a conductas definidas de manera muy vaga y amplia y sucedidas justamente respecto de una autoridad de policía. En este caso aparece con total claridad que la finalidad del medio no es de ninguna manera la protección de las personas, sino la restricción de un derecho y para el caso específico del parágrafo uno, la imposición de una sanción destinada a proteger a la policía y no a los ciudadanos y ciudadanas.

Aunque es el artículo 155 el que desarrolla en detalle el traslado por protección, es necesario integrar normativamente al análisis de constitucionalidad también la primera parte del numeral 12 del artículo 205, que establece que corresponde a los alcaldes *“establecer, con el apoyo del Gobierno Nacional, centros especiales o mecanismos de atención y protección de personas trasladadas o conducidas por el personal uniformado de la Policía (...)”*, pues como se observa, esta primera parte del numeral 12 hace referencia al traslado establecido en el artículo 155 y habilita a los alcaldes para establecer las instalaciones en las cuales las personas objeto del traslado permanecerían. Por eso, en aras de una integralidad en el pronunciamiento de la Corte esta norma se debe integrar a la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad.

Como se observa, las normas acusadas permiten que ciudadanos y ciudadanas sean detenidos por la policía sin orden judicial, que sean aprehendidos y trasladados, lo cual puede hacerse caminando o en donde se disponga de ello tendrá lugar en vehículos de la fuerza pública como camiones o patrullas, y así podrán ser desplazados por el municipio respectivo hasta por 12 horas. Nótese bien, que se permite hasta medio día de privación efectiva de la libertad sin haber cometido ninguna infracción, pudiendo ser llevados a un lugar que la norma califica como centro asistencial, hospital u otros, pero ni es claro a cuál lugar irán en cada de las tres hipótesis previstas en la norma y tampoco es claro qué sucederá con la persona trasladada. ¿Se le dará un lugar para dormir, por ejemplo, mientras pasan los efectos del alcohol? ¿Se le hará tratamiento médico o terapéutico ante la alteración mental? ¿Se le someterá por la fuerza a desintoxicación ante el consumo de sustancias psicoactivas? Nada de esto la norma lo precisa. Además, cabe también preguntarse si ¿acaso son los hospitales los lugares adecuados para llevar a una persona

exaltada o en estado de embriaguez o que haya estado envuelta en una riña? ¿Esto no genera acaso nuevos riesgos frente a terceros?

Enorme preocupación reviste además la habilitación que hace el párrafo primero del artículo 155, en el que sólo porque discrecionalmente un policía considere que una persona está teniendo un comportamiento “temerario” o “peligroso”, lo cual resulta absolutamente subjetivo, lo puede aprehender y llevárselo, privándolo así de sus derechos fundamentales a la libertad y la libre circulación.

Estas disposiciones reviven lo que en el decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) se denominaba “retención transitoria”, que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencias C-199 de 1998¹⁰⁰ y C-720 de 2007¹⁰¹, justamente por ser una medida que de manera desproporcionada restringía el derecho a la libertad personal. Si bien es cierto, en la sentencia C-720 de 2007 la Corte acepta la posibilidad de que se establezcan medidas similares, éstas debe realizarse con precisos y estrictos fines de protección y asimismo, impone como requisito que cualquier restricción de dicha índole que cumpla con una serie de garantías para poder ser adecuada a la Constitución. Como se demostrará, la nueva norma que reestructura la figura de la retención transitoria ahora bajo la denominación del “traslado por protección”, no cumple adecuadamente con esas garantías y en su diseño sigue constituyéndose en una restricción desproporcionada de derechos fundamentales. El cambio semántico en la denominación de una medida de policía no es suficiente para predicar que se adecua al marco constitucional y aunque el traslado tiene una regulación distinta a la que tenía la figura de la retención transitoria, inclusive en algunos casos tiene alcances más amplios que los que tenía la figura previa que fue declarada inconstitucional. Por ello sostendremos que la medida consistente en el traslado por protección comporta una afectación injustificada constitucionalmente, del derecho a la libertad personal en cuanto establece (i) la posibilidad de que se retenga a una persona para ser trasladada por personal uniformado de la policía sin orden judicial; (ii.) se restringe la libertad hasta por 12 horas (iii); se deja que sea la policía la que valore y decida las circunstancias para el traslado (iv); se convierte a los hospitales en lugares a donde llegarán personas embriagadas o inmersas en riñas; v) se impone por la fuerza a los individuos una restricción a su libre desarrollo de la personalidad; vi) se establece el traslado como sanción por comportamientos temerarios o agresivos contra la policía.

Concepto de la violación

En esta parte desarrollaremos el juicio de proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador que restringe el derecho fundamental a la libertad, demostrando así que la

¹⁰⁰ Declaró inexecutable el numeral 1 del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970 y los numerales 2° y 3° del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970.

¹⁰¹ Declaro 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. Igualmente en esta sentencia exhortó al Congreso de la República para expedir un nuevo Código de Policía acorde a la Constitución.

restricción es desproporcionada y por tanto inconstitucional. Posteriormente desarrollaremos un cargo que mostrará el carácter sancionatorio que tiene el traslado por protección, lo que también lo hace inconstitucional.

El traslado por protección conforme está regulado en el artículo 155 de la ley 1801 de 2016 viola el principio de legalidad, porque es la Policía quien conforme a su propio criterio decidirá la actuación y a dónde trasladará a la persona de acuerdo a su propia valoración. Las hipótesis que dan lugar a su imposición son de tal vaguedad que admiten múltiples concreciones según la imaginación del funcionario de turno. Tal y como está definida, puede ser aplicada en circunstancias de mínimo riesgo simplemente por encontrar que la persona se encuentra, por ejemplo, levemente alicorada, pues la norma no exige que el consumo haya sido excesivo, ni que se haya producido alicoramiento exteriorizado. Tampoco exige que la persona se encuentre en riesgo inminente, o extraordinario sino que simplemente habla del “riesgo” o “peligro” de manera muy general. Esto es inaceptable tratándose de una norma en la que el bien jurídico en juego es la libertad personal, el cual es de tal importancia para el ordenamiento jurídico que en él descansan gran parte de sus fundamentos como orden democrático. Además, al ser una medida que da lugar a una afectación intensa (privación hasta por 12 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 el trámite para su imposición.

El traslado por protección también vulnera la reserva judicial porque es una medida que decide y ejecuta el personal uniformado de la Policía, sin ningún tipo de procedimiento previo, ni recurso y sin las garantías mínimas del debido proceso de las que debe estar rodeada toda privación de la libertad, independientemente de la denominación con la que se encubra.

En el artículo 155 de la ley 1801 de 2016 el debido proceso para la defensa ante la imposición del traslado se limita a que se elabore un informe en el que consten los nombres e identificación de la persona trasladada, el nombre de quien da la orden, de quien la ejecuta, el motivo y el tiempo empleado para el traslado y a que se dé copia del informe al sujeto del traslado. Si bien estas son unas garantías importantes, no son suficientes para que la medida cumpla adecuadamente con los mandatos superiores, pues no respeta el principio de contradicción en tanto la medida no tiene ninguna posibilidad de ser apelada, y la persona aunque reciba un informe escrito en el que digan por qué se lo van a llevar, lo recibirá en el momento en que ya está siendo objeto de la conducción forzada por parte la policía, por lo que en realidad es poco lo que puede hacer con ello.

Cuando la Policía captura a una persona en situación de flagrancia frente la comisión de un delito, es decir cuando se trata de un presunto delincuente, debe ponerla en el término de la distancia a disposición de la autoridad judicial competente y dentro de las treinta y seis horas siguientes a disposición del juez de garantías para que este estudie la legalidad de la captura. Tratándose del traslado por protección, sin estar ni siquiera de por medio la sospecha sobre la presunta infracción a una norma, la situación es mucho

más gravosa. En este caso no es ni siquiera en el término de la distancia que se debe conducir a la persona, sino que se le da a la policía la posibilidad de que se tome hasta doce horas, es decir la mitad de un día para que la persona sea llevada al lugar del destino del traslado. En otras palabras, resulta más gravosa la aplicación de una supuesta medida de protección, que la de una medida que sí se presenta directamente como sancionatoria para los casos de flagrancia ante un presunto infractor de ley penal. En el primer caso, el de la supuesta protección, la persona puede ser detenida hasta doce horas, en el segundo caso que es el de una sanción abiertamente declarada, debe ser puesto en el término de la distancia a órdenes de autoridad judicial.

Por otra parte, durante las doce horas que puede durar el traslado, no hay intervención alguna de funcionario judicial, del ministerio público o de persona que pueda asistir al retenido; lo que la norma establece es que habrá Ministerio Público en el lugar del traslado (hospital, centro asistencial, centro de salud o el que destine para tal fin la administración municipal), pero no durante las horas que pueden transcurrir mientras la persona es retenida y llevada a esos lugares. La Corte ya ha establecido que para que una retención transitoria con fines de protección sea constitucional, se debe informar al ministerio público, pero el artículo 155 no lo dispone así. La norma en cuestión dispone que habrá un agente del Ministerio Público que deberá hacer presencia en el lugar al que son llevadas las personas en virtud del traslado, lo cual es muy distinto a que se informe al Ministerio Público desde el momento en que la persona va a ser privada de la libertad y trasladada. Además en las ciudades más grandes del país, como Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, entre otras, en las cuales esta norma será aplicada pues su ámbito es nacional, las distancias no son cortas y el tráfico vehicular es cada vez más considerable, por lo cual es evidente que el traslado implicará un tiempo considerable que transcurrirá entre el momento en que la policía se encuentre con la persona o llegue a donde esta se encuentra, hasta que la lleve al lugar al cual será conducida en el marco del traslado que es donde si se dispone estará el ministerio público.

Otro de los requisitos que debería cumplirse para lograr que una medida de traslado pudiera considerarse efectivamente una medida de protección en hipótesis como la de alteración de la conciencia por enfermedad mental o por consumo de alcohol o sustancias psicoactivas, es el establecimiento de atención especializada según el tipo de situación de la que se trate. En cuanto a esto, la norma no hace ninguna consideración, ni distinción, limitándose a decir que las personas podrán ser trasladadas a un centro asistencial, hospital, centro de salud u otro establecimiento que se defina para ello, sin determinar las medidas específicas diferenciadas para cada una de las circunstancias. Es decir no se indica si para el caso del trastorno mental se llevará al hospital o a centro de salud o al centro asistencial. Tampoco se determina si en la hipótesis de riña va al centro de salud, al hospital o al centro asistencial, ni mucho menos indica cuáles serán los mínimos que deberán tener estos lugares a los que se llevarán los detenidos y qué pasará con las personas que allí sea llevadas. La norma dice que los trasladarán, pero no dice qué harán en el lugar de destino y si no se trata de estar privadas de su libertad sino de protegerlas parece obvio que debería determinarse a qué estarán sometidas en estos lugares a los que por la fuerza podrán ser conducidas. Al respecto cabe destacar que conforme a la Observación General No.8, el Comité del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos ha indicado que el concepto de privación de libertad física incluye la reclusión en instituciones cerradas de toda índole, sea cárcel, prisión u hospital en tanto es un concepto que se extiende “a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, finalidades docentes, el control de inmigración, etc.”¹⁰²

Ahora bien, no es lo mismo la atención que amerita una situación que implique un trastorno transitorio, por ejemplo por un episodio de crisis de una enfermedad mental debidamente diagnosticada, que el que requiere una situación derivada del consumo de alcohol, que es muy distinta también de lo que requiere el tratamiento frente al consumo de sustancias psicoactivas o el que amerita el control de un estado de agresividad o lo que puede acaecer después de la participación en una riña, todo lo cual es tratado de igual manera por la norma, imponiendo en todos los casos como consecuencia el traslado sin especificar a dónde, ni el tratamiento que se dará a cada uno.

No se desconoce que el contenido del artículo 155 muestra un esfuerzo del legislador por superar algunos de los aspectos más críticos de las figuras antecesoras declaradas inconstitucionales, como la detención administrativa o la retención transitoria, el cual se hace evidente en aspectos como que esta privación de la libertad se deberá hacer en lugares distintos a los destinados para la permanencia de delincuentes, o la obligatoriedad de la separación por sexos de los trasladados. Pero a pesar de esto, la medida no supera el juicio de proporcionalidad respecto de la restricción que comporta para los derechos fundamentales y no respeta la totalidad de garantías constitucionales que implica la privación de un derecho fundamental como la libertad y por lo tanto no resulta ajustada a la Constitución como se mostrará a continuación.

Aplicación de juicio de proporcionalidad a la medida

El juicio de proporcionalidad se basa en la premisa conforme a la cual 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. Puesto que en Estado constitucional de Derecho, el poder público existe, esencialmente, para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los cuales son titulares, en igualdad de condiciones, todas las personas, “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 carece de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser expulsada del mundo del derecho.”¹⁰³

La utilización del juicio de proporcionalidad sirve al propósito fundamental de analizar la constitucionalidad de las decisiones del órgano legislativo que pueden comprometer los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, limitar la discrecionalidad judicial en

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, Observación General No.8, párr. 1.1982.

¹⁰³ Cfr Corte Constitucional, sentencia C-720 de 2007 M.P.: Catalina Botero Marino

estos asuntos sensibles. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido 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 y así la Corte Constitucional ha distinguido tres niveles de intensidad en la aplicación del juicio o test de proporcionalidad: 1. El test leve según el cual basta con que la medida persiga un fin legítimo y que resulte idónea para alcanzar el fin propuesto para que, en principio, la misma supere el juicio de proporcionalidad. 2. El test intermedio, en el cual ya no sólo se requiere que el fin sea legítimo sino además constitucionalmente importante, en tanto la medida enjuiciada promueve intereses públicos que gozan de protección constitucional. Adicionalmente se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial y que la medida no resulte evidentemente desproporcionada en términos del peso ponderado del bien constitucional perseguido respecto del bien constitucional sacrificado. Dicho estándar ha de aplicarse, según lo establecido por esta Corte: cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. 3. El Test estricto, que incorpora elementos especialmente exigentes y exige no sólo que el fin de la medida sea legítimo e importante, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma. De acuerdo con la jurisprudencia, el test estricto se aplica en los siguientes eventos: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1 del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.¹⁰⁴

En el presente caso corresponde aplicar el test de proporcionalidad en su versión más estricta, toda vez que la medida de traslado por protección afecta de manera cierta el goce de derechos constitucionales fundamentales como la libertad personal, la libertad de circulación y el libre desarrollo de la personalidad, aparte de los restantes derechos fundamentales que se ven comprometidos por las condiciones que acompañan tal privación de la libertad.

Según la jurisprudencia en aplicación del test de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica y el juicio quedará superado

¹⁰⁴Cfr Sentencia C-673 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda

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.¹⁰⁵ A continuación revisaremos cada uno de estos elementos en relación con las disposiciones acusadas.

