MISIÓN JURÍDICA

La retención transitoria: Medida policial vigente. ¿Por qué se aplica en unas unidades policiales y en otras no?

Temporary retention: why it is applied by some police units and others don´t?

Autores: FERNANDO MORENO GONZÁLEZ, LUZ MARY RINCÓN ROMERO, MARCO ANTONIO MORENO RAMÍREZ
DOI: https://doi.org/10.25058/1794600X.31

MISION JURIDICA
REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ISSN 1794-600X NUMERO 3
enero - diciembre de 2010

LA RETENCIÓN TRANSITORIA: MEDIDA POLICIAL VIGENTE. ¿POR QUÉ SE APLICA EN UNAS UNIDADES POLICIALES Y EN OTRAS NO?*

TEMPORARY RETENTION: WHY IT IS APPLIED BY SOME POLICE UNITS AND OTHERS DON´T?

A DETENÇÃO TEMPORÁRIA: MEDIDA POLICIAL ATUAL. POR QUE SE LEVA A CABO EM UMAS UNIDADES POLICIAIS E NOUTRAS NÃO?

FERNANDO MORENO GONZÁLEZ**
fernandomorenogonzalez@yahoo.es

LUZ MARY RINCÓN ROMERO***
luzmaryrinconromero@yahoo.es

MARCO ANTONIO MORENO RAMÍREZ****
Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca
Recibido par académico: 14-04-2011. Aceptado: 7-05-2011

RESUMEN

Con la promulgación de la Sentencia C-720 de 2007 que declaró inexequibles los artículos 192 y encabezado del artículo 207 del Código Nacional de Policía, relacionados con la medida correctiva de la retención transitoria, actualmente se presentan disparidad de conceptos, en relación con la aplicación o no de la mencionada medida policial.

En atención a esta diversidad de criterios sobre el particular, se pretende realizar un análisis sobre el tema, con el fin de cuestionar, discernir y entender los planteamientos establecidos; igualmente, consolidar unas conclusiones acordes con las concepciones y parámetros legales y jurisprudenciales.

PALABRAS CLAVES

Código Nacional de Policía / Medidas Correctivas / Sentencia C-199 de 1998 / Sentencia C–720 de 2007 / Vigencia de la medida Policial / Procedimiento / Función Preventiva / Función Protectora / Aplicación de la medida / Vigencia – No Aplicación.

---

* Este artículo es producto de la investigación realizada por los autores en su monografía para aspirar al título de Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia.

** Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y Tributario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magíster en Derecho Penal y Criminología. Catedrático de la Universidad Libre.

*** Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Contractual y Tributario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magíster en Derecho Penal y Criminología. Catedrática de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

**** Administrador Policial de la Escuela de Cadetes de Policía "General Francisco de Paula Santander". Abogado de la Universidad Gran Colombia. Especialista en Derecho de Policía de la Escuela de Postgrados "Doctor Miguel Antonio Lleras Pizarro" de la Policía Nacional. Catedrático de la Escuela de Suboficiales y Nivel Ejecutivo Nacional "Gonzalo Jiménez de Quesada" de la Policía Nacional.

ABSTRACT

With the issuance of judgment C-720 of 2007 that I declare the 192 articles inapplicable and tops of the article 207 of the national police, code related corrective measure transient retention, currently presented concepts in relation to the application or not of the above-mentioned corrective measure disparity.

In response to this diversity of views on the subject, is intended to perform an analysis on the subject of understanding, discern and questioning the established; approaches similarly, consolidated conclusions commensurate with the conceptions and jurisprudence and legal parameters.

KEY WORDS

National Police Code / Corrective Measures / Judgment C-199 1998 / Judgment C - 720 2007 / Lifetime Measurement / Procedure / Function preventive / Function protection / Application of the measure / Age - no application.

SUMÁRIO

Com a promulgação do Julgamento C-720 de 2007, que declarou inconstitucionais os artigos 192 e o encabeçado do artigo 207 do Código Nacional Policial, relacionados com a medida corretiva da retenção temporária, atualmente apresentam-se dispares conceitos, em relação com a aplicação ou não da mencionada medida policial.

Em atenção a esta diversidade de pontos de vista sobre o assunto o que se quer é realizar uma analise sobre o tema para questionar, para discernir e compreender o conjunto de enfoques, também para consolidar umas, acordes com as conceições e parâmetros legais e jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE

Código Nacional Policial / Ações Corretivas / Julgamento C-199 de 1998 / Julgamento C–720 de 2007 / Validade da medida Policial / Procedimento / Função Preventiva / Função Protetora / Aplicação da medida / Prazo – Não aplicação.

INTRODUCCIÓN

Las actividades de la policía, en el Estado social de derecho, están orientadas especialmente a la prevención del delito, funciones de policía judicial o de investigación criminal y a la conservación del orden público interno relacionado con la seguridad, la salubridad, la tranquilidad, ecología y la moral pública. El orden público o la convivencia en el Estado social de derecho es un valor subordinado al respeto a la dignidad humana[1]; por lo anterior, el fin último de la policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos y libertades de los asociados[2]; esta protección se constituye, entonces, en el fundamento y el límite del poder, función y actividad

1 Comisión Primera del Comité Distrital de Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Bogotá, 2007.

2 Procuraduría General de la Nación. Informe visita sitios de retención transitorios Procuraduría delegada para la prevención en materia de Derechos Humanos y Asuntos étnicos. Marzo 2006.

de policía. Igualmente, las medidas de policía deben ser necesarias, proporcionales, razonables e idóneas, en atención a las circunstancias y al fin perseguido. Debe, entonces, evitarse todo exceso, exageración o abuso innecesario. La extensión del poder de policía está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas.[3]

Nuestra Constitución Política define en el artículo 28 la reserva judicial para ordenar la privación de la libertad; además, dispone que sólo se hará con las formalidades y por los motivos establecidos en la ley. De lo anterior, se deduce que las autoridades de policía no pueden privar ni restringir la libertad de las personas, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial o en los casos de flagrancia, por violación de la ley penal.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que, por mandato de la ley formal, las autoridades de policía, excepcionalmente, pueden disponer la mínima afectación de la libertad solo para proteger a las personas en sus vidas o en su integridad física, exhortando al Congreso a legislar al respecto.

El Legislador quiso, a través de algunas disposiciones del Decreto Ley 1355 de 1970, Código Nacional de Policía, en virtud de las dos funciones[4] primordiales de la Policía Nacional, la prevención del delito[5] y la protección de la vida e integridad física de las personas y, para hacer efectivo el derecho, asignar la competencia a los comandantes de estación y subestación de Policía para conocer y aplicar la medida correctiva de la retención transitoria, establecida, definida y concretada en los artículos 186-8, 192 y 207.

No admite ninguna duda que, con esta norma, el Legislador pretendió lograr la efectividad en la prestación del servicio que cumple la Policía Nacional en cumplimiento de su misión constitucional establecida en los artículos 2º y 218, es decir, su función preventiva del delito y protectora de la vida, honra y bienes de los habitantes de Colombia; por consiguiente, se buscaba ofrecer instrumentos legales idóneos, con el fin de garantizar, básicamente, los dos derechos sin los cuales los demás derechos y garantías, o no se pueden ejercer, o no es grato ejercitarlos: Se trata del derecho a la vida de las personas y el derecho de toda persona a conservar su integridad física.

No obstante que las disposiciones contenidas en los artículos 186-8, 192 y 207 del Código Nacional de Policía pretendían que la Policía Nacional cumpliera su misión constitucional primordial para la cual ha sido instituida, esto es, la prevención del delito y protección de la vida y la integridad física de los habitantes de Colombia, fueron objeto de examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. El artículo 186-8, fue declarado ajustado a la Constitución y, por lo tanto, la retención transitoria sí es constitucional y está, legalmente, vigente. El artículo 192 fue declarado inexequible y el artículo 207 fue declarado inexequible

3 Fiorini, Bartolomé. Documento elaborado con base en el texto y desarrollo del tema por el autor en su libro Poder de Policía. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1962.