- Finalidad de la medida

El primer elemento a considerar en un juicio de proporcionalidad es la finalidad de la medida restrictiva del derecho. En este caso, hay que preguntarse si la medida denominada traslado por protección que se puede imponer con fundamento en una valoración netamente subjetiva del agente de policía, en un ámbito de duración de hasta doce horas, sin orden judicial, persigue una finalidad legítima y constitucionalmente imperiosa. Al respecto hay que indicar que tal y como está planteada, la finalidad de la norma es actuar cuando la vida e integridad de una persona o de terceros esté en riesgo o en peligro, finalidad que sin duda resulta legítima en el marco de nuestro ordenamiento constitucional, por cuanto uno de los fines del Estado (C.P. art.2) es justamente garantizar la protección de las personas y la defensa de derechos como la vida y la integridad, respecto de lo cual el Estado y sus agentes tienen obligaciones de respeto, protección y garantía con las cuales cumplir. Inclusive el fin constitucional que justifica la existencia del cuerpo de policía al tenor de la constitución, es precisamente el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (C.P. art. 218).

Bajo estas aseveraciones, la Corte ha considerado constitucionales algunas medidas coactivas de protección del propio individuo sobre quien recaen, siempre y cuando no constituyan medidas perfeccionistas. Así por ejemplo 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. Dijo la Corte:

“Las 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

¹⁰⁵ Sobre el test de proporcionalidad ver entre otras sentencias C-417 de 2009, C-720 de 2007.

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”¹⁰⁶.

Pero, también la Corte añadió en la misma sentencia a su doctrina el requisito de la proporcionalidad, para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista y dijo:

"Muy ligado a lo anterior, la Corte considera también que la sanción prevista por la vulneración de una medida de protección no puede ser exagerada en relación al interés que se pretende proteger, no sólo por cuanto la proporcionalidad de las sanciones es un principio que orienta siempre el derecho punitivo, sino además porque la previsión de penas que no sean excesivas es una garantía para evitar que una política de esta naturaleza se vuelva perfeccionista".¹⁰⁷

Bajo esta perspectiva, aun cuando no se comparta plenamente la postura mayoritaria de la Corte,¹⁰⁸ siendo respetuosos del contenido de la jurisprudencia relacionada y en tanto se dice que el traslado tendrá lugar cuando la vida e integridad de una persona o terceros esté en riesgo, la medida podría tener una finalidad legítima.

- La restricción no es el medio idóneo para lograr el fin perseguido

Superado el primer aspecto referido a la finalidad de la medida, es necesario pasar a evaluar su idoneidad. Esto implica que una medida sólo será proporcionada si efectivamente presta alguna ayuda, es útil o adecuada a la consecución del fin buscado, y si además se verifica que no resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización de la finalidad propuesta.

En este punto, empieza a vislumbrarse que en realidad la medida no ayuda a la consecución del fin buscado. Al poner en manos de la Policía Nacional a una persona que deambula por las calles en estado de grave afectación de la conciencia por aspectos de orden mental, los cuales no son claros en la norma, pero que uno podría inferir se refiere a episodios ligados a la enfermedad mental permanente o transitoria, no se ve en dónde está efectivamente el riesgo, ya que no existen razones suficientes que permitan

¹⁰⁶ Sentencia C-309 de 1997 M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁷ *Ibíd*

¹⁰⁸ La decisión que consideró que hay medidas que coartaran la libertad que pueden ser consideradas destinadas a finalidades de protección en 1999, fue una decisión mayoritaria pero con salvamento de voto de cuatro magistrados. Luego este precedente fue revisado en la sentencia C-720 de 2007.

establecer con certeza que las personas con enfermedad mental atenten contra la convivencia. Lo mismo ocurre respecto de las personas embriagadas o bajo grave excitación, que por ese solo hecho no es claro que atenten contra la convivencia ciudadana, o contra los derechos de los demás, es decir que necesariamente incurran en conductas que las hagan merecedoras de una medida como la que contiene el artículo 155. Bajo los principios de dignidad y de libertad que inspiran la Constitución, no es posible presuponer que el embriagado, drogado o el emocionalmente alterado es potencialmente peligroso y que deba privársele de la libertad; sólo en el evento en que la conducta proscrita (delito o contravención) se realice, y previo procedimiento con debidas garantías y orden judicial, se puede afectar la libertad de las personas en las circunstancias descritas; de lo contrario se desconocen no sólo los derechos a la libertad y al debido proceso, sino a la presunción de inocencia.

Pero aun aceptando en gracia de discusión que estas personas efectivamente generarán un riesgo para los derechos de otros, tampoco se vislumbra en qué puede ayudar a disminuir el riesgo de vulneración del derecho a la vida o integridad la presencia de un agente de policía que lo único que va a hacer es subirlo a un automotor y llevarlo a un lugar, que probablemente no va a tener las condiciones para poder atender el episodio. En caso de alteración por un padecimiento de orden mental, quien puede valorar esto no es nadie distinto que personal médico especializado, debidamente capacitado y calificado para ello, el cual dista mucho de ser el que está en la policía que patrulla en las calles o realiza este tipo de operativos.

Si el legislador lo que quería era brindar una atención acorde a la dignidad de las personas con discapacidad o alteración mental que pudieran estar sufriendo un episodio que implique riesgo para su vida o integridad o la de terceros, lo que tendría que haber dispuesto es que primero se estableciera la voluntad de la persona o su acudiente y aun siendo esto imposible, que se dispusiera de personal médico cualificado, ambulancias y profesionales que pudieran atender estas circunstancias y no entregárselas a la policía que carece de idoneidad para manejar estas situaciones. Esto además favorece una visión respecto a la discapacidad mental que es peligrosista y que debe ser erradicada de conformidad con los principios de dignidad y respeto que merece esta población, que además conforme a la jurisprudencia reiterada es sujeto de especial protección constitucional.¹⁰⁹ Además, también favorece miradas desde el Estado orientadas a imponer modelos o estilos de vida, o de atención en salud por la fuerza desconociendo que "cada quien es libre de decidir si es o no del caso recuperar su salud. Ni siquiera bajo la vigencia de la Constitución anterior, menos pródiga y celosa de la protección de los derechos fundamentales de la persona, se consideraba que el Estado fuera el dueño de la vida de cada uno..."¹¹⁰

¹⁰⁹ Al respecto ver entre otras Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2014 M.P.: Mauricio González Cuervo; Sentencia T-850 de 2002 M.P.: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-248 de 2003 M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; T-1019 de 2006 M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-740 de 2014 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, C-182 de 2016, MP.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Igualmente Colombia es parte de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz

La idoneidad de la medida tampoco se verifica con relación a los otros motivos por los cuales la norma autoriza la intervención policial, como el correspondiente a deambular bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas. Si el fin buscado es la protección de esta persona, la solución debería ser no perturbarlo ni generarle mayor alteración, lo cual claramente va a ser absolutamente contrario a lo que ocurrirá cuando sea la policía la que intervenga para llevárselo. Además hay una alta probabilidad de que la persona que esté en este grado de alteración resulte siendo trasladada en un vehículo con otros en igual circunstancias, generándose un nuevo escenario de riesgo para todos los sujetos. Ninguna restricción contiene la norma en cuanto a que las personas no sean mezcladas con otras en similar situación o que sean llevadas una a una, lo cual es algo que parece de orden operativo, pero en realidad es de suma importancia pues incide profundamente en la consecución real y efectiva del fin que supuestamente persigue la medida, que no debería ser otro que proteger, prevenir y evitar afectaciones a derechos que podrían estar en riesgo. Las mismas consideraciones precedentes son predicables también respecto de los motivos referentes al traslado para persona que se encuentre involucrada en riña o presente comportamientos agresivos que también se establece en las normas acusadas.

En suma, lo que hay que valorar es que durante el tiempo que se prevé que dure el traslado, son numerosas las violaciones de derechos que pueden ocurrir a la persona que supuestamente se trata de proteger. Por eso, la medida que se analiza no reúne todas las garantías necesarias para que contribuya efectivamente a la protección de la persona objeto del traslado y da lugar a nuevas circunstancias que pueden incluso ser contraproducentes y generadoras de nuevos riesgos en términos de los derechos que el Estado está obligado a proteger.

- **La medida no es necesaria**

El juicio sobre la necesidad de la medida restrictiva de derechos, implica analizar si se están empleando medios eficaces, pero que además estos no sean los más gravosos frente a los derechos afectados. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, 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, a la libre circulación y al libre desarrollo de su personalidad 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.

Para determinar cuán onerosa resulta la medida de policía denominada traslado por protección, no está de más recordar que se trata de una privación de la libertad que podrá durar hasta doce horas solo por un riesgo eventual, sin haber cometido ninguna infracción a la ley, sin que se exija motivar la decisión, sin control judicial y sin que existan garantías adicionales para contrarrestar una posible arbitrariedad.

Por ello es necesario preguntarse si existen otras alternativas que pudieran lograr la finalidad, con un costo menor que el que apareja la medida estudiada. El mismo Código de Policía establece otras medidas que resultan menos onerosas que la conducción forzada por parte de la policía y que de hecho podrían aplicarse en las circunstancias descritas, con niveles menores de afectación de los derechos implicados. Una primera alternativa que la propia Corte ha considerado como válida en su jurisprudencia para proteger derechos de terceros y sacar a la persona ebria o gravemente exaltada de la situación de riesgo eventual que llegue a presentarse, puede consistir en restringir la libertad de circulación en el lugar de los hechos. Otra forma, es por ejemplo exigir la presencia de un acompañante o familiar en el lugar. Este aspecto la norma lo contempla en la primera parte del párrafo 2, pero solo como una posibilidad que al ser agotada y sin exigir que se insista en intentar lograrla, habilita la posterior privación con fines de traslado.

Todo esto demuestra que es posible alcanzar el mismo objetivo inclusive de manera mucho más efectiva, ganado en términos de prevenir la reincidencia a futuro a través de la conminación de la autoridad, la expulsión de lugar público, la imposición de comparendos, la espera en el lugar mientras llega un familiar, que pueden ser medidas adecuadas para conjurar el riesgo eventual que ponen de presente las circunstancias que dan lugar al traslado. Existen pues múltiples alternativas que permitirían de manera menos costosa para los derechos fundamentales lograr la finalidad de protección perseguida y evitar que los riesgos se consumen, pero sin aprehensión y privación de la libertad con todo lo que eso implica, pues “el remedio más enérgico ha de ser ultima ratio.”¹¹¹

Estas medidas además comportan una ventaja adicional, que es consecuente con una filosofía protectora de los derechos humanos como la que dice pregonar el Código de Policía y como la que corresponde a una normatividad de policía en el marco de un Estado Constitucional de Derecho y es que permite que la actuación de los agentes de policía sea pública y esté a la mirada del público, lo que es una garantía adicional frente a la arbitrariedad. No sobra en este punto recordar que mientras en algunos países del mundo justamente se ha venido avanzando en dotar de mayores mecanismos de control a las facultades de la autoridad de policía, lo que el legislador nacional hace es imponer mayores restricciones a las libertades individuales sin mejorar al mismo tiempo los controles a la autoridad que está encargada de imponer esas restricciones.

Además, en todo caso, si la conducta de una persona alterada da lugar además a una contravención o un delito, lo que procede no es proteger a la persona comprometida sino iniciar el proceso de reproche, y en estos casos, la Policía cuenta con las medidas específicas que el legislador ha considerado para contrarrestar o prevenir el daño. Particularmente resulta relevante para este análisis recordar que la misma ley 1801 de 2016 faculta a las autoridades de policía para imponer multa general tipo 2 que equivale a ocho salarios mínimos diarios legales vigentes a quien incurra en la conducta de “*reñir, incitar o incurrir en confrontaciones violentas que puedan derivar en agresiones físicas.*” (art.27 num.1) Igualmente, el mismo artículo faculta a la policía para imponer

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-199 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

amonestación a quien lance “*objetos que puedan causar daño o sustancias peligrosas a personas*” (art.27 num2)¹¹² y también permite imponer multa general tipo 3, es decir por valor de dieciséis salarios mínimos diarios legales vigentes a quien afecte la convivencia al “*agredir físicamente a personas por cualquier medio.*” (art.27 num3). Igualmente hay un artículo especialmente dedicado a describir conductas que afectan las relaciones entre las personas y las autoridades entre las que está reprochado el irrespeto o agresión a las mismas, el cual es sancionado con multas (art. 35). Por tanto, es claro que hay otras medidas incluso previstas en la misma norma que pueden aplicarse y que pueden lograr la misma finalidad buscada, que no comprometen el ejercicio de otros derechos fundamentales y que por tanto resultan una alternativa más apropiada que la restricción aquí evidenciada.

Por tanto, la medida estudiada, tal y como se encuentra regulada en la ley, resulta innecesaria dado que pueden existir y de hecho existen en la misma norma otros medios menos lesivos de los derechos que pueden alcanzar la finalidad perseguida e incluso de manera más efectiva.

- **Su efecto sea mucho más beneficioso que el sacrificio del derecho a la libertad personal**

Finalmente, la exigencia de estricta proporcionalidad de la medida, 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. Por tanto, se trata de establecer si la medida se justifica en términos de protección de los derechos a la vida y a la integridad por cuanto estos son los valores superiores que invoca la norma como objeto de una protección particular, que puede implicar el sacrificio de otros derechos, bajo ciertas circunstancias. Esto supone efectuar una ponderación entre los principios constitucionales que se ven enfrentados por el contenido de la 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 (iii) 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).¹¹³

¹¹² La amonestación se encuentra definida en el artículo 174 de la Ley 1801 de 2016.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-720 de 2007, M.P.: Catalina Botero Marino.

En este caso, para analizar el grado de afectación del derecho a la libertad personal que se produce con la medida estudiada, es necesario recordar que esta medida comporta una privación de la libertad hasta por doce horas por una decisión discrecional de los miembros uniformados de la policía y que esta decisión no se encuentra acompañada de garantías que en la práctica permitan evitar o controlar la arbitrariedad en el uso de la fuerza, no hay una orden escrita o motivada, no hay recurso alguno ni intervención de funcionario judicial o administrativo distinto a los miembros de la fuerza pública, no se exige que la persona conozca la totalidad de sus derechos entre ellos el de la no autoincriminación y no define lo que deberá suceder con la persona al llegar al sitio de destino.

En las circunstancias anotadas, la restricción de la libertad personal lleva aparejada la afectación de otros derechos fundamentales, como el derecho a no ser privado de la libertad sino por orden de autoridad judicial competente que es garantía suprema y nodal del Estado Democrático de derecho. También vulnera el derecho de todo ciudadano a confiar, tranquila y seguramente, en que no será objeto de actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades e incluso la libertad de circulación y el libre desarrollo de la personalidad. 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 vehículo mientras la trasladan o donde la dejen.