4 Goenaga, Marina. Lecciones de Derecho de Policía (1983). Bogotá: Temis.

5 Fentanes, Enrique. Inspector General Policía Federal Argentina. Abogado Universidad Buenos Aires. Compendio de Ciencia de Policía. Biblioteca Policial Policía Federal Argentina. 1968.

sólo en su encabezado, pero es exequible en los motivos de aplicación de la medida. Lo anterior ha creado incertidumbre, duda y controversia por parte de juristas y miembros de la Policía Nacional, no en cuanto a la vigencia o existencia legal de la medida, sino en relación con su aplicación. Esta situación persiste, aún después de más de tres años de la expedición de la Sentencia C-720 de 2007, por cuanto el Congreso de la República, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, no ha expedido una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución Política, en relación con las medidas efectivas que la Policía Nacional deba o pueda tomar, tanto en la prevención del delito como cuando la vida o integridad física de las personas se hallen en inminente peligro.

El propósito de este artículo es procurar determinar si la medida policial de protección y prevención denominada "retención transitoria", constitucional, legal y jurisprudencialmente tiene aplicación en nuestro país.

Se tratará de una metodología de investigación normativa y jurisprudencial, que pretende hacer una reflexión sobre los puntos de vista de cada una de las dos posiciones que examinan el tema. Una posición considera que la medida, legalmente, está en vigencia, mas no tiene aplicación. Otra postura considera plausibles, tanto su vigencia como su aplicación. Concibiendo los argumentos de las dos posiciones, se lograría dilucidar los puntos neurálgicos atinentes y, luego, estar en condiciones de emitir algunas conclusiones.

Se analizarán, en primer lugar, los antecedentes históricos, definición y fundamento legal de la medida correctiva de retención transitoria y los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados, contenidos en la sentencia número 067 del 2 de julio de 1987 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y las sentencias C–199 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara y C-720 de 2007, M.P. (E) Catalina Botero Marino; de otro lado, se esbozarán las posiciones concretas para la aplicación o no de la medida policial mencionada.

De este análisis han de surgir argumentos válidos que permitan concretar si la medida correctiva de retención transitoria legalmente vigente es aplicable o no, con el fin de evitar innecesarios conflictos y otorgar igualdad y seguridad jurídica.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, antes de la expedición del Código Nacional de Policía actual, se dictaron diversos estatutos nacionales que pueden calificarse como contravencionales policiales, los cuales carecían de unidad y de técnica jurídica: La Ley 48 de 1936[6], el Decreto 14 de 1955[7], el Decreto 1699 de 1964[8]. Antes del Decreto Ley 1355 de 1970 no había sido expedido un Código Nacional de Policía; solo existían normas locales de policía dispersas, y en consecuencia, sin un criterio unificado.

6 Ley 48 de 1936 (Marzo 13). Sobre vagos, maleantes y rateros.
7 Decreto 14 de 1955 (Enero 12). Por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social.
8 Decreto 1699 de 1964. Por el cual se dictan algunas medidas sobre protección social

El 28 de marzo de 1968 el Congreso de la República auspició, por medio de la Ley 16[9], un vasto plan legislativo dirigido, entre otros, a rehacer la división judicial, a expedir el estatuto del abogado, a reformar los planes de estudio del derecho, a modificar el procedimiento penal, a renovar las dependencias de la Procuraduría General de la Nación y a estudiar y proponer la vigencia de un nuevo Código de Comercio.

También fue auspiciada por el Congreso la iniciativa de: "Expedir normas sobre Policía que determinen y reglamenten las materias de su competencia y las contravenciones y segunda instancia, así como la competencia para conocer los negocios que se relacionen con los inadaptados a la vida social".

"Igualmente señalará las penas que pueden imponerse por contravenciones de Policía y las correspondientes reglas de procedimiento. Para tales efectos, podrá también modificar el código penal y definir como contravenciones hechos que hoy se consideran delitos y como delitos de los que están definidos como contravenciones".[10]

Para darle vida a este extenso propósito, el Congreso otorgó facultades extraordinarias pro témpore al Presidente de la República. Se estatuyó que el gobierno ejercería las facultades extraordinarias, asesorado por una comisión de expertos y que, de ella, harían parte cuatro senadores y cuatro representantes, designados por la comisión primera constitucional de cada cámara.

Por decreto 2145 de 1968, el gobierno constituyó la comisión asesora, no solo con los senadores y representantes designados por cada Cámara, sino que, además, consideró que deberían formar parte de ella el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y los Consejeros de la Sala Consultiva del Consejo de Estado.

Por decreto 2366 de 1968 se integraron los distintos comités de especialistas encargados de redactar los proyectos de decretos sobre cada uno de los temas comprendidos en las autorizaciones extraordinarias.

Para el comité de "Normas de Policía" fueron designados eminentes juristas tratadistas en el quehacer policial: los doctores Parmenio Cárdenas, Domingo Sagasti, Luis Carlos Giraldo, Miguel Antonio Lleras Pizarro, Jesús Bernal Pinzón, Alfonso Reyes Echandía, Lisandro Martínez Zúñiga, Santiago Iriarte Rocha, Roberto Pineda Castillo, y el Coronel de la Policía Nicolás Ríos Mesa, quienes iniciaron labores el 21 de octubre de 1968, dándolas por terminadas el 26 de julio de 1970. Como secretario de este comité, estuvo el Doctor Marco Tulio Amaya Díaz, quien reseñó en 157 actas las deliberaciones de los comisionados. Los originales de las actas se dejaron al cuidado del Ministerio de Justicia[11].

El 4 de agosto de 1970, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 16 de 1968 y atendido el concepto de la Comisión Asesora establecida en ella,

9 Ley 16 de 1968 (marzo 28). Por la cual se restablecen los Juzgados de Circuito, se dictan normas sobre competencia en materia penal, civil y laboral, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones.

10 Doctrina del Derecho de Policía en Colombia. Recopilación. Roberto Pineda Castillo. Colección Transformación Cultural. Bogotá D.C. Página 311.

11 Brigadier General (h) Rojas Orjuela, Salomón. Compendio de Doctrina Policial. Imprenta Fondo Rotatorio de la Policía Nacional. Realización Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Bogotá. Colombia. 2003

se expidió el Código Nacional de Policía, mediante el Decreto Ley 1355 de 1970, que aún se encuentra vigente.

El 27 de marzo de 1971 se dictó el Decreto 522[12], que derogó el Decreto 1118 e incorporó las contravenciones penales al Código Nacional de Policía. Dicho Código sigue vigente, a excepción de algunas normas que fueron declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad y por la Corte Constitucional después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.[13]

El Decreto Ley 1355 de 1970, Código Nacional de Policía, en lo atinente a nuestro interés, el Libro III contiene los temas relacionados con la medida policial de retención transitoria.

En el tema que nos ocupa, sabemos por las actas que, desde el primer momento (Acta No.2) se concibió la idea de independizar lo policíaco de lo penal (Acta No. 59); los miembros del Comité de redacción resolvieron reemplazar la palabra "sanción", aplicada a la consecuencia desfavorable para quien incurriera en contravención de policía, por la expresión "medida correccional". Los miembros del comité de redacción idearon que la palabra "corregir"; se podría asimilar como "desaprobar, reprobar, censurar, reprender, reprobar, aleccionar, formar o educar". Una de las formas de educar es "corrigiendo". Antes, se había oído decir a uno de los miembros del Comité: "lo que se haga sobre esta materia debe apartarse del concepto tradicional de pena o sanción, para buscar un recurso que concuerde con las funciones propias de la policía (Acta No. 56). Más tarde el Comité se decidió, en definitiva, por el nombre de "medidas correctivas" (Acta No. 67). Se adujo a este respecto que "parecía más propio hablar de medidas correctivas que de medidas correccionales, porque el que incurre en una contravención de policía está solo violando un reglamento y la actuación de la autoridad, con motivo de esa trasgresión, se dirige a corregir simplemente, sin idea o sentido de pena, sanción o castigo; estos dos últimos términos, además, tienen estrecha vinculación con el derecho penal de todos los tiempos y que es necesario evitar aquí; como se ha dicho en varias ocasiones, son tan distintos los campos del Derecho de Policía y del Derecho Penal, que cada uno tiene, además de su materia propia, su terminología o léxico particular".[14]

Corregir es enmendar lo errado; es advertir, amonestar, reprender. Es, en fin, encauzar, educar u orientar. Así, se puede hacer que se corrija lo errado, reprendiendo por medio de una medida recriminatoria, de reproche o enseñando a la persona que actuó mal, las consecuencias de su actuación errónea y cuál sería el comportamiento adecuado. Pero, jamás, una "medida correctiva" podría tener una connotación de pena, castigo, sanción o penitencia.