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. Las hipótesis fácticas que contiene la norma demandada y que dan lugar a la retención son de tal amplitud y ambigüedad, que hacen que se vuelva totalmente desproporcionado el denominado traslado por protección. El estado de indefensión, la alteración de la conciencia por aspecto de orden mental, tener comportamientos temerarios o realizar actividades peligrosas, son todos elementos de tal nivel de amplitud que en realidad habilitan de manera muy desproporcionada ante lo que implica poder ser privado de la libertad hasta por doce horas. En relación con lo que la norma incorpora como “riesgo” ni siquiera se exige que sea cierto, materializable, extraordinario o grave, es solo presunto. Tampoco se exige que los terceros que se puedan ver afectados sean determinados o determinables, ni tampoco exige que la persona esté altamente embriagada, solo dice “bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas” sin importar si el nivel del consumo ha sido alto o no. Un efecto del consumo de alcohol en altas cantidades puede ser por ejemplo una emotividad desmedida, y eso no genera ningún riesgo para nadie y sin embargo por eso la policía se podría llevar a la persona, pues hay consumo y es alto. O puede una persona estar alicorada, ir caminando por la calle con personas allegadas sin representar riesgo alguno, pero solo porque la policía lo considera se la pueden llevar a un centro asistencial, sola e incluso separándola de su grupo.

Una persona que deambula en estado de embriaguez y no consciente ser llevado a su domicilio no representa, necesariamente, un peligro grave ni para sí mismo ni para

terceros.¹¹⁴ Sin embargo, tal y como está regulada la figura, basta con que las autoridades policiales encuentren a una persona en este estado para que pueda ser detenida hasta por doce horas.

Por tanto, no es claro que en realidad se estén protegiendo el derecho a la vida y la integridad, y parece que al contrario se está generando y propiciando un mayor riesgo respecto de estos derechos al poner la vida e integridad de personas en estado de vulnerabilidad e indefensión en manos de personal uniformado de la policía y dejarlo a disposición de estos hasta por doce horas. Se podría pensar cuáles otros derechos podrían estar siendo realmente protegidos con una medida como esta y la respuesta lleva a señalar que lo que puede estarse amparando es el derecho al espacio público que puede verse perturbado por la presencia de quienes deambulan por las calles en estado de alteración mental, o en estado de embriaguez o bajo efectos del consumo de sustancias psicotrópicas o tóxicas, esto último ligado estrechamente a la mendicidad extrema o a la condición de los habitantes de calle, quienes podrían llegar a ser las verdaderas víctimas de estos traslados por protección para evitar que se mantengan en el lugar donde se encuentran circulando. Pero entonces tampoco en este caso la medida es proporcionada, pues estas personas también tienen derecho a la libertad y además en todo caso las medidas respecto de estas ya están de todas maneras consagradas en el parágrafo 3 del artículo 41 de la misma ley 1801 de 2016 a la cual nos referimos en otro apartado de esta demanda.

Claramente pues, objetivos como los mencionados de ninguna manera justifican la restricción de derechos de valor superior como la libertad personal además de que en sí mismos pueden comportar una violación mayor de otros derechos fundamentales.

No sobra agregar que tal como lo ha afirmado 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.”

Además, algo que también debe considerarse es que en ninguna parte la norma específica que estos traslados tendrán lugar cuando la persona esté en el espacio público, es algo que se presume pero es tal la amplitud de las definiciones, que incluso la protección de otros derechos como la intimidad y la inviolabilidad de domicilio pueden quedar en entredicho, pues al tenor de la norma si alguien “esta con la conciencia gravemente alterada por aspectos de orden mental” lo podrían trasladar, sin precisar que debe estar en sitio público o fuera de su domicilio. Si esto se lee integrándolo con otras disposiciones del Código como las que permiten el ingreso a domicilio sin orden judicial

¹¹⁴ Cfr. Ibíd.

(arts.162 y 163 de la Ley 1801 de 2016), prácticamente podría suceder que la policía entre a una vivienda y se lleve de allí a una persona que este alterada o bajo consumo de alcohol, lo cual aparejaría una enorme cantidad de violaciones a diversos derechos y a principios fundantes del Estado constitucional.

También se constata que la medida se materializa en condiciones de absoluta indefensión para el trasladado, pues se puede imponer con fundamento en una valoración netamente subjetiva del agente de policía, no requiere de resolución motivada y solo exige la elaboración de un informe posterior, pero la decisión no puede ser impugnada inmediatamente. La medida no se notifica a autoridad administrativa o judicial distinta a los servidores que la ordenan y ejecutan. Dice que quien ejecuta informará a su superior jerárquico (parágrafo 3 del art.155), pero esa no es ninguna garantía pues no informa a autoridad distinta sino a otro miembro uniformado de la policía. Adicionalmente, una verdadera medida de protección, supone la atención de autoridades civiles técnica o profesionalmente capacitadas para brindar el cuidado médico o psicológico requerido, aspectos que no contempla la norma y que no puede suplir la policía.

Se establece que la persona podrá comunicarse con quien pueda asistirle pero no se indica que se le informarán todos sus derechos, como por ejemplo el no hacer declaración alguna en su contra, 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. Es decir, aunque la norma incorporó la garantía de la comunicación al trasladado tratando de hacerla pasar como menos lesiva, en realidad esto no es suficiente.

Por último, al considerar los derechos que están en tensión o conflicto en este caso, a pesar de que en abstracto pueden tener un valor similar, la fuerte restricción del derecho a la libertad personal que tiene lugar con la aplicación de la medida analizada, no conduce necesariamente a asegurar una mejor y mayor protección de los otros derechos de terceros y de la propia persona que se aspira proteger. Por tanto la medida no supera el juicio respecto al criterio de estricta proporcionalidad, además de no ser ni idónea ni necesaria y por tanto es inconstitucional.

El traslado por protección es una sanción

Para finalizar esta sustentación de los cargos de inconstitucionalidad contra la medida denominada traslado por protección contenida en el artículo 155, es pertinente señalar que además de que no se encuentra revestido de controles suficientes para evitar la privación arbitraria de la libertad y tampoco es útil para proteger a la persona trasladada, en realidad está regulada de manera tal que puede ser utilizada para aplicar sanciones encubiertas o para reprimir de manera arbitraria el legítimo ejercicio de los derechos de las personas, y eso también debe conllevar a que sea declarada inconstitucional.

Si bien la Corte ha avalado la existencia de medidas que se impongan en contra de la voluntad del individuo con el fin de protegerlo, en la sentencia C-720 de 2007 quedó

claramente establecido que en primer lugar debe verificarse en primer lugar que efectivamente la finalidad sea de protección, pero exige además que aun siendo esa la finalidad se cumplan otra serie de requisitos para que la medida pueda ser considerada constitucional. En este sentido, la Corte debe ser cuidadosa para evitar que con el pretexto de una aparente protección, se restrinja por parte de una autoridad de policía de manera arbitraria la libertad de una persona. Que se diga que la medida se aplicará con fines de protección no es suficiente para justificar lo que en realidad es un atentado contra la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, el uso del espacio público, la libertad de locomoción y el carácter pluralista del Estado, que no puede imponer un modelo de perfectibilidad, ya que esto está proscrito conforme a la constitución de 1991.

Por eso, cabe preguntarse si el traslado por protección es una medida correctiva o una medida de protección, o si resulta ambigua y puede ser entendida de una u otra forma. En nuestro criterio la medida fue diseñada para tratar de adecuar la normatividad a la jurisprudencia de la Corte que había declarado inconstitucional la retención transitoria que tenía el anterior Código de Policía, pero que ha admitido la posibilidad de que se establezcan medidas de protección que tengan un componente de privación de la libertad, aunque sujetas a un juicio estricto de proporcionalidad. No obstante, al revisar en detalle el contenido, el diseño resulta ambiguo porque aunque se llame traslado por protección, en realidad la medida se contempla claramente como sancionatoria, tal y como queda expresamente develado en el parágrafo 1 del art 155. En este apartado se establece que el llamado traslado por protección podrá ser realizado por personal uniformado de la policía cuando una persona esté involucrada en riña o presente comportamientos agresivos o temerarios en contra de una autoridad de policía. En este supuesto es absolutamente evidente que la función no es preventiva y que el sujeto de la protección no es quien será trasladado sino que la protección en estos términos está pensada respecto de la autoridad policía que puede verse agraviada, a pesar que hay en otros artículos otras medidas para favorecer los comportamientos respetuosos con la autoridad. Por tanto en este caso lo que hay es una sanción, por cuanto se atribuye a la autoridad de policía la función de privar de la libertad sin mandamiento judicial a quien desarrolle una conducta transgresora. Aquí ya no se trata de un riesgo sino de que agrede o hable con temeridad a la policía. Esta redacción nos recuerda bastante la contenida en el numeral 1 del artículo 207 del decreto 1355 de 1970 que establecía la retención transitoria para el que “irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en desarrollo de sus funciones”, la cual fue declarada inexecutable por la Corte en el año 1998 en tanto se constató que so pretexto de una aparente protección a la persona, en realidad se la sancionaba mediante la privación de su libertad por orden de una autoridad que no es judicial, lo cual es contrario al texto superior.¹¹⁵

Finalmente, otro elemento que pone en evidencia que la medida antes que preventiva es sancionatoria es el tiempo de duración de la misma. Si fuera correcta la apreciación de que la medida es preventiva lo lógico sería que la persona trasladada quedara en libertad o saliera del sitio del traslado tan pronto se estableciera que el estado de embriaguez o los efectos del consumo de sustancias psicoactivas o tóxicas, o la excitación con rasgos de

¹¹⁵ Ver Corte Constitucional, sentencia C-199 de 1998, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

agresividad ha pasado. Pero no es así. Nada al respecto dice la norma, distinto a que el traslado podrá durar hasta 12 horas. Por tanto aun varias horas después de que haya desaparecido la circunstancia que motiva el traslado, la persona aún puede estar apenas en camino al lugar o en sitio pero sin poderse mover con libertad.

Por eso sostenemos que no basta que la medida se llame de protección para que lo sea efectivamente. Tal como está definida la medida puede ser utilizada como una medida de protección pero también como una medida sancionatoria o represiva y tal ambigüedad no es admisible en un estado democrático de derecho como el que pregona nuestra carta constitucional. Para determinar esto es útil aplicar un modelo de análisis similar al hecho en la aclaración de voto de la sentencia C-720 de 2007 en el cual se analiza si la retención transitoria en realidad encubría una medida sancionatoria, pero en este caso aplicado al traslado por protección.

Para ello entonces, o primero que se propone es aplicar un criterio de lectura sistemática de la norma. Al respecto tenemos que el traslado por protección está en el Libro tercero sobre medios de policía, medidas correctivas y procedimientos. Pero además, si bien el código denomina al traslado y a otras actividades o medios de policía, en realidad estas operan como acciones correctivas o sancionatorias. Corregir, es sinónimo de enmendar lo errado, advertir, amonestar o reprender, lo que lo equipara a una sanción. ¿O es que acaso la suspensión inmediata de la actividad, la incautación de armas de fuego, la aprehensión con fin judicial, el uso de la fuerza o el registro de una persona son solo medios preventivos? Definitivamente no lo son y todos estos medios esos están enlistados junto con el traslado por protección como medios de policía en el artículo 149.

Pero además, es evidente que el traslado por protección en tanto se define como una medida para lo que está igualmente definido como un comportamiento contrario a la convivencia como participar en riñas, se aplica como una sanción o reproche a una serie de conductas. Cabe recordar que la Corte se pronunció en un caso similar, cuando estudió el carácter de la medida correccional consagrada en el antiguo 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” (art.206 decreto 1355 de 1970). En esta oportunidad, al estudiar el carácter preventivo o correctivo de la medida, la Corte consideró que se trataba de una medida sancionatoria y la declaró inconstitucional.¹¹⁶ En este caso, aunque se haya determinado que el lugar al que se llevan las personas ya no sea el mismo sitio de privación de libertad de delincuentes, lo cierto es que eso no hace que el carácter sancionatorio desaparezca.

En conclusión, el traslado por protección viola el derecho a la libertad personal, el principio de estricta legalidad y las garantías mínimas del debido proceso constitucional. Igualmente este traslado, tal como está regulado, puede ser entendido y aplicado como una medida sancionatoria y por esto también es inconstitucional. Por todas estas razones la medida de policía denominada traslado por protección contenida en el inciso 6

¹¹⁶ Ver sentencia C-1444 de 2000 M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

numeral 1 del artículo 149, el artículo 155 y la primera parte del numeral 12 del artículo 205 de la ley 1801 de 2016 es inconstitucional y así le solicitaremos a la honorable Corte Constitucional que lo declare.

- iii. **Inconstitucionalidad del numeral 1 y del párrafo 3 del artículo 39 que contemplan la prohibición a los niños, niñas y adolescentes de “comercializar, distribuir, tener, almacenar, portar o consumir sustancias psicoactivas o tóxicas, alcohólicas o demás sustancias estimulantes que puedan afectar su salud o que produzcan dependencia, que estén restringidas para menores de edad” y la posibilidad de que puedan ser trasladados a los sitios que con esa finalidad habiliten las administraciones municipales y distritales.**

Previo al desarrollo del análisis de inconstitucionalidad que conlleva este cargo es preciso hacer un breve recuento acerca de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Veamos:

Derechos de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 44 de la Constitución Política establece con respecto a los derechos de los niños lo siguiente:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (énfasis propio).

En Colombia, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fue aprobada mediante la ley 12 del 22 de enero de 1991. La Convención, entre otras establece las siguientes disposiciones:

*“Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.
(...)”*

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

(...)

Artículo 37 Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

*b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y **se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda** (énfasis propio);*

*c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, **todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con***

su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales (énfasis propio);

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

(...)”

La Corte Constitucional con relación a los derechos de los niños ha señalado que:

“Los niños han concentrado la atención de los Estados y de los organismos internacionales, que han consagrado en diversos instrumentos de Derecho Internacional su protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, por su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad o indefensión, la necesidad de garantizarles un proceso de formación o desarrollo en condiciones adecuadas y ser quienes representan el futuro de los pueblos. En concordancia con las normas del Derecho Internacional Público, la Constitución Política colombiana de 1991 consagró la protección especial de los niños, al disponer en su Art. 44 que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, y estableció que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos¹¹⁷”.

De otra parte, ha dicho con respecto a la prevalencia de sus derechos que:

“el contenido normativo de la prevalencia del interés superior del menor consiste en múltiples aspectos: (i) en el artículo 44 de la Carta ya mencionado, se enumeran expresamente algunos de los derechos fundamentales prevalecientes de los niños; (ii) sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en esa enumeración, sino que el mismo mandato superior consagra que los niños gozarán también de los derechos consagrados en los tratados internacionales, a los cuales ya se hizo también alusión, y en las leyes internas; (iii) al menor se le debe otorgar un trato preferente; (iv) el menor tiene el status de sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual le otorga un carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses; (v) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a un desarrollo integral a nivel físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, a lo cual deben propender tanto la familia, como la sociedad y el Estado; (vi) se debe fomentar la plena evolución de la personalidad del niño, teniendo en cuenta para ello las condiciones, aptitudes y limitaciones

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-740 de 2008, M.P.: Jaime Araujo Rentería

particulares; (vii) es deber promover el que los niños se conviertan en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad; (viii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos, entre otros, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹¹⁸.