12 Decreto 522 de 1971. (Marzo 27). Por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones.

13 Olivar Bonilla, Leonel (1995). El derecho de policía y su importancia en la sociedad Colombiana (p. 40). Santafé de Bogotá: Jurídica Radar.

14 Doctrina del Derecho de Policía en Colombia. Recopilación. Roberto Pineda Castillo. Colección Transformación Cultural. Santa Fe de Bogotá D.C. Página 337.

En consecuencia, es importante aclarar que las penas y medidas de seguridad del derecho penal siempre son sancionatorias; una medida correctiva no tiene connotación sancionatoria, sino eminentemente formativa o educativa; además, lo sancionatorio puede o no ser correctivo. En otras palabras, la sanción es el género; la pena o castigo es una especie de sanción específica del derecho penal; la "medida correctiva" es una medida de protección o prevención concreta del derecho de Policía; en otro ámbito del derecho, la sanción disciplinaria no es una pena o castigo, pero sí una retribución por faltar a sus deberes funcionales. A veces, la corrección consiste en sólo una reconvención, amonestación o reprimenda, en contraposición a la alabanza, la felicitación o el estímulo, que también son propios del Derecho de Policía.

Vale la pena resaltar que Código de Policía sigue la orientación del Código Penal, en la medida en que primero dispone el bien jurídico tutelado, luego, encontramos el tipo, modelo legal o descripción de la conducta, y a continuación la "medida a tomar", como inmediata consecuencia.[15]

El Código Nacional de Policía en su artículo 186 determina 17 medidas correctivas, las cuales están encaminadas a mantener o restablecer el orden público, hoy llamado modernamente "convivencia". Entre las medidas correctivas señaladas por el Código Nacional de Policía, se encuentran: La amonestación en privado, la reprensión en audiencia pública, la expulsión de sitio público o abierto al público, la promesa de buena conducta, la presentación periódica ante el comando de policía, la retención transitoria, la multa, el decomiso, el cierre de establecimientos comerciales, la suspensión de permisos o licencias, la suspensión de obra, la demolición de obra, la construcción de obra y el trabajo en obras de interés público.

Anteriormente hacían parte de este listado la promesa de residir en otra zona o barrio y la prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público, pero fueron declarados inexequibles por "intemporales", es decir, por dejarse al arbitrio de la autoridad de policía, específicamente del inspector o alcalde, el tiempo que podría durar la medida impuesta.[16]

La finalidad de las medidas correctivas y en qué consiste cada una, se preceptúa en los artículos 189, 190 y subsiguientes del Código Nacional de Policía.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en el siguiente acápite desarrollaremos el fundamento legal de la medida correctiva de retención transitoria.

II. DEFINICIÓN - FUNDAMENTO LEGAL

En sus inicios, el fundamento legal de la retención transitoria lo encontramos en el Decreto Ley 1355 de 1970, "por el cual se dictan normas de Policía" o Código Nacional de Policía.

El artículo 186 del Código Nacional de Policía establece las medidas correctivas aplicables en caso de que una persona incurra en una contravención nacional de

15 Coronado Pinto, Gustavo. Código Nacional de Policía Comentado, 2ª ed. (1994). Bogotá: Jurídica Radar.
16 Corte Constitucional. Sentencias C- 110 de febrero de 2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-046 de Enero 24 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis, y C-087 de 2 de febrero de 2000. M .P. Alfredo Beltrán Sierra.

Policía. Entre tales medidas se incluye la retención transitoria, definida en el artículo 192 del Código. Ahora bien, la retención transitoria, establecida en el artículo 207 como competencia de los comandantes de Estación o Subestación de Policía, es una medida correctiva, que consiste en mantener a una persona hasta por 24 horas en una estación de policía, o como mecanismo de prevención del delito o protección social e individual, a quien "deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio" (numeral 2°) y "al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal (numeral 3°)".

Los ideólogos del Código Nacional de Policía concibieron la retención transitoria en los siguientes artículos, de manera tal que siempre tuviera una connotación de protección a las personas o de prevención de la infracción penal:

> (…) Artículo 186. Son medidas correctivas: 8. La retención transitoria;
>
> Artículo 192. La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas.
>
> Artículo 207. Compete a los Comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando:
>
> (…)
>
> 2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio.
>
> 3. Al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal».
>
> Artículo 219. Compete a los Comandantes de Estación o Subestación de Policía, conocer de las faltas para las que sean aplicables las medidas correccionales de amonestación en privado, reprensión en audiencia pública, promesa de buena conducta, presentación periódica, retención y cierre de establecimiento.(Negrillas no originales)

A. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

1. Corte Suprema de Justicia, sentencia 067 de julio 2 de 1987

El artículo 207 del Código Nacional de Policía fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 067 de julio 2 de 1987; actuó como Magistrado Ponente, Dr. Jesús Vallejo Mejía. Sin embargo, tal decisión no vincula a la Corte Constitucional, dado que el presente juicio se realiza respecto de las normas de la Carta de 1991, mientras que el control adelantado por la Corte Suprema, tuvo como referente las disposiciones constitucionales vigentes hasta la entrada en vigor de la actual Constitución.

2. Corte Constitucional, Sentencia C–199 DE 1998

La Corte Constitucional en Sentencia C-199/98, mayo 13 de 1998, mediante la cual resolvió una demanda de acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970; fue Magistrado Ponente el Doctor Hernando

Herrera Vergara; en esta sentencia se estudiaron los diversos supuestos en los cuales la medida correctiva bajo estudio pudiera ser aplicada, incluido el artículo 192:

a. El problema jurídico

Afirma el demandante que la norma acusada viola el derecho a la libertad personal consagrado como regla general en el artículo 28, porque permite a las autoridades de policía "retener en el comando" a una persona (que para el demandante equivale a detenerla preventivamente) sin la orden previa de una autoridad judicial competente; y, además, se viola el principio de legalidad, y el debido proceso reconocido en el artículo 29 de la Carta porque el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970 no establece el término ni las condiciones de la retención.

Por tanto, el problema aducido se contrae a la determinación de si pueden las autoridades de policía restringir la autonomía y libertad de una persona, aun cuando no haya cometido una infracción a la ley penal, en razón a la necesidad de proteger los intereses del individuo y de la sociedad y en caso afirmativo ¿cuáles son los límites y alcances de esta restricción?

b. Consideraciones de la Corte Constitucional

En general, con respecto a las medidas correctivas, dijo la Corte Constitucional, en la oportunidad ya mencionada:

A. Las medidas preventivas y de protección no tienen por finalidad reprimir; en otros términos, no tienen el alcance de una sanción.

B. No toda afectación de un derecho es sinónimo de sanción; de acuerdo con el mismo ordenamiento constitucional, es posible llevar a cabo la prevención o la protección de las personas, limitando un derecho, pero con el fin de garantizar un derecho actual o futuro de mayor relevancia.

C. La existencia de este tipo de instrumentos, se justifica en el marco del Estado Social de derecho y en el ordenamiento constitucional colombiano, por diferentes razones: 1. En primer término, porque la Constitución establece como principio fundamental la prevalencia del interés general. 2. Reconoce como fin esencial del Estado, la protección a "la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" de los asociados (arts. 1o y 2° C.P.). 3. Asigna, como deber primordial de las autoridades de policía "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (art. 218 C.N.). 4. Porque, en el ejercicio y goce de sus derechos, la persona no puede atentar contra intereses de terceros. 5. Insiste en que no solo los derechos no son absolutos, en la medida en que prevalece el interés general, sino que en especial se deben respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

D. El Estado debe adoptar medidas de protección en favor de individuos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como los "menores, o los transitoriamente incapaces, incluso contra su voluntad aparente."

E. De esta manera, la finalidad de la retención en el comando de policía es legítima; se justifica como medida correctiva de prevención del delito, para proteger la seguridad y el bienestar de la comunidad y del mismo individuo y, en particular, para garantizar y defender el interés general.

F. Las condiciones para que una persona pueda ser afectada en su libertad, y los supuestos de su afectación, deben ser fijados previamente por la ley, observando criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Con estos parámetros generales, la Corte Constitucional entró al análisis particular de las circunstancias o motivos que dan lugar a la aplicación de la medida correctiva de Retención Transitoria, como se expone a continuación:

- Inconstitucionalidad del numeral 1o. del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970: La retención transitoria por irrespeto a la autoridad policial, en ejercicio de sus funciones, tiene una finalidad sancionadora.

La Corte concluyó que la retención transitoria por irrespeto, amenaza o provocación a los funcionarios uniformados de la Policía en el desempeño de sus tareas tenía el carácter de sancionatorio y no preventivo o de protección. Si tiene el carácter de sanción, implicaría privación de la libertad, vulnerando, por lo tanto, el artículo 28 de la Constitución Política.

Lo anterior no obsta para que el servidor público uniformado de la policía, sujeto de la agresión, pueda acudir ante la autoridad competente para que se investigue la conducta del infractor, por el irrespeto, amenaza o provocación de que ha sido víctima. (Violencia contra el servidor público. Art. 329 Código Penal).

- Constitucionalidad de los numerales 2 y 3 del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970: Retención Transitoria por estado de embriaguez o estado de excitación. Finalidad preventiva y de protección: A quien «deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio» (numeral 2 °) y «al que, por estado de grave excitación, pueda cometer inminente infracción a la ley penal" (numeral 3 °).

A juicio de la Corte, las anteriores previsiones constituyen verdaderas medidas de protección y prevención policiales, y no contrarían la Constitución, por las siguientes razones:

(…) Dicha medida tiene una finalidad legítima, pues pretende salvaguardar valores constitucionales como la vida o la integridad personal. Es evidente, que una persona en un estado momentáneo de debilidad, puede ser afectado en sus intereses por terceros; también es un hecho ineludible que, el consumo de alcohol, y los estados de intensas emociones, en un elevado número de personas, ocasionan el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas.

Pero además, esta medida también protege al sujeto sobre el cual recae, porque en un estado transitorio de incompetencia para tomar decisiones libres, puede él mismo atentar contra su vida o su salud, o provocar a otros para que lo hagan.

Por otra parte, es una medida correctiva eficaz, ya que el retenido está bajo la protección de las autoridades, quienes pueden actuar de manera inmediata, frente a eventuales perjuicios contra valores esenciales del ordenamiento; no existen

medios eficaces menos onerosos, para lograr la finalidad constitucional planteada; es claro que la multa, la promesa de buena conducta la conminación o la expulsión, no modifican el estado actual de incompetencia o exaltación transitoria del sujeto, que es el supuesto fáctico en el que se funda y justifica esta medida de protección.

Es evidente que la carga que se impone a la persona es mínima, pues el tiempo que se mantiene en la estación no puede exceder las 24 horas, mientras que el beneficio (proteger la vida y la integridad de las personas), es significativamente mayor.

Estima la Corte que la retención en el comando, de acuerdo con los numerales 2° y 3° de la disposición acusada, es una medida eficaz, que encuentra justificación en el ordenamiento constitucional. Sin embargo, cabe advertir que en la apreciación de las circunstancias que la motivan, las autoridades de policía no pueden excederse en el ejercicio de sus funciones en relación con los objetivos perseguidos por la norma; con el argumento de que una persona se encuentra embriagada o en estado de grave excitación, no puede eliminarse el ejercicio legítimo de sus derechos. Por ello, la autoridad de policía, al ejercer esta función preventiva o de protección, deberá justificar la retención en motivos fundados, objetivos y ciertos.

Estima la Corte que las medidas consagradas en los numerales 2° y 3° de la disposición acusada no equivalen propiamente a privación de la libertad sino a la adopción de una medida de prevención o de protección razonable, que no comporta una carga excesiva para el afectado, dada su corta duración, ni limitan la realización de los proyectos de vida individuales; en cambio, garantizan otros valores reconocidos constitucionalmente, como la prevención de inminentes infracciones a la ley penal, la protección de la vida o de la integridad personal, la prevalencia del interés general y la preservación del orden público.

En conclusión, la retención transitoria se constituye en una verdadera medida de prevención del delito y de protección, no solo para la sociedad en general y sus asociados, sino también para el propio retenido que en estado de exaltación pueda cometer actos que le causen perjuicio.

3. Corte Constitucional, Sentencia C–720 DE 2007

La Corte Constitucional en Sentencia C-720 de septiembre 11 de 2007 resolvió demanda de acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970; fue Magistrada Ponente la doctora Catalina Botero Marino.

a. El problema jurídico

La demandante estima que la retención transitoria de personas por parte de la policía nacional vulnera el artículo 28 superior, dado que la única excepción a la libertad es la detención establecida en el mismo artículo de la Carta Política y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Considera que carece de respaldo constitucional el hecho de dar potestad a las autoridades de policía, sin facultades jurisdiccionales, para privar de su libertad a las personas bajo la figura de la retención transitoria, con desconocimiento del juez natural, de la presunción de inocencia, de la reserva judicial y de las demás formalidades previstas en el artículo 28 de la Constitución.

b. Las consideraciones de la Corte

Le correspondió a la Corte definir si la norma que otorga facultad de retener a una persona, hasta por 24 horas, en una estación o subestación de policía, se ajusta a la Constitución y, en particular, al artículo 28 superior, que consagra entre otras, las garantías de la libertad personal. Al respecto, la Corte se pronunció de la siguiente manera:

A. La Corte encontró que existen en el ordenamiento jurídico otras disposiciones que reproducen parcialmente el contenido de la disposición demandada, sobre las cuales no existe decisión de constitucionalidad. Se trata del numeral 8 del artículo 186 del decreto ley 1355 de 1970 y del encabezado del artículo 207 del mismo Código. En consecuencia, para efectos de poder pronunciar una decisión integral que no resulte inocua, la Corte decidió integrar la unidad normativa con todas las disposiciones mencionadas.

B. Adicionalmente, la Corte verificó la existencia de cosa juzgada constitucional respecto de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 207 del Código Nacional de Policía. En la presente decisión la Corte se atiene a lo establecido en la mencionada sentencia.

C. La Corte encontró constitucional que en el ordenamiento jurídico pueda existir una medida denominada "retención transitoria" como medida de prevención y protección en situaciones urgentes, tanto para garantizar los derechos de quien se encuentre en estado de embriaguez o de excitación, así como de terceros, eventualmente afectados. Por tal razón, declaró exequible el artículo 186-8, en el cual se menciona la "retención transitoria" como una de las medidas que pueden ser utilizadas por la policía en cumplimiento de sus funciones constitucionales de prevención y protección.

D. Al estudiar el artículo 192 del Código Nacional de Policía, tanto en su texto como en el contexto del Código del cual hace parte, la Corte encontró que no lograba satisfacer las garantías constitucionales mínimas exigidas. En efecto, la medida se adopta sin motivación alguna. No existe claridad sobre los derechos y garantías de la persona retenida. No existe previsión legal que ordene que la protección se ofrezca en condiciones dignas y sin que el sujeto sea sometido a encierro que pueda suponer riesgos adicionales. En ninguna parte del Código se menciona la obligación de informar al ministerio público o de permitir que la persona se comunique con quien pueda brindarle asistencia. No se establece que la medida debe ser la última a utilizar, sólo en casos necesarios cuando no exista otra alternativa menos onerosa posible. En fin, así diseñada, se trata de una privación de la libertad; no satisface los estándares mínimos que se exigen para poder afectar este derecho, como medida de protección prevención. Por tales razones, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma demandada y del encabezado del artículo 207 del Código de Policía.

E. Al estudiar los efectos de la decisión, la Corte encontró que al expulsar a la norma demandada del ordenamiento jurídico, la policía quedaría sin facultades para poder prevenir el delito y proteger en casos urgentes y necesarios a personas puestas en situación de riesgo, cuando la única medida posible fuera la retención transitoria. En estas circunstancias, se corre el riesgo de impedir la protección o de impulsar a la policía a calificar como delito, en grado de

tentativa, cualquier conducta del que se encuentra en estado de embriaguez o excitación, en vez de retener a la persona y evitar la consumación de un daño. Estas dos circunstancias son notoriamente gravosas para los derechos de las personas. Por tal razón, la Corte decidió diferir los efectos de su decisión hasta el 20 de junio del 2008, para que el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, reglamentara adecuadamente la medida objeto de estudio. Sin embargo, hasta dicha fecha, la policía deberá respetar integralmente las garantías constitucionales mínimas, de forma tal que el ejercicio de dicha facultad pueda tener amparo constitucional y no dé lugar a retenciones arbitrarias o innecesarias. Por tal razón, la Corte condicionó estrictamente el uso de tal facultad policial, a la satisfacción de las garantías constitucionales mínimas.