Para esta Corporación, con relación a los derechos del niño el Estado adquiere una carga de responsabilidad ética y jurídica mayor. Es así como en las sentencias T-589 de 1993 y C-041 de 1994 ha desarrollado el sentido y carácter especial del principio de prevalencia:

“(…) El Estado adquiere una mayor responsabilidad cuando la afectación del menor resulta de una decisión tomada por una de sus autoridades. Con independencia de la legalidad del acto, el hecho de que la suerte del menor haya sido determinada mediatamente por la aplicación de reglas impuestas por el mismo Estado, trae consigo una carga ética adicional en la relación que las autoridades públicas mantienen con el menor”¹¹⁹.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-240 de 2009 ha preceptuado lo siguiente:

“(…) Es por esto que el principio que se describe fija una garantía constitucional consistente en asegurar el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Por ende, las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, quedan limitadas a orientar todas sus decisiones según los derechos de los niños y el principio del interés superior, de forma tal que éste último “cumple una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño”. (énfasis propio)

De otro lado, en virtud del principio constitucional de interés superior del menor, es responsabilidad del Estado garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y en caso de que alguna de sus conductas resulten violatorias de la ley, éstos deben ser investigados y si es del caso judicializados dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Pero, hay límites también a ese modelo de imposición de sanciones basadas en la prohibición de discriminación. Así, cabe recordar que el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 10 sobre los Derechos del Niño en la Justicia de Menores¹²⁰ se pronunció sobre el principio de no discriminación, recomendando la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a la tipificación de conductas relacionadas con problemas de comportamiento de los niños (los que denomina delitos en razón de la condición), para garantizar la igualdad de trato a los niños y los adultos ante la ley. El Comité remite al artículo 56 de las directrices de Riad, en las que se indica que:

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C- 471 de 2015. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 283 de 1994 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁰ (GE.07-CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007)

“A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es sometido por un joven”. En este sentido, bajo ninguna circunstancia las legislaciones internas de los Estados deberían incluir delitos o contravenciones específicas para personas menores de 18 años”¹²¹.

Este principio será de especial relevancia en este caso, pues como se verá, la norma cuestionada prescribe como comportamiento contrario a la convivencia, o en otras palabras como contravención, una serie de comportamientos de niños, niñas y adolescentes que para mayores de 18 años no son ni delitos, ni contravenciones.

Síntesis del cargo

La previsión de una conducta prohibida para los niños, niñas y adolescente, que no se encuentra estipulada para los mayores de edad y que acarrea la imposición de una “medida correctiva”, y la posibilidad de que se conduzcan o trasladen niños, niñas y adolescentes que incurran en alguno de los comportamientos señalados en el artículo 39 de la ley 1801 de 2016 a los sitios establecidos por los entes territoriales para tal fin, tal y como lo faculta el parágrafo 3 del mismo artículo 39, desconoce convenios internacionales suscritos por Colombia incluidos en el bloque de constitucionalidad que protegen los derechos de los menores de edad y en particular viola el debido proceso, el principio de legalidad y la reserva judicial frente a la imposición de medidas sancionatorias a menores de edad. Adicionalmente vulnera el principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los demás, y en especial, sus derechos a la libertad personal y a la libre circulación, así como la prohibición de establecer medidas discriminatorias contra una población de especial protección, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 superior, al hacer posible una restricción de derechos que resulta desproporcionada

Alcance de las disposiciones acusadas

El numeral 1 del artículo 39 de la ley 1801 de 2016 establece como comportamiento prohibido para los niños, niñas y adolescentes el *“comercializar, distribuir, tener, almacenar, portar o consumir sustancias psicoactivas o tóxicas, alcohólicas o demás sustancias estimulantes que puedan afectar su salud o que produzcan dependencia, que estén restringidas para menores de edad.”*

A quien incurra en este comportamiento, el artículo 39 establece que podrá imponérsele como medida correctiva, si es menor de 16 años amonestación y si es mayor de 16 años, la participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia. En seguida prevé que el niño, niña o adolescente que incurra en el comportamiento antes

¹²¹ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

descrito será objeto de protección y restablecimiento de sus derechos, de conformidad con la ley; y, culmina indicando en el párrafo 3 que las administraciones municipales o distritales *“determinarán los sitios adecuados a los que se podrán trasladar los niños, niñas y adolescentes que incurran en el comportamiento señalado”*. Como se observa, la norma prescribe la posibilidad de que se impongan tres tipos de medidas distintas para un mismo grupo de comportamientos, aunque no precisa adecuadamente cuál de las medidas es la aplicable a cada uno de estos. También se evidencia que son medidas contradictorias entre sí, pues solo una tiene en realidad una finalidad de protección, mientras las otras son correctivas o sancionatorias y en el caso de la establecida en el párrafo tercero es además una restricción injustificada y desproporcionada de la libertad personal de los menores.

Es claro que los comportamientos descritos en el numeral primero del artículo 39 corresponden a actividades respecto de las cuales se desearía los niños, niñas y adolescentes estuvieran alejados, pues no corresponden a lo que en un Estado Social de Derecho deben ser las actividades a las que éstos se dediquen. Ahora bien, en este caso la consideración inicial que habría que hacer es que se está ante una persona, que en realidad no es un contraventor, sino más bien una víctima. Primero del posible abandono o desprotección familiar, como causa de tales conductas. Y luego de la ausencia de una política de protección dirigida por las autoridades estatales que prevengan y eviten su comisión.

Teniendo en cuenta lo anterior vale la pena recordar que la Corte Constitucional ha sostenido en reiteradas ocasiones que:

“los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y la protección de su interés superior representan verdaderos valores y principios “que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual¹²²; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico¹²³”.

De manera tal que vinculan al Legislador, no sólo de manera positiva pues “la regulación que se expida sobre los derechos de los menores deberá reflejar la dimensión normativa [del mismo] no sólo desde el punto de vista sustancial sino también procedimental, con miras a la efectividad y garantía de sus derechos y su desarrollo integral y armónico como así lo quiso el Constituyente de 1991”¹²⁴, sino también de manera negativa al convertirse en límite a su libertad de configuración normativa”¹²⁵.

¹²² Cfr. Sentencia C-019 de 1993, M.P.: Ciro Angarita Barón

¹²³ Cfr. Sentencia T-029 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹²⁴ Sentencia C-1064 de 2000, M.P.: Álvaro Tafur Galviz

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-684 de 2009, M.P.: Humberto Sierra Porto.

La norma acusada combina un grupo bastante amplio de conductas de alcances diversos, pues no es lo mismo comercializar sustancias psicoactivas que consumirlas, ni es lo mismo tener que portar o distribuir, y sin embargo la ley lo mezcla todo. Es tan amplia y vaga la redacción normativa en el establecimiento de esta sanción que se puede aplicar la medida sin siquiera exigir que la conducta cause un daño, pues la mera tenencia por ejemplo ni siquiera implica ningún tipo de trasgresión. El pegante del tipo bóxer es una sustancia tóxica, que por el solo hecho de tenerlo o portarlo no implica en sí mismo ninguna afectación ni para quien lo porte o tenga ni para ningún tercero y sin embargo, en cuanto sustancia tóxica el portarlo ya podría implicar que el menor sea objeto de la medida. Paradójicamente, además, para los niños la medida es más severa que para los adolescentes. Es decir, las mayorías parlamentarias avalaron un contrasentido, conforme al cual entre más vulnerable e indefenso es el niño o niña, más fuerte es la sanción a aplicar.

En términos de las consecuencias previstas para toda esa gama de conductas tan disímiles, la norma también es absolutamente ambigua, pues en el párrafo 2 establece que el niño, niña o adolescente que incurra en el comportamiento descrito será objeto de protección y restablecimiento de sus derechos, lo cual efectivamente es lo que el Estado de conformidad con el marco de protección de derechos de esta población debe hacer, pero también se le va a imponer una medida de amonestación o de participación en programa de convivencia, y adicionalmente el párrafo 3 abre la posibilidad de que las autoridades establezcan sitios a los cuales los menores puedan ser trasladados.

Esta última disposición que es en concreto la demandada, además comporta dos problemas a la luz del marco constitucional: en primer lugar los derivados de la medida que es explícita, es decir, de la habilitación para que las administraciones dispongan sitios a los cuales trasladar a los niños, niñas y adolescentes que incurran en la amplia gama de conductas enlistadas. Esto es problemático porque quiere decir que los niños podrán ser objeto de la privación de su libertad o de internamiento forzoso sin ningún tipo de procedimiento judicial previo y es razonablemente deducible como alcance de la norma, pues para qué se van a dar facultades a las administraciones de disponer estos sitios si no es para que efectivamente se creen y se utilicen. Y es ahí donde surge el segundo problema constitucional derivado del alcance de la norma, que es implícito en la redacción, pero que representa la mayor vulneración de mandatos superiores. Es evidente que si va a haber sitios para llevar a los niños, niñas y adolescentes, alguien va a tener que llevarlos hasta allá, y aunque el artículo 39 no especifique quien es el competente para ello, al aludir al término “traslado” implícitamente conllevaría a que fueran miembros uniformados de la policía quienes pudieran trasladar a los niños, niñas y adolescentes en la circunstancias previstas, a los lugares que para ello dispongan las administraciones municipales. Aunque el tema no sea explícito, si se evidencia la intención del legislador de trasladar a los menores, aunque haya usado una redacción difusa, quizás justamente por lo abiertamente inconstitucional que resultaría el haberlo planteado más abiertamente.

Además, como se puede observar en varias disposiciones del Código, se incluyeron diversas medidas dirigidas a esta especial población, a pesar de que para los niños, niñas

y adolescentes existe ya una normatividad especial contenida entre otros, en el Código de Infancia y Adolescencia. En nuestro criterio un Código Nacional de Policía no tendría por qué referirse a ningún comportamiento que involucrara a menores de edad, y mucho menos para sancionarlos por comportamientos de los que en realidad son víctimas, que para los adultos no son castigados y además permitiendo restringir su libertad, pero así quedó en la norma y el artículo 39 es una de las muestras más patentes de esto.

Concepto de la violación

Es claro que el artículo 39 establece para los niños, niñas y adolescentes sanciones y medidas de carácter policivo por comportamientos que no son objeto de sanción para los adultos, como por ejemplo la comercialización, distribución o tenencia, almacenamiento, porte o consumo de alcohol, así como el consumo de sustancias psicoactivas, tratándose de la dosis personal. Además, no solamente los convierte en comportamientos prohibidos para menores de edad, sino que además les impone una doble sanción: de una parte, la amonestación o participación en programas pedagógicos o comunitarios de convivencia, y de otra, pese a que lo define como una medida de protección, la posibilidad de que sean privados de su libertad bajo el denominado “traslado”, a sitios que la norma no precisa cuales serán; ni por cuánto tiempo será la privación de la libertad; tampoco se dice si se permitirá la presencia de los padres o tutores del menor, ni la intervención del Ministerio Público, tal como correspondería para que una medida de esta índole pueda ser legítima de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. No se indica tampoco cuál será el procedimiento que se seguirá durante el traslado, para garantizar la protección de los derechos de los menores.

Al abstenerse la norma de indicar con precisión el carácter de los sitios a los que serían trasladados los menores, deja su definición al arbitrio de las autoridades municipales, ambigüedad que también pone en riesgo los derechos de los menores.

En virtud del principio constitucional de interés superior del menor, el Estado cuando los niños, niñas y adolescentes realicen conductas que resulten violatorias de la ley, deben ser investigados y judicializados dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, por lo que no procede, de ninguna manera, su detención y en consecuencia, privación de la libertad, por autoridades que carecen de competencia para imponer este tipo de medidas, como las autoridades de policía. Todo esto implica que la norma demandada viola el principio de legalidad, la reserva judicial y el debido proceso, por cuanto toda privación de la libertad, así sea transitoria y con la denominación que se le quiera dar (retención, traslado por protección, traslado de niños), requiere la observancia de unas mínimas garantías para su validez, las cuales deben estar previa y precisamente definidas, lo que en este caso no se verifica.

La disposición acusada no solamente permite la restricción del derecho a la libertad personal y por ello requiere una evaluación de la proporcionalidad de dicha restricción, la cual se desarrollará a continuación, sino que además desconoce disposiciones contenidas en el bloque de constitucionalidad, como el numeral 2 del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual prevé que: *“Los Estados Partes*

tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Aplicación de juicio de proporcionalidad a la medida

Bajo el entendido de que el juicio de proporcionalidad exige que el Estado solo puede restringir los derechos fundamentales cuando existen suficientes razones, de carácter constitucional, que lo justifiquen, cualquier restricción que no lo haga en dichos términos carece de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico. Así se reseñó anteriormente, citando para el efecto, lo dispuesto en la sentencia C- 720 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino. En tal sentido, no es necesario, exponer nuevamente los niveles de intensidad definidos por esta honorable Corporación, sin embargo, y con fundamento en que se trata de una medida de traslado, que afecta el goce efectivo de los derechos fundamentales a la libertad personal, a la libertad de circulación y al derecho a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes, corresponde aplicar el test de proporcionalidad en su versión más estricta.

- Finalidad de la medida

El primer elemento a considerar en un juicio de proporcionalidad es si la finalidad de la medida es restrictiva del derecho. En tal efecto, es preciso señalar que dadas las conductas que dan lugar a la medida, todas las cuales aceptan por lo menos en términos generales un juicio valorativo negativo, la medida de traslado impuesta a los niños, niñas y adolescentes, por parte de las autoridades de policía efectivamente podría tener como propósito garantizar su protección y el restablecimiento de sus derechos, en el caso de que incurran en cualquiera de los comportamientos descritos en la norma. Esto además, es parte de los deberes que competen al Estado y lo obligan a tomar medidas específicas para salvaguardar los derechos de la población que se encuentra en especial condición de vulnerabilidad como ocurre con los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, pese a que la protección de los menores es no solo un fin legítimo, sino imperioso, es necesario analizar los demás elementos del test de proporcionalidad para mostrar la inconstitucionalidad de la medida.

- La restricción no es el medio idóneo para lograr el fin perseguido

Pasamos a determinar si la medida de policía impuesta es útil o adecuada para la consecución del fin que se pretende, es decir, la protección de los niños, niñas y adolescentes y, si la misma no resulta indiferente, ni contraproducente para la realización de dicho fin. Para el efecto, procede determinar si el traslado de los niños, niñas y adolescentes que incurran en cualquiera de los comportamientos previstos en el inciso primero del artículo 39 de la ley 1801 de 2016 a lugares que para ello determinen las administraciones municipales es en efecto una medida que puede favorecer la protección de estos. Al respecto cabe indicar que retirar al menor del lugar en donde está llevándose a cabo la comercialización o distribución de sustancias psicoactivas,

alcohólicas o tóxicas o demás estimulantes en efecto puede comportar un ámbito de protección para éste. En el caso de que se esté ante el consumo, un traslado del lugar cuando este representa un ambiente que induce al menor o en el que difícilmente podrá salir del consumo parece también una medida útil para amparar a estos sujetos. Sin embargo, un efectivo restablecimiento de sus derechos requiere intervenciones más especializadas, profundas y de largo plazo que no se agotan en el solo hecho del traslado al sitio que la administración haya dispuesto para esto. Además, dada la absoluta indefinición de la norma con relación a las condiciones del sitio al cual se podría hacer el traslado, se podría intuir que allí se brindarán medidas de atención a los menores, pero esta es tan solo una suposición que no es válida en un ámbito de definición de contravenciones y medidas sancionatorias como el que representa la norma acusada. Así pues, aunque en principio la medida pudiera parecer idónea para lograr la finalidad prevista, por la falta de definición de las condiciones, esa utilidad es cuestionable y por tanto no resulta satisfecha.