Sin embargo, para la Corte toda afectación de la libertad personal, cualquiera sea la naturaleza de la medida o la figura jurídica que se emplee con estos efectos, deberá estar sometida a una serie de garantías mínimas que se desprenden de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto es:

En primer lugar, la medida debe estar sometida al principio de legalidad, esto es, debe estar previamente autorizada por una ley que de manera clara y concreta establezca los supuestos que dan lugar a la limitación del derecho.

En segundo término, debe tratarse de una medida necesaria para garantizar una finalidad imperiosa. En otras palabras, si existen medidas menos lesivas para los derechos de los individuos, la autoridad policial debe preferir siempre su adopción.

En tercer lugar, debe motivarse el acto que da lugar a la afectación del derecho.

En cuarto lugar, la medida debe estar controlada con la intervención de un agente del ministerio público.

En quinto lugar, a la persona se le deberá informar de inmediato sobre sus derechos y sobre las razones de la retención.

En sexto lugar, debe respetarse la garantía del sujeto a comunicarse de inmediato con quien considere que puede asistirlo.

En séptimo lugar, si se trata de una medida de protección, la persona debe ser conducida a un lugar idóneo para brindar dicha protección. No puede ser retenida o encerrada con otras personas que puedan ocasionar riesgos adicionales o con personas capturadas por infracción de la ley penal. Para asegurar una verdadera protección, las personas en estado de grave exaltación o incapacidad transitoria deben permanecer separadas por razón de género mientras superan el estado que dio lugar a la protección.

Finalmente, la medida solo puede permanecer vigente mientras la persona recupera sus facultades, salvo que un adulto responsable la asista, y siempre dentro del límite máximo de 24 horas.

Adicionalmente, la Corte entendió que las medidas de protección que recaigan sobre menores de edad se rigen por las disposiciones que regulan por el Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Inicialmente, la Corte concluyó que los sujetos de especial protección constitucional deben ser conducidos a lugares en los cuales efectivamente exista una atención especializada en virtud de sus necesidades específicas.

Finalmente, exhortó al Congreso para que en ejercicio de su potestad de configuración adopte una ley que establezca un nuevo régimen de policía en desarrollo de la Constitución.

La decisión que tomó la Corte fue:

> Primero.- Declarar exequible el numeral 8 del artículo 186 del Decreto ley 1355 de 1970.
>
> Segundo.- Declarar inexequible el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970 y la expresión "Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando", contenida en el artículo 207 del mismo decreto.
>
> Tercero.- Diferir los efectos de lo resuelto en el ordinal segundo de esta sentencia, hasta el 20 de junio de 2008.
>
> Cuarto.- En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo resuelto en el ordinal anterior, la retención transitoria solo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición.
>
> Quinto.- Exhortar al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución.

III. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA MEDIDA CORRECTIVA DE RETENCIÓN TRANSITORIA, CON FUNDAMENTO EN NORMAS DEL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Para apreciar los diferentes argumentos que se esbozan por parte de las dos posiciones sobre el particular, se analizará primero el punto de vista de la vigencia de la medida, mas no de su aplicación, planteado por algunos doctrinantes y docentes de la Policía Nacional; luego, se apreciará la perspectiva y los fundamentos adoptados por la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital, de la Policía Metropolitana de Bogotá, de otros juristas y de otros docentes universitarios y de la Policía Nacional, quienes sustentan, apoyan y respaldan tanto la vigencia como la viabilidad jurídica en la aplicación de la medida. Una vez planteado el problema de fondo, se pretende dejar clara cada posición. Teniendo como soporte las anteriores consideraciones y las

dos funciones primordiales de la Policía Nacional, esto es, el espíritu preventivo del delito y el protector de la vida e integridad de las personas, se pretende plantear y sustentar por qué la herramienta jurídica otorgada solo a los miembros uniformados comandantes de estación y subestación de la Institución Policial para cumplir realmente los postulados constitucionales podría considerarse equilibrada y efectiva, no obstante las posiciones en discordia.

A. POSICIÓN DE LA VIGENCIA, PERO NO APLICACIÓN DE LA MEDIDA CORRECTIVA DE RETENCIÓN TRANSITORIA

Manifiestan algunos juristas que, teniendo en cuenta que la sentencia C-720/07, resolvió: Primero.- Declarar exequible el artículo 186-8 del Decreto ley 1355 de 1970. Segundo.- Declarar inexequible 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 encabezado del artículo 207 del mismo decreto. Tercero.- Diferir los efectos de lo resuelto en el ordinal segundo de esta sentencia, hasta el 20 de junio de 2008. Quinto.- Exhortar al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución. De esta parte resolutoria de la mencionada sentencia concluyen:

Que la medida de retención transitoria establecida en el artículo 186-8 del Decreto ley 1355 de 1970, está vigente y existe en el ordenamiento jurídico-policial actual.

Que el procedimiento para aplicar la medida en mención desaparece; que este consistía en el traslado de la persona a la estación de policía, hasta por 24 horas; que, por lo tanto, se infiere que en la actualidad no se puede retener transitoriamente a las personas en las unidades de policía.

Que la autoridad competente para la imposición de la medida, "comandantes de estación y subestación de policía", pierden la atribución para aplicar la medida.

Que las causales establecidas en el artículo 207 del decreto 1355 de 1970, que motivan la imposición de la medida, aún están vigentes.

Finalmente, el argumento más socorrido es: "Al no existir un procedimiento legal para la aplicación de la medida, esta no se puede aplicar".

B. POSICION TANTO DE LA VIGENCIA COMO DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA CORRECTIVA DE RETENCION TRANSITORIA

Otros juristas y docentes universitarios no están de acuerdo con la posición esgrimida en el numeral 3.1. Manifiestan que, de conformidad con el artículo 186-8 del Decreto ley 1355 de 1970, la "retención transitoria" es una de las medidas correctivas que pueden aplicar los comandantes de estación y subestación de policía; asimismo existen o se mantienen vigentes las dos causales o motivos por los cuales la medida se puede aplicar; estos se hallan estatuidos en los numerales 2 y 3 del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970: "… a quien deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio" (numeral 2°) y "al que, por su estado de grave excitación, pueda cometer inminente infracción a la ley penal" (numeral 3°).

De otro lado, la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970, que establece en qué consiste la medida correctiva de retención transitoria, dónde y por cuánto tiempo se aplica y la expresión "compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando", contenida en el encabezado del artículo 207 del mismo decreto; además, difirió los efectos de la misma hasta el pasado 20 de junio del 2008.

Se argumenta que, para sustituir la declaratoria de inexequibilidad de el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970, por parte de la Corte Constitucional, que establece en qué consiste la medida correctiva de retención transitoria, dónde y por cuánto tiempo se aplica, la asesoría jurídica de la SecretarÍa de Gobierno del Distrito Capital, los abogados de la Policía Metropolitana de Bogotá, otros juristas y algunos docentes universitarios y de la Policía Nacional, han acudido a lo preceptuado en la sentencia C-199/98, de Mayo 13, M.P. Hernando Herrera Vargara. En esta jurisprudencia de nivel Constitucional, además de declarar exequibles los numerales 2 y 3 del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, relacionados con las causales o motivos por los cuales la retención transitoria se pude aplicar, analizó también lo dispuesto en el artículo 192, esto es lo concerniente al lugar donde se aplica la medida correctiva y hasta por cuánto tiempo, en los siguientes términos:

> "Además, y en el caso de la embriaguez, la norma contempla que las autoridades de policía ya han intentado acompañar a la persona a su lugar de residencia, pero ante su renuencia, no les queda otro camino que conducirla a la estación". (Negrillas fuera de texto).
>
> "Así mismo, es evidente que la carga que se impone a la persona es mínima, pues el tiempo de la retención no puede exceder las 24 horas, mientras que el beneficio -proteger la vida y la integridad de las personas-, es significativamente mayor." (Negrillas fuera de texto).

De ninguna manera, en la sentencia C-199/98, se hubiera podido hacer referencia al lugar y al tiempo de la retención transitoria, si en ella no se hubiera analizado el artículo 192. Solo en él, el legislador manifestó que la medida consistía en mantener a la persona en el comando y que el tiempo durante el cual podría permanecer allí, sería hasta por 24 horas.

Ahora bien, para reemplazar la expresión "compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando", contenida en el encabezado del artículo 207, algunos juristas y algunos docentes universitarios y de la Policía Nacional han acudido al desarrollo del principio de legalidad, contemplado en otra disposición del mismo Código Nacional de Policía: es su artículo 219; este supliría o reemplazaría el encabezado del artículo 207, sobre la competencia "de los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando".

Es contundente que, conforme al artículo 219 del Código Nacional de Policía, los comandantes de estación y de subestación sí pueden aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando; la norma vigente es del siguiente tenor, la cual no ha tenido ningún pronunciamiento jurisprudencial: "compete a los comandantes de estación y subestación de policía, conocer de las faltas para las que sean aplicables las medidas correccionales de… retención…".

IV. EXISTENCIA DE PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA

Luego de reconocer que la medida de protección y prevención policial denominada retención transitoria sí está legalmente vigente; que existen los motivos legales para su aplicación; y que, definitivamente, la ley sí faculta a los comandantes de estación o subestación para llevarla a cabo, aún unos pocos siguen siendo escépticos en sostener que la medida no es procedente aplicarla por falta de procedimiento; que el procedimiento a aplicar era el del artículo 192, pero como este fue declarado inexequible, la medida desaparece. Para desvirtuar lo anterior, es procedente evocar y reflexionar sobre lo siguiente:

A. PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCEDIMENTAL

Si, como se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la medida a aplicar es una verdadera acción policial para proteger derechos que pueden estar en inminente peligro, entonces prevalecerá el derecho sustancial sobre las formas.

Si lo que se está protegiendo con la medida es el inminente riesgo en que se encuentra la vida o la integridad de las personas; o si, con la acción policial, lo que se está evitando es una ineludible infracción a la ley penal, ¿qué importa el procedimiento?

El procedimiento se predica, básicamente, cuando la autoridad afecta derechos, en forma grave. En la protección de derechos y en la prevención del delito, la primacía del derecho sustancial, en principio, obliga a los miembros de la Policía Nacional. En realidad, podría decirse que el artículo 228 de la Constitución Política contiene una regla de interpretación dirigida no solo a los jueces, sino a todas las autoridades; pero quizá, primordialmente, a la Policía Nacional, que es la más invocada por las personas, cuando se trata de proteger derechos y de prevenir el delito.

Uno de los cometidos de todo policía es de velar por la rápida solución de los problemas a la convivencia, antes que estos se salgan de control; pero en la protección de derechos y en la prevención del delito, su preocupación debe ser mayor, adoptando las medidas conducentes para impedir que la vida o la integridad de las personas sufran mengua, o se incurra en la comisión de delitos.

En realidad, estas concepciones procedimentales que enredan el cumplimiento de los fines primordiales de la Policía Nacional solo se presentan por el criterio eminentemente penalista con el cual la mayoría de los juristas abordan el Derecho de Policía.

C. LA LEY ESTABLECE, PARA TODAS LAS MEDIDAS POLICIALES, UN PROCEDIMIENTO GENERAL

Manifestar que no existe un procedimiento para aplicar la medida policial en cuestión es desconocer de tajo el procedimiento general establecido para todas las medidas que, habitualmente, la Policía adopta.

Para refutar este punto, solo se transcribirán las normas pertinentes del Código Nacional de Policía:

"Artículo 222. El funcionario de policía que haya impuesto medida correctiva podrá, en cualquier tiempo, hacerla cesar si a su juicio, tal determinación, no perjudica el orden público."

"Artículo 223. Cuando se aplique medida correctiva, se tendrán en cuenta sus mayores o menores implicaciones con el orden público, la personalidad del transgresor simplemente apreciada, el grado de su educación y las circunstancias de la acción u omisión."

"Artículo 224. El contraventor deberá ser oído previamente…"

"Artículo 225. La medida correctiva se aplicará en caso de flagrancia ante la autoridad, o en presencia de cualquier otra prueba, estimada en conciencia."

"Artículo 226. La medida correctiva aplicable será, en cada caso, la indicada en la ley."

"Articulo 226. La medida a cargo de los comandantes de estación o subestación no requiere de resolución escrita, pero deberá levantarse acta en la que se consignen sucintamente los hechos, se identifique al contraventor y se indique la medida correctiva aplicada. Cuando se trate simplemente de amonestación en privado, represión en audiencia pública y expulsión, bastará con hacer las anotaciones respectivas en el libro que al efecto se lleve en el comando.

La anotación deberá llevar la firma del comandante y del contraventor."

"Artículo 230. Si se diere el caso de poderse aplicar, indistintamente, una u otra medida correctiva, se preferirá la que se tenga por más conveniente, habida consideración de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del contraventor."

Después de este verdadero "debido proceso policial" establecido en la ley para aplicar medidas policiales de protección o prevención, ¿se puede argumentar, con coherencia, que no existe procedimiento para imponer la medida en comento?

C. SI SE ACEPTA LA TESIS DE LA FALTA DE PROCEDIMIENTO, INMEDIATAMENTE NO SE APLICARÍAN OTRAS DOS MEDIDAS POLICIALES

Al aceptarse la tesis de la falta de procedimiento en la aplicación de la medida de protección y prevención denominada "retención transitoria", ipso facto quedarían sin aplicación otras dos medidas policiales: la promesa de buena conducta y la presentación periódica ante el comando.

Efectivamente, el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970 establecía en qué consiste la medida de protección denominada retención transitoria, dónde y máximo por cuánto tiempo se aplica.

Como se plasmó anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya han analizado y debatido acerca de la definición y las circunstancias de tiempo y lugar de su aplicación. Fundamentalmente, se ha considerado como evidente que "la carga que se impone a la persona es mínima, pues el tiempo de la

retención no puede exceder las 24 horas, mientras que el beneficio -proteger la vida y la integridad de las personas-, es significativamente mayor" (Sentencia C-199/98, Mayo 13, M.P. Hernando Herrera Vergara).

La doctrina, pero especialmente la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, estima que la retención en el comando de estación de policía, "es una medida eficaz, que encuentra justificación en el ordenamiento constitucional" (Sentencia C-199/98, Mayo 13, M.P. Hernando Herrera Vergara).

Por lo anterior, no hay duda alguna de que, a pesar de la inexequibilidad del artículo 192 del ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia han expresado que el tiempo de la retención no puede exceder las 24 horas y que el lugar para aplicarla es el comando de estación de policía.

En cambio, en relación con las medidas policiales denominadas promesa de buena conducta y presentación periódica ante el comando de policía, el Código Nacional de Policía solo se refiere a ellas, en los siguientes términos:

> "Artículo 186. Son medidas correctivas:
>
> (...) 4. La promesa de buena conducta.
>
> (...) 7. La presentación periódica ante el comando de policía (...)"
>
> "Artículo 191. El cumplimiento de las medidas correctivas de promesa de buena conducta,... de presentación periódica ante el comando de policía se asegurará con juramento o caución prendaria..."
>
> "Artículo 203. Compete a los demandantes de estación y de subestación exigir promesa de buena conducta:
>
> Al que haya sido amonestado en privado o reprendido en audiencia pública."
>
> "Artículo 206. Compete a los comandantes de estación y de subestación imponer la presentación periódica ante el comando de policía:
>
> 1. Al que reincida en riña o pelea.
>
> 2. Al que sea amonestado en privado o reprendido en audiencia pública, cuando se considere conveniente."

Efectivamente, el Decreto Ley 1355 de 1970 no establece, en ninguna de sus disposiciones, en qué consisten la medidas policiales denominadas promesa de buena conducta y presentación periódica ante el comando de policía; tampoco, dónde se imponen y, máximo, por cuánto tiempo se aplican.

No obstante, desde el 4 de agosto de 1970, esto es, hace más de 40 años, los comandantes de estación y subestación las han venido aplicando, sin ningún contratiempo. La doctrina y la jurisprudencia nunca se han referido a ellas.