- **La medida no es necesaria**

Como quedó anotado anteriormente, el juicio de necesidad exige analizar si los medios utilizados no son más gravosos con respecto a los derechos afectados y que se respetan las pautadas fijadas por esta Corporación para que proceda la medida de protección impuesta contra la voluntad del menor, es decir, que sea necesaria para que se justifique la afectación a sus derechos fundamentales, en especial, a la libertad personal y la libre circulación.

Para determinar qué tan costosa es la medida que se estudia es preciso recordar que la medida de policía, consiste en un traslado por protección del niño, niña y adolescente que se encuentre incurso en cualquiera de los comportamientos descritos en el inicio primero del artículo 39 y conlleva una privación de su libertad, por un término que no es definido, por un riesgo eventual, sin que el menor haya cometido ninguna infracción a la ley, sin que la decisión esté motivada, sin que exista orden de autoridad judicial y sin que se establezcan las garantías suficientes para la protección de sus derechos.

En tal sentido es preciso determinar si existen otras alternativas que pudieran lograr la finalidad de protección, con un costo menor que el que apareja la medida estudiada, lo cual nos lleva a la conclusión de que evidentemente el traslado no es necesario, pues ya existen otros mecanismos, menos restrictivos de los derechos que podrían lograr objetivos similares. Así por ejemplo lo dispuesto en la ley 124 de 1994 que prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad y que establece que en caso de violación de esa disposición *“la persona mayor que facilite las bebidas embriagantes o su adquisición será sancionada”*. Es decir, la sanción se impone al adulto que atenta contra los derechos del menor y no al niño quien en realidad es la víctima, a diferencia de cómo se regula en el artículo 39. Por otra parte, la misma ley 124 de 1994 establece que el menor que sea hallado consumiendo bebidas embriagantes o en estado de beodez *“deberá asistir con sus padres o acudientes a un curso sobre prevención del alcoholismo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a la entidad que haga sus*

veces.”¹²⁶ Nótese que estas son medidas con verdaderos fines preventivos como las que le corresponden al ordenamiento de policía, sin que la responsabilidad se traslade al menor y menos aún, estableciendo una sanción privativa de la libertad como la que está habilitando la norma acusada. Es más, el artículo 4 de la ley 124 de 1994 establece que en ningún caso el infractor podrá ser detenido, sino citado mediante boleta para que durante las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezca ante el defensor de Familia o quien haga sus veces, en compañía de sus padres o acudientes, y del personero municipal o su delegado. Todas estas son medidas alternativas, que pueden cumplir una finalidad similar a la que se busca en la norma acusada y que no restringen otros derechos fundamentales, como el de la libertad.

Pero incluso, sin tener que ir a otras regulaciones, el propio párrafo 2 del artículo 39 dispone que el niño, niña o adolescente que incurra en los comportamientos descritos será objeto de protección y restablecimiento. Es decir, ahí está la medida que verdaderamente se debería imponer desde un enfoque de derechos. Cuál es entonces la utilidad de lo previsto en el párrafo tercero? Absolutamente ninguna, pues el fin de protección se logra plenamente con lo previsto en el párrafo 2, y la medida adicional de traslado no facilita, suma o adiciona nada a la finalidad buscada.

Inclusive revisando también en otros artículos de la ley 1801 de 2016, se prevé en el numeral 6 del artículo 38 la imposición de multas, suspensión temporal de la actividad y destrucción del bien en los casos en que se incurra en el comportamiento definido como:

“6. Inducir a niños, niñas o adolescentes a:

a) Consumir bebidas alcohólicas, cigarrillo, tabaco y sus derivados, sustancias psicoactivas o cualquier sustancia que afecte la salud;”

Por tanto, la medida estudiada, tal y como se encuentra establecida en la norma acusada, resulta innecesaria dado que pueden existir y de hecho ya existen, otros medios menos vulneratorios de los derechos que pueden alcanzar la finalidad perseguida e incluso de manera más efectiva, pues implican también vincular a los adultos responsables en el proceso de prevención y corrección.

- **Su efecto sea mucho más beneficioso que el sacrificio de los derechos involucrados**

Finalmente, la estricta proporcionalidad exige que la protección de derechos y otros bienes jurídicos que se busca asegurar con la intervención del Estado sea superior a los derechos que se ven restringidos o limitados.

En consecuencia, es necesario establecer si la medida se justifica en términos de que restringir el derecho a la libertad sin orden judicial y llevar a los menores a un lugar sin definición de qué se hará allí con ellos, se justifica a la luz de proteger la convivencia u

¹²⁶ Ley 124 de 1994 por la cual se prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad y se dictan otras disposiciones.

otros derechos que puedan estar implicados en la norma en cuestión. Así por ejemplo, la integridad del menor es algo que podría estar en juego al ser sorprendido en actividades de comercialización o distribución de sustancias psicoactivas y eso ameritaría retirarlo del lugar. O por ejemplo, en términos de salud por el tipo de sustancias de que se trata se puede asumir que el consumo por ejemplo es algo que afecta la salud y que mover al menor para alejarlo de eso podría ayudar a su protección. Pero todos esos son tan solo supuestos, consideraciones abstractas ante lo que de otro lado es en realidad una situación de absoluta desprotección de otros derechos. La aplicación de una medida como el traslado, pone en riesgo derechos superiores del menor, como su libertad, restricción que además carece de las más mínimas garantías y en esa medida hay que poner en duda que efectivamente puedan ponerse por encima otros valores superiores en juego frente a la libertad del menor y al debido proceso en cualquier medida sancionatoria que se le quiera imponer.

Tampoco la supuesta protección de los derechos del menor invocada en la norma acusada puede llevar a que sean sacrificados sus derechos a la igualdad, a la libertad personal y a la libertad de circulación. Para definir el grado de afectación del derecho a la libertad personal que se produce con la medida estudiada, es necesario recordar que esta medida comporta una privación de la libertad, por un término indefinido, impuesta por una autoridad de policía, es decir, por una autoridad administrativa, que no fija garantías mínimas para evitar la arbitrariedad en el uso de la fuerza, que no va precedida de una orden escrita o debidamente motivada, que no intervienen funcionarios judiciales ni administrativos distintos a los miembros de la fuerza pública, y que no exige la presencia de los padres o tutores de los menores, ni del Ministerio Público.

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 que en toda circunstancia deben ser asegurados a toda la población y con carácter prevalente al menor. Los supuestos fácticos que contiene la norma demandada y que dan lugar a la retención conllevan a la imposición de sanciones policivas desproporcionadas, más aún cuando, como quedó visto, se trata en algunos casos de comportamientos que para los adultos no son reprochables jurídicamente.

En el caso de la responsabilidad penal adolescente, el Ministerio de Protección y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar han fijado los lineamientos para la atención de adolescentes en el Sistema Penal para Adolescentes, y pautas para los centros de internamiento preventivo y de atención especializada de menores, y han dispuesto que deben estar separados de los sitios de detención y reclusión para adultos¹²⁷. El Código de Policía, y en especial la norma acusada, no establece a cargo de quien estará la responsabilidad del sitio al que sean trasladados los menores, así como que los espacios sean óptimos para ellos, tampoco fija el procedimiento que se seguirá, el tiempo de permanencia y el derecho a la presencia de sus padres o tutores, así como del Ministerio Público. Ni siquiera establece que serán sitios adecuados exclusivamente para niños y

¹²⁷ Lineamiento técnico administrativo para la atención de adolescentes en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes – SRPA.

niñas, en fin de ninguna manera y bajo ninguna interpretación posible es una norma acorde a los más elementales principios constitucionales.

En conclusión, la norma acusada no supera el juicio de proporcionalidad ante la restricción que impone a derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y por ello solicitaremos a la Corte que la declare inconstitucional.

iii. Inconstitucionalidad del párrafo 3 del artículo 41, traslado por protección de habitante de calle y en la calle

Síntesis del cargo

La medida de policía contenida en la norma acusada la cual dispone que la Policía Nacional deberá trasladar a los habitantes de y en la calle a hogares o centros de atención, si se encuentran bajo el efecto de sustancias psicoactivas que les vulneren su voluntad y que generen alteración de la convivencia afectando los derechos de los demás ciudadanos, no resulta proporcional y no es claro que busque garantizar la convivencia y derechos de terceros, y por el contrario, habilita una actuación de la policía que pondría en riesgo su dignidad humana y sus derechos fundamentales, como los de igualdad y libertad, lo que a su vez desconoce la obligación estatal de implementar acciones positivas para personas en estado de debilidad manifiesta como este grupo poblacional, según ha sido reconocido por la Corte Constitucional.

Alcance de las disposiciones acusadas

El párrafo 3 del artículo 41 de la ley 1801 de 2016 habilita a la policía nacional para trasladar, es decir para conducir forzosamente a sujetos que califica como habitantes de y en calle, a unos lugares sin que sea claro cuáles son, pero que define como centros de atención u hogares. Como primera condición para el traslado la norma específica que se trata de población habitante de o en calle (i); como segunda condición establece que la persona esté bajo efecto de sustancias psicoactivas que vulneren su voluntad (ii); y tercero que generen alteración de la convivencia afectando los derechos de terceros (iii). Nada dice en cuanto al término de duración del traslado, no impone un máximo de tiempo en horas, ni especifica las condiciones del mismo. Con la medida, y como quiera que el procedimiento no se establece, se corre el riesgo de que no se respeten las garantías mínimas constitucionales de toda persona que es privada de la libertad así sea transitoriamente, como por ejemplo el derecho a no ser incomunicado, o a contar con recursos efectivos, entre otras. En el mismo sentido la norma tampoco especifica qué tipo de medida se dará al habitante de calle en el lugar del traslado y no deja salvaguardada la autonomía personal a partir de la cual se ha desarrollado el principio constitucional en virtud del cual el tratamiento o rehabilitación no puede ser impuesto por la autoridad a ninguna persona.

Concepto de la violación

Para el análisis del presente cargo se hará el test de proporcionalidad de la medida contemplada en el párrafo 3 del artículo 42 de la ley 1801 de 2016. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte se examinará (i) si la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo, (ii) si es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (iii) si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iv) se revisará la proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial¹²⁸.

- Finalidad de la medida

La medida persigue un fin legítimo como es mantener la convivencia y garantizar los derechos ajenos. Sin embargo, es preciso aclarar que en relación con la convivencia que se dice proteger, no está definida de manera precisa en la norma que se entiende por afectación de la misma y por lo tanto deja a la discreción de la policía definir qué conductas de los habitantes de calle que estén bajo el estado de sustancias psicoactivas constituyen tal alteración. Esta facultad al ser subjetiva podría estar habilitando una acción claramente proscrita por la Corte Constitucional, que en la sentencia T-043 de 2015 estableció la imposibilidad de trasladar a los habitantes de calle a centros de atención contra su voluntad.

Por otro lado, la indeterminación de la afectación concreta a la convivencia que establece el párrafo 3 del citado artículo 41 está poniendo una carga discriminatoria en la población habitante de calle, pues la medida podría ser para cualquier persona que esté bajo el efecto de sustancias psicoactivas que les vulneren su voluntad, y no partir del supuesto de que la alteración de la voluntad que puede afectar derechos de terceros solo puede ser causada por habitantes de calle bajo este estado. Es de anotar que justamente un gran número de disposiciones de la ley 1801 de 2016 buscan mantener la convivencia y para ello establece unas medidas referidas a conductas específicas que alteran la misma y que se podrían aplicar igualmente a la población habitante de calle para proteger los bienes que se supone busca defender esta medida. Pero, ninguna de las conductas que alteran la convivencia puede ser sancionada con un traslado, pues la privación de la libertad como medida sancionatoria solo puede ser impuesta por autoridad judicial y en este caso se estaría imponiendo por una autoridad de policía pero además exclusivamente a una población, que es la de habitante de y en calle.

También en todo caso implica o parecería implicar un objetivo implícito de protección al habitante de calle, en la idea de que en un centro asistencial podría recibir alimentación, vestido, un lugar para dormir, que en principio no tiene en la calle. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional, los habitantes de calle requieren protección del Estado, pues son personas en circunstancias de debilidad manifiesta:

“Así, en la Sentencia T-057 de 2011 se indica que las “personas que son conocidas en nuestro entorno social como indigentes o habitantes de la calle, hacen parte de un grupo humano cuyo grado de vulnerabilidad obedece en gran

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-577 de 2005, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

medida a su incapacidad económica para suplir sus necesidades básicas, lo cual puede ser consecuencia de graves limitaciones físicas, mentales o de edad que no les permiten asegurar ese mínimo sustento”. En el mismo sentido, en las Sentencias T-211 y 1224 de 2004 se afirma que “los indigentes o ciudadanos de la calle, constituyen un grupo de personas que carecen de capacidad económica para sobrellevar una congrua subsistencia y por razones físicas o de salud les resulta imposible procurarse tales medios”¹²⁹”.

En este sentido, es necesario analizar con detenimiento los siguientes puntos del test de proporcionalidad, pues la medida aun teniendo una finalidad de protección de derechos del habitante de calle y de terceros que bien puede ser legítima, puede estar violando derechos superiores en el ordenamiento.

- **La restricción no es el medio idóneo para lograr el fin perseguido**

Un gran número de ciudades en el mundo ha tenido históricamente habitantes de calle. Como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia T-043 de 2015

“[d]iariamente miles de ciudadanos, de muy diversos orígenes, deambulan por las calles de pueblos y ciudades de nuestro país. Sin rumbo fijo, su subsistencia se pone a prueba constantemente en medio de un entorno hostil, violento y abrumador. Una vida así amenaza con hundirlos en una espiral descendiente que les atrapa en una existencia no humana. Por mucho tiempo este grupo de personas fueron objeto de persecución social e institucional, al asociárseles irremediabilmente con el vicio, la locura y la delincuencia. En el mejor de los casos, el grueso de la población prefirió cerrar los ojos a esta macabra realidad y se acostumbró a tenerlos como parte del panorama ciudadano.