Así, por ejemplo, en la presentación periódica ante el comando, no se ha dicho si esta es personal; o si puede hacerse a través de apoderado; o si la presentación puede ser vía telefónica o por radio; y, por último, si se puede llevar a cabo mediante un fax, correo electrónico o través del "chat".

Pero, pese a estas variables, a nadie se le ha ocurrido, a no ser que se trate de un insensato, manifestar que, como no se han definido legalmente, y como no se sabe por cuánto tiempo se pueden aplicar, entonces quedan sin aplicación "por falta de procedimiento", desconociendo de plano, y sin estupor alguno, el "debido proceso" estipulado en los artículos 222 a 230 del Código Nacional de Policía.

D. SI SE ACEPTA LA TESIS DE LA FALTA DE PROCEDIMIENTO, SE DESCONOCEN LOS RAZONAMIENTOS DE LA MAGISTRADA PONENTE (E) EN LA SENTENCIA C-720, PARA EL LOGRO DE LA INTEGRACIÓN NORMATIVA.

La magistrada (E) ponente Catalina Botero Marino, infiere que lo dispuesto en el encabezado del artículo 207 del CNP y el artículo 186-8 resultan estrechamente relacionados con el artículo 192. Manifiesta que se trata de tres normas que tienen un contenido esencialmente igual; por lo tanto, el juicio de constitucionalidad sobre una de ellas debe extenderse a las otras dos, de forma tal que el pronunciamiento de la Corte no resulte inocuo.

Expresa que, el artículo 186-8 y el encabezado del artículo 207 del Código Nacional de Policía consagran la existencia de la medida denominada "retención transitoria" y que el artículo 192, confirma la existencia de esta medida, estableciendo las circunstancias de tiempo y lugar de su ejecución. Reitera que se trata de normas con idéntico contenido.

Menciona que los artículos 186-8, 192 y el encabezado del artículo 207 del Código Nacional de Policía consagran la facultad para retener a una persona de forma transitoria. Argumenta que no tendría objeto decidir solo sobre la constitucionalidad del artículo 192, si su contenido material se reproduce en los artículos 186-8 y el encabezado del 207; que para que un eventual fallo de inconstitucionalidad no resulte inocuo, es indispensable llevar a cabo la integración de la unidad normativa del artículo 192 del CNP, con los artículos 186-8 y 207- encabezado.

Así que, el afán de lograr la integración de la unidad normativa del artículo 192 con los artículos 207 y 186-8 tenía solo un objetivo: evitar que una eventual sentencia de inconstitucionalidad resultara inocua, es decir, inaplicable.

Finalmente, la decisión que tomó la Corte fue declarar exequible el artículo 186-8 e inexequibles los artículos 192 y 207-encabezado, del Código Nacional de Policía; el artículo 207-encabezado vuelve a tener vigencia con el artículo 219 del Código Nacional de Policía que atribuye la competencia a los comandantes de estación o subestación de policía para aplicar la retención transitoria; por lo tanto, se concluye que la sentencia de C-720 de 2007 ES INOCUA EN RELACIÓN CON LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 192; en otras palabras, NO ES APLICABLE, pues, en definitiva, sólo declaró inexequible el artículo 192.

Si lo expresado en el párrafo anterior no es correcto, entonces, se pueden formular tres colosales preguntas: ¿Por qué más de un tercio del contenido de la sentencia de C-720 de 2007 se empleó en la justificación de la integración de la unidad normativa del artículo 192 con los artículos 207 y 186-8, para evitar que una eventual sentencia de inconstitucionalidad resultara inocua? La demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 207 y 186-8, ¿acaso no había sido rechazada por Magistrado

Ponente titular Álvaro Tafur Galvis mediante auto del 22 de febrero de 2007? ¿Por qué no fue sabia su decisión, al considerar que sobre los artículos 207 y 186-8, respectivamente, existía cosa juzgada formal y absoluta y cosa juzgada material, derivadas de la Sentencia C-199 de 1998?

E. LA CORTE ADMITE QUE LA MEDIDA DENOMINADA "RETENCIÓN TRANSITORIA", ES LA HERRAMIENTA JURÍDICA MÁS EFICAZ CON QUE CUENTA LA POLICÍA PARA PROTEGER Y PREVENIR

Una de las grandes virtudes de la sentencia C-720 de 2007, después de muchos cuestionamientos, debates, polémicas y controversias al interior de la misma Corte, consiste en haber admitido que, sin la medida policial de retención transitoria, la Policía quedaría sin una herramienta jurídica eficaz para cumplir el postulado constitucional de proteger a las personas que pudieran, apremiantemente, estar amenazadas en su vida e integridad personal o para desarrollar su función primordial de prevenir el delito.

La Corte misma reconoce que ya el legislador ha ideado o ingeniado una variedad de herramientas jurídicas que cumplirían este cometido; pero, en la práctica, casi todas han resultado vanas, inútiles e ilusas.

Así lo reconoció la Honorable Corte constitucional:

> Ahora bien, podría sostenerse, no sin razón, que la policía no cuenta con las facultades de protección que le han sido encomendadas. En efecto, para casos en los cuales es absolutamente necesario y urgente conducir a la persona que no ha perdido del todo la conciencia a un lugar de protección, las autoridades administrativas parecen sólo tener a su disposición la medida consistente en la retención transitoria… al expulsar las disposiciones demandadas del ordenamiento jurídico, las autoridades policiales quedarían sin facultades para poder proteger, en casos urgentes y necesarios, a personas puestas en situación de riesgo, cuya protección no puede, bajo ninguna circunstancia, ser conferida in situ.
>
> En estas circunstancias, se impediría la protección de una persona que se encuentra en situación de evidente peligro o que ha puesto en serio peligro derechos de los demás. Se trata, por ejemplo, del caso ya mencionado de la persona con un alto – y evidente - grado de alicoramiento y que deambula solitaria en una zona altamente peligrosa, o de la persona ebria que se lanza sistemáticamente a una avenida de amplia circulación o que tiene un comportamiento público altamente agresivo y no respeta la conminación policial. En estos casos, puede pasar que la conminación policial resulte infructuosa y que no exista otra medida eficaz para proteger a la persona puesta en situación de riesgo. En consecuencia, si ninguna medida in situ fuera suficiente para conjurar el riesgo y las normas demandadas se declararan inexequibles, las autoridades no tendrían otro remedio que permanecer todo el tiempo acompañando en su deambular al sujeto o al grupo concernido…"[17]

17 Corte Constitucional. Sentencia C- 720 de 207, M.P.(E) Catalina Botero Marino Numeral 64, parte motiva.

Como se aprecia, la Corte admite que, en general, la única medida apta para cumplir con el cometido de proteger a las personas en su vida inminentemente amenazada o en la prevención del delito, es la medida policial de retención transitoria. Advierte que otras medidas, como la conminación, la expulsión de sitio público, la presentación periódica, la promesa de buena conducta o la multa, pueden resultar estériles o inútiles, dadas las circunstancias inminentes de debilidad manifiesta o excesiva agresividad de la persona que requiere protección.

En síntesis, la Corte, después de contradicciones y disentimientos, no tuvo otra alternativa: aceptar que la retención transitoria es, sin duda, una medida policial eficaz para proteger, efectivamente, la vida y la integridad de personas puestas en situación de grave riesgo o para prevenir la inminente comisión de un delito. La Corte admite que, sin la potestad de los comandantes de estación y subestación para aplicar la medida de retención transitoria, también se tendría que aceptar, sin discusión, las consecuencias nocivas previsibles de la ausencia de facultades para la Policía, en el ámbito de la prevención del delito y de la protección de la vida e integridad de las personas.

CONCLUSIONES

Los comandantes de estación y subestación de Policía sí pueden aplicar la medida correctiva de retención transitoria, acudiendo a normas del Código Nacional de Policía, a la Sentencia C-199/98, Mayo 13, M.P. Hernando Herrera Vargara y a la Sentencia C-720 del 11 de septiembre del 2007, M.P. Catalina Botero Marino, de la siguiente manera:

Con fundamento en el numeral 8 del artículo 186 del Decreto ley 1355 de 1970, del Código Nacional de Policía, la "retención transitoria" es una de las medidas que pueden ser utilizadas por la policía, declarada exequible en Sentencia C-720 del 11 de septiembre del 2007, Magistrada ponente: Catalina Botero Marino.