Pero una vida así ya no puede ser indiferente al Estado colombiano. Es más, las condiciones de los habitantes de la calle resultan ser un buen rasero para evaluar la vigencia real de un Estado social y democrático de derecho, consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política. Al igual que cualquier otro ser humano, el habitante de la calle cuenta con una trayectoria, con un pasado, tiene necesidades y sentimientos, así como una explosiva creatividad e ingenio por explotar. Entre ellos han desarrollado además formas de socialización, ocultas y alternas pero existentes.”¹³⁰

En este contexto, la Corte señaló que las políticas que discriminan a un sector de la población, privilegiando un modelo dado de ciudadano no son admisibles en un Estado Social de Derecho. En palabras de la Corte:

*“En Colombia, las **políticas perfeccionistas se encuentran excluidas**, “ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos (CP arts 1º, 7º, 16, 17, 18, 19 y 20), las*

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2014, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-043 de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana". En efecto, se corre el riesgo de prohibir determinados modos de vida por razones filosóficas, religiosas o políticas, lo cual es incompatible con la garantía del pluralismo. Además, la propia dignidad humana se ve comprometida "ya que la persona queda reducida a un instrumento para la defensa de valores abstractos pues, a pesar de no afectar derechos de terceros con su conducta, su autonomía individual es sacrificada en nombre de la protección de tales valores.""¹³¹(énfasis propio)

Bajo este supuesto, para la Corte Constitucional no existe un reproche jurídico por el ejercicio de la mendicidad¹³², la que hace parte de la autonomía de la persona y es inherente al libre de desarrollar de su personalidad. Cualquier reproche jurídico bien sea en forma de sanción o de intervención terapéutica forzada es inadmisibles. Es así como el parágrafo 3 del citado artículo 41 parte del reproche a los habitantes de calle, pues uno de los tres requisitos para el traslado es ser habitante de calle, cuando puede ser una conducta que podría cometer cualquier otro ciudadano.

Ahora bien, en el supuesto que el habitante de calle esté afectando efectivamente la convivencia y derechos de terceros, no podría ser traslado a un lugar donde se le brindará un tratamiento contra su voluntad. Para la Corte Constitucional, los habitantes de calle no pueden ser forzados a recibir intervenciones terapéuticas:

*"En nuestro país cada persona es "libre" de desarrollar su personalidad acorde con su plan de vida. Es a cada individuo a quien corresponde señalar los caminos por los cuales pretende llevar su existencia, sin afectar los derechos de los demás. "Es únicamente a través de esta manera donde efectivamente se es digno consigo mismo". De este modo, la "mendicidad" ejercida por una persona de manera autónoma y personal, sin incurrir en la intervención de un agente intermediario a través de la trata de personas, **no es un delito ni una contravención**. De hecho, cualquier tipo de reproche jurídico, sea en forma de sanciones o **intervenciones terapéuticas forzadas, resulta inadmisibles** en tanto cosifica al habitante de la calle en aras de un supuesto modelo ideal del ciudadano virtuoso o a manera de una acción preventiva en contra de un potencial criminal"(Énfasis propio)¹³³.*

Conforme a lo anterior, la hipótesis bajo la cual se produciría dicho traslado también resulta reprochable. Disponer que el traslado se dará cuando el habitante de y en la calle se encuentre bajo el efecto de sustancias psicoactivas que vulneren su voluntad y que generen alteración de la convivencia afectando los derechos de los demás ciudadanos no es aceptable, por cuanto la imposición de esta medida afecta gravemente sus derechos, en especial su dignidad, limitando su libertad, en general y, en especial, afectando sus libertades al libre de desarrollo de la personalidad y a la movilidad, sin que quede demostrado que su comportamiento efectivamente es punible, único evento en el que podría producirse el traslado.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

Sumado a lo anterior, el alto Tribunal Constitucional ha enfatizado que salvo que el comportamiento del sujeto consumidor se considere en sí mismo punible, puede ser jurídicamente exigible. Por lo tanto, el supuesto de alteración de la convivencia y afectación de los derechos, con respecto al cual la norma se abstiene de establecer criterios razonables y proporcionales que lo hagan exigible, no es suficiente para afectar la dignidad y la órbita de libertad del sujeto consumidor. Veamos:

“Dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro¹³⁴”.

De acuerdo con el anterior análisis se evidencia que la medida no es el medio idóneo para lograr el fin legítimo. La medida parte de un supuesto inconstitucional al asumir que el habitante de calle afecta *per ser* la convivencia o los derechos de terceros al estar bajo el efecto de sustancias psicoactivas que le vulneren su voluntad, pues no describe ninguna conducta concreta que afecta la convivencia. En tal sentido, no resulta ser un medio idóneo para garantizar la convivencia, pues en efecto no hay una clara afectación de la misma con el solo hecho de estar en la calle. Otro es el caso si un habitante de calle está cometiendo un delito o contravención, que cuentan autónomamente con una sanción, pero no por el hecho de ser un habitante de calle bajo el efecto de sustancias psicoactivas se puede sancionar, menos en un Estado social de derecho como el colombiano.

Ahora bien en cuanto a la protección de derechos de los habitantes de calle, el ser llevados a centros asistenciales podría ser útil solo si quedara claramente establecido que en estos sitios van a recibir atención digna y que allí se van a garantizar derechos como su alimentación, atención en salud, vivienda digna entre otros: Nada al respecto dice la norma, porque lo que en realidad la impulsa es tener a los habitantes de calle lejos de las calles, no garantizar adecuadamente sus derechos.

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

– **La medida no es necesaria**

Como se mencionó antes, el mismo Código de Policía prevé otras medidas para sancionar a quien esté afectando derechos de terceros, cualquiera sea su condición. Así por ejemplo hay medidas para una amplia de gama de comportamientos que podrían perfectamente ser los mismos en los que eventualmente podría incurrir el habitante de calle en estado de alteración de su voluntad por consumo de sustancias psicoactivas. Por tanto, todas esas medidas que ya están previstas para el resto de ciudadanos, sin importar su aspecto físico y su condición social son igualmente aplicables al habitante de calle, por lo cual en realidad no se ve cual es la necesidad de tener una medida específica para estos como único mecanismo para proteger sus derechos o los de terceros. La norma parte del supuesto que el hecho de ser habitante de calle que consume sustancias psicoactivas,¹³⁵ afecta la convivencia y derechos de terceros, a diferencia del mismo comportamiento que pueda tener cualquier otro ciudadano. En este sentido el trato diferenciado para proteger una convivencia indeterminada vulnera los derechos de los habitantes de calle de forma desproporcionada y discriminatoria, pues solo por su condición económica y social presupone que son un peligro para el resto de habitantes.

Además, la medida de traslado a centros de atención, es indeterminada tanto por las condiciones del traslado en sí mismo (no tiene un término, no se hace ningún informe, no se deja reporte, no se avisa a ministerio público), como por las características del lugar al cual serán llevados, pues no se dice allí qué condiciones se deberán garantizar, pero que podrían llevar al habitante de calle a recibir un tratamiento contra su voluntad. La medida incluso podría entenderse como una medida correctiva de un tipo de vida que se debe cambiar incluso contra la voluntad de los habitantes de calle, vulnera la dignidad humana como pilar fundamental del Estado Social de Derecho. La dignidad humana se encuentra prevista no solamente en el artículo primero de la Constitución Política sino también en el bloque de constitucionalidad. Para que la dignidad humana se preserve se requiere la garantía de otros derechos, con respecto a los cuales si no se garantiza su goce efectivo no es posible que exista, entre éstos el de la libertad.

Es incuestionable la relación existente entre la dignidad humana y la autonomía individual. La Corte Constitucional colombiana ha sido enfática en señalar que la realización de la dignidad humana exige la garantía de la libertad personal:

“13. En la sentencia T-532 de 1992, la Corte señaló la estrecha relación entre la libertad individual y la dignidad humana. A su vez, en la sentencia C-542 de 1993, en la cual se pronunció sobre la constitucionalidad de normas antisequestro, la Corte recurrió al imperativo categórico kantiano, para reforzar la idea según la cual no pueden superponerse los intereses generales a los derechos fundamentales, especialmente los de la libertad y la vida que son “inherentes” a la dignidad del ser humano. De igual manera la Corte insistió en que la dignidad se “logra” con el pleno ejercicio de la libertad individual. En la sentencia C-221 de 1994, la dignidad constituyó uno de los fundamentos constitucionales para la despenalización del consumo de dosis personal de

¹³⁵ElEspectador.com. En Bogotá hay 8.385 habitantes de la calle. El Espectador. Febrero 25 de 2010.

drogas ilícitas, la Corte consideró la dignidad humana como el fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino, cuando dicha elección no repercuta de manera directa en la órbita de los derechos ajenos...¹³⁶”.

Es decir, según esta Corporación para que existan la dignidad humana y la libertad personal la persona debe tener la posibilidad de elegir su propio destino, sin que le sea dado al Estado y a sus autoridades imponerle como debe desarrollar su ser.

Ahora bien, si además de pretender imponerle a la persona cómo debe actuar, lo que como quedó visto resulta abiertamente inconstitucional, menos aún puede el Estado obligarla so pretexto de este cometido y/o, como lo dice la norma acusada, garantizar derechos ajenos y la convivencia, restringir su libertad, la que incluso por falta de claridad de la norma podría ser permanente. Tal y como la Constitución Política lo dispone en su artículo 28, y como reiteradamente lo ha dicho la Corte Constitucional, las autoridades administrativas, dentro de las cuales se cuentan las autoridades de Policía, no tienen competencia para restringir la libertad, salvo que medie orden judicial. Según la Corte Constitucional:

“El sistema jurídico colombiano acogió el mandato que proscribe toda prolongación indefinida de una restricción de la libertad despojada de control judicial, estableciendo un parámetro temporal cierto para que se lleve a cabo dicha supervisión. Un examen sistemático de los preceptos constitucionales relacionados con la libertad individual y los límites a sus restricciones, permite afirmar que toda privación efectiva de la libertad personal debe ser sometida a control judicial de inmediato, y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción¹³⁷”.

En tal sentido, la prolongación indefinida, la norma no específica, que sea en un hogar o centro de atención sin finalidad precisa, en desarrollo de la función de policía, sin que exista orden judicial, anula las libertades públicas de los habitantes de y en la calle y, en consecuencia, constituye una medida proscrita por la Constitución.

De otra parte, la norma acusada vulnera las normas constitucionales antes citadas con relación a un grupo específico de personas, los habitantes de y en la calle, con respecto a los cuales dispone que la Policía Nacional deberá trasladarlos a hogares o centros de atención, si se encuentran bajo el efecto de sustancias psicoactivas que les vulneren su voluntad y que generen alteración de la convivencia afectando los derechos de los demás ciudadanos.

El concepto abstracto de convivencia, sin que se exija que la medida de policía vaya precedida de un análisis objetivo y fundado, así como razonable y proporcional, afecta gravemente las libertades y la dignidad humana de los habitantes de y en la calle, quienes, además, por su condición de debilidad y de vulnerabilidad gozan de especial

¹³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

¹³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-163 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

protección del Estado: *“Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: ‘Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado’¹³⁸”.*

De conformidad con las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad citadas como violadas, tenemos como los Estados tienen dentro de sus obligaciones generales la de respetar y garantizar, sin discriminación alguna, los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Obligación que implica que el Estado y sus autoridades deben tomar las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los derechos y libertades públicas y en consecuencia, deben abstenerse de realizar acciones u omisiones que vulneren los derechos humanos.

Según el Comité de los Derechos Humanos:

“[T]odo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que “las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana” son obligaciones erga omnes y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹³⁹”.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:

“implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹⁴⁰.

Un Estado no puede hablar de derechos cuando no es capaz de respetarlos y garantizarlos. Las obligaciones que surgen con relación a los derechos humanos constituyen un límite para la acción del Estado. En especial, si se trata de sujetos vulnerables, cuyos derechos tienen una protección reforzada.

Aun cuando el derecho de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, dispone que: *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos*

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 1.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988.

derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación” y que, en tal sentido la Corte Constitucional ha señalado que:

“El derecho de todas las personas a la igualdad en la ley, explica la prohibición constitucional de otorgar un tratamiento diferente a las personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias sustancialmente iguales - atendiendo al objetivo perseguido por la norma. De otra parte, el mismo principio obliga al legislador a guardar una razonable proporcionalidad entre el trato disímil y el grado de la diferencia relevante que distingue a los grupos objeto de regulación diferenciada. Se trata de un principio que tiende a la interdicción de la arbitrariedad del legislador y que, en consecuencia, garantiza a los ciudadanos la expulsión del ordenamiento jurídico de perjuicios y privilegios injustos¹⁴¹”.

Lo anterior, no significa que todas las personas deban ser tratadas por la ley de la misma manera, por cuanto como lo establece la misma Constitución puede darse un trato diferencial para ciertos grupos de personas, lo que le impone obligaciones positivas al Estado. Es así como el mismo artículo 13, en su inciso segundo, prescribe que: *“el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”*. En tal sentido, la Corte Constitucional ha dicho que:

“Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables¹⁴²”.

De acuerdo a los anteriores razonamientos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, la condición especial de los habitantes de y en calle exige que el Estado implemente mecanismos y defina acciones encaminadas a superar su estado de debilidad manifiesta, en otras palabras, se encuentra en la obligación de generar condiciones positivas para quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad

¹⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-613 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴² Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2012, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Además, según la Corte Constitucional, en el marco de un Estado Social de Derecho como el colombiano, es deber del Estado erradicar la pobreza y la desigualdad, y si adelanta acciones o políticas que tengan impacto en grupos poblacionales vulnerables deberá asegurarse que dichas acciones sean sometidas a parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad y que, además vayan acompañadas de medidas para superar los impactos negativos. Veamos:

“En desarrollo del deber de las autoridades de luchar por la erradicación de las desigualdades sociales existentes, especialmente de aquellas que están en situación de precariedad económica, existe la obligación de diseñar y ejecutar las políticas públicas que permitan alcanzar una igualdad real y efectiva. Sin embargo, como se dijo anteriormente, estas medidas no pueden ser regresivas ni pueden agravar más la situación de marginación de la población más vulnerable. Lo anterior no significa que al Estado, le esté prohibido adoptar medidas que tengan impactos negativos sobre grupos de especial protección constitucional, sino que cuando con una actuación, política o programa genere tales efectos, se debe asegurar que, en primer lugar, las mismas estén sometidas a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y, en segundo lugar, que estén acompañadas de otras medidas que contrarresten los impactos negativos¹⁴³”.

La norma acusada, no solamente trasgrede el mandato constitucional de protección a cargo del Estado de los habitantes de y en calle, por su condición de vulnerabilidad, sino que, además, les otorga un trato que injustificadamente restringe sus derechos y afecta su dignidad humana, ejerciendo sobre ellos una acción negativa de discriminación.

En un Estado Social de Derecho como el colombiano, son admisibles las distinciones positivas para garantizar el principio de igualdad material y efectiva de derechos, pero nunca las distinciones negativas que eliminan los derechos de grupos poblacionales vulnerables. Según la Corte Constitucional:

“[E]l concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) está íntimamente ligado al principio de igualdad material y efectiva (Preámbulo y artículo 13), es decir, pretende aplicar una justicia distributiva, en cuya virtud se admiten como válidas las "distinciones positivas", las que implican un trato preferente a los más desvalidos o desfavorecidos, con el fin de alcanzar un orden social justo, introduciendo por acto del Estado el necesario equilibrio que elimine o disminuya las condiciones originales de desigualdad¹⁴⁴”.