Las causales o motivos son los contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970: a quien "deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio" (numeral 2°) y "al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal" (numeral 3°); estos se mantienen vigentes, por existir cosa juzgada constitucional, en virtud de la Sentencia C-199/98, M.P. Hernando Herrera Vargara.

Para el lugar de aplicación de la medida correctiva de la retención transitoria se acude también a la Sentencia C-199/98, Mayo 13, M.P. Hernando Herrera Vargara, de la siguiente manera: "Además, y en el caso de la embriaguez, la norma contempla que las autoridades de policía ya han intentado acompañar a la persona a su lugar de residencia, pero ante su renuencia, no les queda otro camino que conducirla a la estación".

En cuanto al tiempo de aplicación de la mencionada medida, la Sentencia C-199/98, M.P. Hernando Herrera Vargara, lo ha dispuesto de la siguiente manera: "Así mismo, es evidente que la carga que se impone a la persona es mínima, pues el tiempo de la retención no puede exceder las 24 horas, mientras que el beneficio -proteger la vida y la integridad de las personas-, es significativamente mayor".

El tiempo de aplicación de la medida no es "por" 24 horas, sino "hasta" por 24 horas; con la primera concepción, obviamente, ya deja de ser una medida de protección, para convertirse en una sanción, cuestión que jamás es del resorte de las autoridades policiales. La medida debe cesar cuando el protegido supere el estado de indefensión o debilidad manifiesta; igualmente finalizará cuando la persona en estado de agresividad o excitación se amaine, se calme o se modere; también terminará la medida cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida; y, por último, si ninguna de las anteriores circunstancias se da, de manera alguna podrá permanecer en el lugar adecuado de la estación, por más de 24 horas.

En cuanto al funcionario competente, se acude al principio de legalidad; conforme al artículo 219 del Código Nacional de Policía, los comandantes de estación y subestación de policía tienen la facultad legal; esta norma establece: "compete a los comandantes de estación y subestación de policía, conocer de las faltas para las que sean aplicables las medidas correccionales de... retención".

Para reemplazar la expresión "compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando", contenida en el encabezado del artículo 207, y declarada inconstitucional por la Corte, se acude el artículo 219 del Código Nacional de Policía, que lo suple o sustituye.

La medida correctiva de la retención transitoria no puede ser catalogada como una sanción ni un castigo, ni como la privación al derecho de la libertad contemplado en artículo 28 de la Constitución Política, sino como una medida de protección, reacción inmediata y preventiva de las autoridades de policía para asegurar el orden público, ante la inminente comisión de delitos o grave riesgo contra la vida o la integridad de las personas.

Una persona que sea retenida transitoriamente no es un delincuente sino una persona que demanda, según las circunstancias, la intervención del Estado para que le sea preservada su vida y, simultáneamente, asegurar a la sociedad una convivencia pacífica.

El único cuestionamiento serio a la retención transitoria sería el no contar con una regulación legal específica, concebida en debida forma y con la responsabilidad social que la medida demanda; sin esta regulación, sin lugar a dudas, puede convertirse en una oportunidad para el abuso de autoridad o desviación de poder de algunos comandantes de estación o subestación de policía.

La sentencia C-720 de 2007 es inocua, en relación con la inexequibilidad del artículo 192. Significa que es una sentencia inofensiva. Esta conclusión se desprende del mismo razonamiento de la Corte: Que el encabezado del artículo 207 del CNP y el artículo 186-8 resultan estrechamente relacionados con el artículo 192. Que se trata de tres normas que tienen un contenido esencialmente igual, y que el juicio de constitucionalidad sobre el artículo 192 debe extenderse a los otros dos, de forma que el pronunciamiento de la Corte no resulte inocuo. Que no tendría objeto decidir únicamente sobre la constitucionalidad del artículo 192, si su contenido material se reproduce en los artículos 186-8 y 207–encabezado. Como en la práctica solo se declaró inexequible el artículo 192 del CNP, la sentencia es inocua.

La Policía Nacional atiende, valora e insiste en dar plena aplicación a los parámetros de la Sentencia C-720 del 11 de septiembre del 2007, M.P. Dra. Catalina Botero Marino, en la cual establece que, en todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición.

Los anteriores condicionamientos para la aplicación de la medida policial, se constituyen en verdaderos parámetros de conducta policial frente al protegido; con ellos, efectivamente se evita el abuso y la arbitrariedad eventuales. No se puede desconocer que, por falta de "reglas" de juego explícitas y claras, podían presentarse excesos, exageraciones o extralimitaciones.

La gran virtud de la sentencia C-720 de 2007, después de muchos cuestionamientos, debates, polémicas y controversias al interior de la Corte, consiste en haber admitido que sin la medida policial de retención transitoria, la Policía quedaría sin una herramienta jurídica eficaz para cumplir el postulado constitucional de proteger a las personas que, inminentemente, pudieran estar amenazadas en su vida e integridad personal o para cumplir su función primordial de prevenir el delito. Reconoce que ya el legislador ha ideado o ingeniado una variedad de herramientas jurídicas que cumplirían este cometido; pero, en la práctica, casi todas han resultado vanas, inútiles e ilusas. Admite que hay casos en los cuales es absolutamente necesario y urgente conducir a la persona a un lugar de protección y que las autoridades administrativas parecen sólo tener como eficaz la medida consistente en la retención transitoria. Advierte que sin la facultad para aplicar la retención transitoria por parte de las autoridades policiales, se impediría la protección de una persona que se encuentre en situación de evidente peligro o que ha puesto en serio peligro derechos de los demás.

La Corte acepta que, en general, la única medida apta para cumplir con el cometido de proteger a las personas en su vida inminentemente amenazada o en la prevención del delito es la medida policial de retención transitoria. Reconoce que otras medidas, como la conminación, la expulsión de sitio público, la presentación periódica, la promesa de buena conducta o la multa, pueden resultar infructuosas, estériles o inútiles, dadas las circunstancias inminentes de debilidad manifiesta o excesiva agresividad de la persona que requiere protección.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Altamira, Pedro Guillermo (1963). Policía y poder de policía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Rojas, Salomón (2003). Compendio de doctrina policial. Bogotá: Imprenta Fondo Rotatorio de la Policía Nacional. Realización Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Coronado, Gustavo (1994). Código Nacional de Policía comentado (segunda edición). Bogotá: Jurídica Radar.

Fentanes, Enrique (1968). Compendio de Ciencia de Policía. Biblioteca Policial Policía Federal Argentina.

Fiorini, Bartolomé (1962). Poder de Policía. Buenos Aires: Editorial Alfa.

Goenaga, Marina (1983). Lecciones de Derecho de Policía. Bogotá: Temis.

Olivar, Leonel (1995). El derecho de policía y su importancia en la sociedad colombiana. Santafé de Bogotá: Jurídica Radar.

Pérez, Jacobo (2003). Derecho constitucional colombiano. Santafé de Bogotá: Temis.

Peréz, Jorge (2001). Compendio de Derecho Constitucional. Tomo II. Santafé de Bogotá: Leyer.

Pineda Castillo, Roberto (comp.) (1997). Doctrina del Derecho de Policía en Colombia. Colección Transformación Cultural. Bogotá: Policía Nacional.

Policía Nacional. Direccion Nacional de Escuelas. Facultad de Ciencias Jurídicas. Boletín Académico, No. 48, 1º de febrero de 2010.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos. Las personas privadas de libertad en las salas de retención de la policía metropolitana de Bogotá están sometidas a condiciones que pueden acarrear graves violaciones a sus derechos fundamentales.

Normativa

Acuerdo 79 de 2003, "por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D.C."

Constitucion Política de Colombia (1991). Bogotá: Legis.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Decreto Ley 1355 de 1970, "por el cual se dictan normas de Policía".

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia:

Sentencia número 67 del 2 de julio de 1987.

Corte Constitucional:

Sentencia C-199, 13 de mayo de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-1444, 25 de octubre 25 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-087, 2 de febrero de 2000. M.P. Alfredo Beltrán.

Sentencia C-720, 11 de septiembre de 2007. M.P. Dra. Catalina Botero Marino.