Finalmente, es del caso señalar que el hecho de que el Estado se encuentre en la obligación de generar distinciones positivas a favor de los más desfavorecidos no quiere decir que por ello pueda so pretexto de protegerlos o de proteger la convivencia

¹⁴³ Corte Constitucional, sentencia. T-386 de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa

¹⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1134 de 2000, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

disminuirlos en sus derechos y hacer más evidentes sus condiciones de vulnerabilidad, dándoles un trato injusto e injustificado.

– **Su efecto sea mucho más beneficioso que el sacrificio de otros derechos**

Como se vio en apartes anteriores la medida vulnera, por un lado, la dignidad humana, como pilar fundante del ordenamiento jurídico, toda vez que uno de los derechos que dan garantía a esta y permite su existencia es el derecho a la libertad; vulnera el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los habitantes de y en calle, al establecer que la Policía los traslade de forma obligatoria y contra su voluntad, a hogares o centros de atención que el ente territorial tenga dispuestos para dicho efecto. Por el otro lado, afecta el derecho a la libre circulación, pues la locomoción en estos centros posiblemente esté restringida y al estar en ellos contra su voluntad, es una restricción violatoria de sus derechos. Si bien se plantea que la medida busca mantener la convivencia y salvaguardar los derechos de los demás ciudadanos, esto parte de una visión peligrosista que asume que el habitante de calle que está bajo el efecto de sustancias psicoactivas representa en sí mismo un riesgo, sin que estén cometiendo ningún delito.

Es evidente que en aras de mantener la convivencia y los derechos de terceros se vulneran los derechos fundamentales de los habitantes de calle y en calle de forma desproporcionada, pues en realidad sólo se consigue un reproche al comportamiento de esta población y se impone una medida que vulnera su dignidad, sin que en realidad se vea de qué manera se defienden intereses superiores. Como ya se dijo, si se tratara de proteger a terceros de los daños causados, pues las medidas a aplicar son otras porque al igual que a cualquier otra persona sin importar su aspecto o su condición social le son aplicables las medidas correctivas ante las contravenciones y las penas ante la realización de delitos. De otro lado, visto desde el punto de vista del habitante de calle la supuesta protección que se la quiere brindar, en realidad implica la imposición de una privación de la libertad que no se compadece con el supuesto beneficio que se obtendrá. Si se supone que estos hogares o centros asistenciales recibirían alimentos, dormida y comida, eso mismo podrían obtenerlo quienes en realidad así lo deseen y acudan por sus propios medios a estos lugares. Si hubiera sitios que ofrecieran condiciones adecuadas y con buen trato, seguramente algunos habitantes de calles acudirían voluntariamente y por sus propios medios a estos, pero bajo presión, chantaje de no recibir nada si no asisten y además el costo de tener limitada su libertad y su circulación, difícilmente ese objetivo de podría lograr. De acuerdo con la argumentación anterior, la norma está sacrificando los derechos concretos de la población habitante de calle para mantener y proteger por una parte unos derechos de él mismo cuya satisfacción no es cierta, y de otro lado bajo la idea de amparar unos derechos de terceros cuyo riesgo de vulneración tampoco es real, cierto o inminente. Que haya habitantes de calle en la calle no comporta per se un riesgo para la vida y la integridad, de hecho desde hace muchos años se convive y se pervive con muchos de estos habitantes. Por supuesto hay algunos que han incurrido en delitos, pero en ese caso la sanción ya está definida la ley lo mismo que lo está para cualquier otra persona que infrinja la ley penal. Conforme a lo expuesto, es ostensible la inconstitucionalidad de la norma acusada en tanto no cumple con los requisitos del test

de proporcionalidad. Por lo tanto, le solicitaremos a la honorable Corte Constitucional declare su inexecutable.

iv. Inconstitucionalidad del artículo 157 que consagra el traslado por protección para procedimiento policivo por violación del derecho a la libertad y debido proceso

Síntesis del cargo

El artículo 157 de la ley 1801 de 2016 es inconstitucional porque permite que se realice traslado y permanencia de una persona hasta por 6 horas para que se dé desarrollo del procedimiento verbal inmediato, que está a cargo de comandantes de Estación de Policía o del personal uniformado de la Policía Nacional. Este medio de policía afecta la prohibición establecida por la Constitución en su artículo 28, en donde se establece que la privación a la libertad solo puede ser definida por autoridad judicial, al ser esta una medida que retiene a una persona de forma transitoria, existe una vulneración a dicho prohibición ya que quien la realiza no cuenta con orden judicial.

De igual forma, la disposición que se solicita se declare inexecutable, no es proporcional porque la grave afectación del derecho a la libertad no resulta necesaria, en tanto el Código de Policía cuenta con otra medida como lo es el comparendo para garantizar la realización del procedimiento verbal abreviado. Tampoco resulta proporcional la afectación que se genera a un derecho fundamental consagrado en la Constitución con el fin que se persigue que es adelantar un procedimiento de policía, aún más cuando la Corte Constitucional ha dicho que la función de policía no está concebida para restringir libertades ni derechos, sino para garantizarlos.

Alcance de las disposiciones acusadas

El artículo 157 de la ley 1801 de 2016 acusado de inconstitucionalidad, estipula en su primer inciso una regla general para el procedimiento policivo, en donde se establece que las medidas correctivas serían aplicadas en el lugar en que sucede el hecho por parte de la autoridad de policía, pero en el segundo inciso del artículo 157 se establece una excepción a la regla general establecida en el inciso primero. Se señala que en caso de no ser posible su aplicación de la medida correctiva en el lugar de los hechos, se faculta a la autoridad de policía para realizar un traslado, el cual debe ser inmediato y temporal. Establece además que este traslado sólo podrá hacerse cuando no pueda realizarse en el sitio por razones no atribuibles a la autoridad de policía.

En el tercer inciso se establece que el traslado o la permanencia en el lugar donde se realizará el procedimiento verbal inmediato, consignado en esta Ley, no puede ser mayor a 6 horas. Con esto se establece condición de temporalidad de la medida.

En el cuarto inciso se le permite al ciudadano que es objeto de traslado por procedimiento policivo dar aviso a un allegado para informarle el motivo por el cual se

está realizando el traslado, además se establece que de no contar con el medio para comunicarse, la autoridad de policía debe brindarle el mecanismo para hacerlo.

Finalmente, en el párrafo se establece que la autoridad que ordena el traslado debe dar informe a la persona trasladada al igual que al jerárquico superior de quien ordenó la medida. Se establece también que debe realizarse un informe en el cual se debe contener el motivo por el cual se hace el traslado, lugar y tiempo del traslado, finalmente nombre del allegado. De este informe debe entregarse copia a la persona trasladada.

Este medio de policía establecido en la Ley 1801 de 2016 no estaba consignado en el Código de Policía anterior. Mediante este artículo se le otorgan nuevas facultades a las autoridades de Policía para realizar traslados, lo cual implicaría una afectación a la libertad de los ciudadanos para poder efectuar el procedimiento verbal inmediato que menciona el artículo 222 de la citada ley.

Esta nueva disposición implicaría una nueva afectación a la libertad que no se encuentra establecida en la Constitución, ni en otra norma que cuente con control de constitucionalidad por parte de la Corte, lo cual implicaría que cualquier ciudadano al cual se fuese a aplicar un medio de policía pueda ser trasladado y mantenido en sitio para aplicarle cualquiera de las medidas de policía que sean de competencia del personal Uniformado de la Policía Nacional, los comandantes de Estación o comandantes del Centro de Atención Inmediata de la Policía. Ejemplo de una de las conductas que permitirían trasladar a un ciudadano son todas aquellas cuyas medidas sean atribuibles a una amonestación, como por el ejemplo el numeral 1 del artículo 74 de la ley 1801 de 2016 “*no respetar la asignación de la silletería*”. Esto quiere decir que un ciudadano que no respete la numeración en la silletería de un evento puede ser trasladado y mantenido en un sitio hasta por 6 horas mientras se desarrolla el procedimiento verbal inmediato. Esto en últimas es una afectación grave a la libertad del ciudadano que no se compadece con la posible afectación generada a la convivencia.

El alcance que tiene la norma que se solicita sea declarada inexecutable contradice abiertamente las disposiciones del artículo 28 constitucional y el artículo 7 de la Convención Americana de los derechos Humanos.

Concepto de la violación

La dignidad humana es el pilar fundante del ordenamiento jurídico Colombia, esto quiere decir que todo el ordenamiento normativo debe garantizarla. Para ello la Constitución Política de Colombia estableció ciertos derechos fundamentales, un bloque de constitucionalidad y otros derechos innominados que permiten el total desarrollo de la dignidad humana:

“Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas

para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.”¹⁴⁵

Uno de los derechos que dan garantía a la dignidad humana es el derecho a la libertad; no puede darse desarrollo a la primera sin que exista la segunda. ¿A caso puede existir dignidad sin que exista libertad? Parte del desarrollo de las revoluciones liberales que se dieron en Europa y fueron gestantes del Estado moderno establecieron como pilar fundante tres principios; la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad, en donde ese establece que la consecución de los mismos es inherente al ser humano.

Toda esta tradición liberal que dio lugar al desarrollo del derecho constitucional hace parte del actual Estado Social de Derecho de nuestro país, el cual encuentra influencia del proceso constitucional alemán, italiano y español, donde la dignidad es la norma nodal.

En el caso de la libertad, la Constitución de 1991 hizo un cambio importante, estableciendo en su artículo 28 la prohibición de ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino sólo con mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

Al respecto en la Sentencia C-024 de 1994 se hizo referencia a este debate de la prohibición de limitar la libertad sólo con mandamiento judicial:

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

El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra la puerta a los abusos de funcionarios subalternos, que muchas veces prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extra limitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto, o detener a los individuos.”¹⁴⁶

De esta misma forma la Corte Constitucional ha hecho varios pronunciamientos en los cuales se ha manifestado que la disposición constitucional sólo autoriza a la autoridad

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-336- 2008. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

judicial para restringir la libertad de cualquier ciudadano. Es así como la Corte mencionó que en *“materia de derecho a la libertad personal, el constituyente ha estructurado una serie de garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Constitución establece una **reserva judicial** en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención (CP art. 28). En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad. En consecuencia, a la autoridad administrativa le está vedado imponer **motu proprio** las penas correctivas que entrañen, directa o indirectamente, la privación de la libertad, salvo mandamiento escrito de autoridad judicial competente”*¹⁴⁷

En dicha Sentencia queda claro que en ningún caso le es permitido a una autoridad administrativa imponer penas que conlleven, directa o indirectamente, a una limitación de la libertad. Lo anterior riñe directamente con el artículo 157 de la ley 1801 de 2016 que permite que exista un traslado de un ciudadano y una permanencia a órdenes de una autoridad de policía, la cual es una autoridad administrativa y según lo establecido por la misma Constitución y la jurisprudencia de la Corte no le sería permitido.

En otro pronunciamiento de la Corte vuelve y se reitera que la intención del Constituyente es clara al sólo permitir la restricción la libertad de una persona por medio de una autoridad judicial:

“El artículo 28 de la Constitución protege el derecho a la libertad física de la persona con la regulación de una serie de garantías que buscan asegurar el ejercicio legítimo del derecho y el adecuado control al abuso del poder. De hecho, como bien lo describe la doctrina, la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad. Por esta razón, el constituyente no sólo otorgó a la libertad el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que aunque se derivan de ella se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción.

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. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en sostener que el carácter garantista y humanista de la Constitución de 1991 exige como mecanismo de protección fundamental del derecho a la libertad y como condición sine qua non para disponer la privación de la libertad de una persona, el mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En efecto, como lo advirtió la sentencia C-024 de 1994, la reserva judicial de las restricción a la libertad fue plasmada por el

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-490 de 1992. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

constituyente de manera expresa y consensuada, pues la simple comparación entre los artículos 23 de la Constitución de 1886 y 28 de la actual Carta muestran que el primero señalaba la detención por orden de la “autoridad competente”, mientras que el segundo dispone que “nadie puede ser... detenido... sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Entonces, es claro que la voluntad del constituyente estuvo expresamente dirigida a prohibir la privación de la libertad por orden de autoridades administrativas, cuya facultad estuvo autorizada por la norma constitucional derogada.”¹⁴⁸

De igual forma en la sentencia C-212 de 1994 se mencionó que

“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.”

Queda claro entonces que la jurisprudencia ha hecho un recuento extenso sobre la limitación a la libertad y la prohibición que establece el artículo 28 de la Constitución al definir que solo la autoridad judicial puede limitar la libertad de un individuo. Por otro lado el mismo desarrollo jurisprudencial ha señalado que las autoridades administrativas, lo cual incluye a las autoridades de policía, no tienen competencia para restringir la libertad si no media orden judicial de por medio. Por lo tanto, un traslado y permanencia de un ciudadano para efectuar un procedimiento verbal inmediato de carácter netamente policivo, como el establecido en la norma acusada, no corresponde a lo establecido en el artículo constitucional.

A pesar de que el artículo 28 tiene una prohibición expresa, se analizará si este procedimiento hace parte inherente de una función propia de las autoridades de policía que darían justificación a permitir que se realicen el traslado por procedimiento de policía.

En primera instancia es importante reseñar que la función de policía está encaminada a la preservación del orden público, en desarrollo del Estado Social de Derecho. *“La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público.”¹⁴⁹* Por tanto, la preservación del orden público, que es la finalidad de la función de policía, debe ir en armonía con las libertades públicas y la supresión de las mismas no es justificable aún en cumplimiento de sus funciones.

¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-176 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

La función de policía siempre debe atender a los fines y principios de la Constitución, por ende dicha función no ha estado concebida para limitar derechos sino para permitir el desarrollo de los mismos:

“En un Estado social de derecho, el uso del poder de policía -tanto administrativa como judicial-, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas”¹⁵⁰

En esa medida la Corte Constitucional ha definido que las medidas que se tomen para poder cumplir el objetivo de la preservación del orden público siempre deben obedecer a los principios de la proporcionalidad y la razonabilidad. Lo anterior conduce a que las medidas adoptadas por las autoridades de policía deben ser proporcionadas, tal y como ocurre con el uso de la fuerza, la cual debe ser concebida como la última ratio al momento de un procedimiento. No pueden existir medidas de policía que sacrifiquen en una forma desmedida un derecho aún en la preservación del orden público y la autoridad siempre debe ponderar la aplicación de cualquier sanción.

En la sentencia C- 024 de 1994 se han establecido los claros límites que tiene el uso del poder de policía:

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

(...)

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

(...)

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

¹⁵⁰ Ibíd.

Queda entonces claro que la función de policía no puede en primera instancia contradecir los mandatos constitucionales, ni anular libertades públicas de los ciudadanos, entre las que se encuentra se encuentra la libertad, tal y como lo enuncia el artículo 28 y el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se podría entonces decir que la única forma que prevé la Constitución para la restricción de la libertad de un ciudadano es mediante una orden de autoridad judicial. La Corte ha señalado lo siguiente:

“El respeto por los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución, por los parámetros señalados en los principios del Estado Colombiano y por los fines del mismo, conllevan a que en determinados eventos se limite el derecho fundamental a la libertad personal y en consecuencia se prive o restrinja de éste a un ser humano.

En consecuencia, en aras del respeto indicado, la propia Constitución determinó los requisitos indispensables para poder privar o restringir la libertad personal; estos consisten en: i. Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii. Ajustado a las formalidades legales y iii. Por motivos previamente determinados por la ley.

(...)

De lo expuesto, es claro que la Constitución establece una reserva judicial que beneficia al derecho fundamental a la libertad personal, debido a la exigencia de los requisitos ya señalados. Así las cosas, sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente.

*Por ende, dicha reserva judicial, no es sino el resultado de la tridivisión del poder al interior de un Estado Democrático, en el cual se excluye la posibilidad que una autoridad administrativa limite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado Colombiano”.*¹⁵¹

El cuerpo uniformado de la policía, que no es siempre todas las autoridades de policía, cumple funciones administrativas y en algunos casos funciones judiciales a la vez. En algunas específicas circunstancias es parte de las funciones de la policía hacer detenciones, como por ejemplo en la flagrancia de una conducta punible, sin embargo no tiene competencia alguna cuando se encuentra en desarrollo de la función del derecho de policía y no del penal. En el caso del derecho de policía su función es preventiva y no tendría atribución alguna para realizar una detención, caso contrario que se encontrara cumplimiento alguna función judicial. La Corte Constitucional ha hecho ya esta

¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

claridad. En la sentencia C-176 de 2007 se determinó que la Policía sí puede aprehender a una persona para hacerla comparecer cuando existe una orden de una autoridad judicial, sin embargo nunca se autorizó que lo hiciera la Policía sin una orden judicial, ya que sustenta la misma Corte en su sentencia que el artículo 28 de la Constitución es claro en mencionar que sólo una autoridad judicial es competente para restringir la libertad mediante una orden, a menos que exista flagrancia de una conducta penal:

“i) Como se dijo en precedencia, el Constituyente fue claro en suprimir la facultad otorgada al ejecutivo para ordenar la privación de la libertad física de las personas, por lo que el legislador no puede actuar en contra de la clara intención superior cuando el objetivo es proteger el derecho a la libertad. Luego, las excepciones a las garantías constitucionales que se dirigen a controlar el abuso del poder en la privación de la libertad de las personas deben ser expresamente autorizadas por la propia Constitución.

ii) La libertad de configuración política del legislador se encuentra limitada por la protección constitucional al derecho a la libertad que se concreta con la constitucionalización de garantías irrenunciables para el ser humano. De hecho, como se dijo en precedencia, la Constitución de 1991 concreta la concepción del derecho a la libertad y de la excepcionalidad de sus restricciones en el constitucionalismo contemporáneo, según el cual los derechos fundamentales de las personas se imponen frente al Estado como “límites al abuso de poder” y condicionan la validez de las decisiones públicas aún si buscan la defensa y preservación del interés general. De este modo, la prevalencia del interés general no puede materializarse con la anulación de los derechos y libertades individuales, pues en el Estado Social de Derecho la defensa y eficacia de éstos también es un asunto que involucra el interés de toda la sociedad. Por consiguiente, resulta congruente sostener que en todo caso de restricción del derecho a la libertad debe existir orden previa de autoridad judicial –limitada al juicio de legalidad y constitucionalidad que corresponde adelantar y bajo la responsabilidad de los jueces competentes- y control de legalidad de la diligencia misma de captura –que involucra la actuación de las autoridades que participaron en ella.”¹⁵²

Aplicación del juicio de proporcionalidad

Ahora bien, es también indispensable analizar si la medida de traslado para procedimiento policivo consignado en el artículo 157 persigue una finalidad legítima, es adecuada, necesaria y proporcional.

- Finalidad de la medida

El fin que tiene previsto este artículo es la comparecencia del ciudadano dentro del proceso verbal inmediato para la aplicación de sanciones como amonestación, participación en un programa comunitario, remoción de bienes que obstaculicen el

¹⁵² Corte Constitucional, sentencia C-176 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy.

espacio público, la inutilización de bienes y la destrucción de un bien. Podría decirse que el fin que persigue la norma es legítimo ya que debe existir mecanismo necesario que garantice la aplicación del procedimiento de policía así como la imposición de la sanción. Sin embargo es importante reseñar que la privación transitoria de la libertad para aplicación de un procedimiento no está prevista para autoridades administrativas, ya que la Constitución Política es clara en determinar, como se ha mencionado anteriormente, en que sólo mediante orden judicial puede hacerse cualquier tipo de limitación a la libertad. También es de mencionar que la finalidad propuesta es dar cumplimiento a la noción de inmediatez que debería tener este procedimiento verbal inmediato.

- La restricción puede ser medio idóneo para lograr el fin perseguido

El traslado y permanencia de una persona por no más de 6 horas para que se realice un procedimiento verbal inmediato por parte de un comandante de policía o un miembro del cuerpo de policía, puede entenderse como adecuado ya que garantiza que se cumpla el fin provisto por el artículo, como lo es la comparecencia del ciudadano dentro del proceso policivo. Si bien es adecuado por la razón anterior, no deja de ser contrario esto a las disposiciones constitucionales sobre la libertad de las personas, como se ha reseñado.

- La medida no es necesaria

La medida no es necesaria, porque la forma para efectuar el procedimiento verbal inmediato puede contar con otros mecanismos para que la persona comparezca ante la autoridad, tal y como es el comparendo que se encuentra consignado en el artículo 218 de la misma ley y que se entiende como la acción del personal uniformado de la policía que consiste en entregar un documento oficial que contiene orden escrita o virtual para presentarse ante autoridad de policía, la cual no implica que se vulnere el derecho a la libertad de las personas, ni la trasgresión al postulado constitucional de que sólo autoridad judicial competente puede determinar la restricción a la libertad. También es claro que el desarrollo del procedimiento verbal inmediato puede hacerse en el lugar donde suceden los hechos y no es claro cuáles serían los hechos ajenos a la autoridad de policía que justificarían un traslado, lo cual implica una violación al principio de legalidad ya que la norma debe ser clara y expresa, más aún cuando de ella se desprende la posibilidad de la limitación o restricción de la libertad de un ciudadano. Queda claro entonces que no es una medida necesaria ya que se cuenta con otras medidas que pueden dar desarrollo al fin perseguido que es el de que se lleve a cabo la comparecencia en el procedimiento verbal inmediato.

- Su efecto sea mucho más beneficioso que el sacrificio del derecho a la protesta

Finalmente resulta pertinente definir si la medida es proporcional en comparación a la limitación a la libertad que concierne el traslado y permanencia de 6 horas para efectuar el procedimiento verbal inmediato.

En primera instancia es pertinente definir que el derecho a la libertad es inherente a la dignidad humana. Desde la concepción del derecho moderno no se puede concebir la dignidad sin la libertad, por ello en el marco de las reivindicaciones del Estado Moderno la libertad es uno de los pilares esenciales. La dignidad humana, según se desprende del art. 1 Superior, es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye una norma vinculante para toda autoridad.¹⁵³ Sin embargo, tener derecho a la libertad no implica que no se pueda restringir, así como en el caso de Colombia se permiten las penas privativas de la libertad cuando se afectan ciertos bienes jurídicos tutelados son afectados o en el marco de los procesos que permitan esclarecer responsabilidad penal alguna.

En el caso de Colombia tal es el valor que tiene la libertad y la protección que le dio el Constituyente a este derecho que se menciona que sólo autoridad judicial competente puede determinar la restricción de dicho derecho. Pero adicional a esto, el Constituyente estipulo el Habeas Corpus para la protección del citado derecho, teniendo una acción especial y preferente a la misma acción de tutela. Esto implica el valor mismo que tiene el respeto de la libertad como derecho fundamental y la importancia que le otorgó la Asamblea Constituyente.

Volviendo al caso del Derecho Penal, este permite que se limite la libertad del ciudadano como sanción por haber trasgredido un bien jurídico tutelado por el Estado. Sin embargo, no por la simple conducta punible se encarcela al sujeto sino que este debe cumplir un debido proceso, en donde el principio de legalidad orientador. El derecho exige causales claras y expresa para poder justificar la restricción de la libertad. De esta misma forma sucede cuando la detención es preventiva.

Como se ha reseñado brevemente el derecho a la libertad es un derecho fundamental recelosamente cuidado por el Constituyente y aunque se permite su restricción, existe una disposición constitución clara frente a quienes pueden determinarlo.

En el caso del traslado por procedimiento policivo tiene como finalidad la aplicación del procedimiento verbal inmediato, cuyo pilar es la inmediatez. Bajo esta sustentación la norma pretende justificar la restricción momentánea a la libertad. Sin embargo como se ha dicho el Constituyente nunca concibió que la limitación a este derecho estuviera en manos distintas a la de autoridad judicial competente. La inmediatez de un procedimiento nunca debe desconocer un debido proceso y más aún la limitación directa de un derecho fundamental tan celosamente cuidado por la Constitución, más aún cuando lo que se busca es realizar un procedimiento policivo de una norma de convivencia trasgredida que no reviste el impacto social suficiente para justificarlo, distinto a lo que sucede con los delitos penales.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-143 de 2015. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Buscar la realización de un procedimiento verbal inmediato para imponer una sanción tampoco resulta proporcional con la limitación de la libertad de una persona, y al contrario deviene en una vulneración de un derecho fundamental. Desplegar un procedimiento de policía, no representa un hecho primordial justificable para desatender la prohibición constitucional de que sólo con orden escrita se puede restringir la libertad personal, así sea transitoriamente, más aún cuando la Corte Constitucional ha mencionado que la función de policía está encaminada a garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos y no puede limitarlos y restringirlos.

Es importante tener claro que la Corte Constitucional ya ha hecho una caracterización de lo que se entiende por libertad personal en su sentencia C-024 de 1994 “*por libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona.*” Es por ello que no resulta justificable que se vulnere, así sea transitoriamente, un derecho fundamental para que se dé la comparecencia a un procedimiento policivo, violando un mandato constitucional en donde sólo las autoridades judiciales competentes pueden determinar su restricción. La afectación de esta medida es desproporcionada y grave para el ciudadano, donde la libertad es componente esencial de la dignidad humana y donde no existe justificación evidente para su restricción, más aún en un Código de Policía.

Bajo estos argumentos se considera que el artículo 157 de la Ley 1801 de 2016 “Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”, que contiene el traslado para procedimiento policía, debe ser declarado inconstitucional al afectar las disposiciones del artículo 28 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y así le solicitaremos a lo Corte que lo declare.

4. PRETENSIONES

De conformidad con los argumentos anteriormente esgrimidos y explicados en cada uno de los cargos de la demanda, de manera respetuosa le solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que acceda a las siguientes solicitudes o pretensiones:

- 4.1.** Que se declare la inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 39 y del párrafo 3 del artículo 39 de la ley 1801 de 2016, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.
- 4.2.** Que se declare la inconstitucionalidad del párrafo 3 del artículo 41 de la ley 1801 de 2016, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.
- 4.3.** Que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “*y se presentará con 48 horas de anticipación indicando el recorrido prospectado*” contenida en el inciso 3 del artículo 53 de la ley 1801 2016 y del contenido del inciso 4 del artículo 53 de la ley 1801 de 2016 que reza “*toda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta*”, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.

4.4. Que se declare la constitucionalidad condicionada del artículo 55 de la ley 1801, bajo el entendido de que quien incurra en señalamientos infundados contra manifestantes estarán sujetos a una Multa General tipo 4, o en su defecto, se exhorte al Congreso de la República para que en un plazo no superior a un año adicione el artículo 55 de la ley 1801 de 2016 para que se incluya la sanción correspondiente a la conducta descrita como señalamiento infundados contra manifestantes cuando sea realizada por particulares, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.

4.5. Que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “*salvo los casos en los excepcionalmente los autoriza la Constitución y la ley*” contenida en la parte final del artículo 56 de la ley 1801 de 2016, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.

4.6. Que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “*reuniones o*” y “*no autorizadas por la autoridad ambiental*” contenidas en el numeral 9 del artículo 103 de la ley 1801 de 2015. Igualmente que se declare la inconstitucionalidad de la medida correctiva prevista en el mismo artículo para este numeral 9 en la expresión “*reunión o*”, o en su defecto que se declare la constitucionalidad de esta expresión, condicionada a la autorización o solicitud expresa de la autoridad ambiental competente en el área del SINAP en la que se adelante la reunión o manifestación.

4.7. Que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “*traslado por protección*” contenida en el numeral 1 del inciso 6 del artículo 149 de la ley 1801 de 2016, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda

4.8. Que se declare la inconstitucionalidad del contenido del artículo 155 de la ley 1801 de 2016, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.

4.9. Que se declare la inconstitucionalidad del artículo 157 de la Ley 1801 de 2016, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.

4.10. Que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “*establecer, con el apoyo del Gobierno nacional, centros especiales o mecanismos de atención y protección de personas trasladadas o conducidas por el personal uniformado de la Policía*” del numeral 12 del artículo 205 de la ley 1801 de 2016, de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.

5. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, que establece que tiene entre sus funciones la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Asimismo, se constata ausencia de cosa juzgada respecto de las normas acusadas debido a que no ha habido pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre las mismas. Cabe indicar también que algunas de las normas demandadas tienen contenidos absolutamente novedosos en el

ordenamiento jurídico y otras aunque tienen contenidos normativos estrechamente relacionados con algunas materias que regulaba el anterior Código de Policía y respecto de los cuales ya hubo pronunciamientos de constitucionalidad, tienen textos y contenidos sustancialmente diferentes por lo cual no hay cosa juzgada, ni formal, ni material, predicable de ninguna de las disposiciones demandadas.

6. NOTIFICACIONES

Los suscritos recibiremos notificaciones en el Congreso de la República, Carrera 7 No.8-68 oficinas 506B y/o 209B del Edificio Nuevo del Congreso, de la ciudad de Bogotá, Colombia o al correo electrónico: alirio.uribe.representante@gmail.com.

De los señores Magistrados y Magistradas, con toda atención,

Alirio Uribe Muñoz

C.C. No.

Representante a la Cámara

Ángela María Robledo Gómez

C.C.

Representante a la Cámara

Víctor Javier Correa Vélez

C.C.

Representante a la Cámara

Oscar Ospina Quintero

C.C.

Representante a la Cámara

Iván Cepeda Castro

C.C.

Senador

Alexander López

C.C.

Senador

Gustavo Gallón

C.C.

Director

Comisión Colombiana de Juristas

Alberto Yepes

C.C.

Coordinador del Observatorio de Derechos Humanos de la Coordinación Colombia
Europa Estados Unidos

Jomary Ortegón Osorio

C.C.

Presidenta

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo