

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA



LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR RETENCIÓN TRANSITORIA

PRESENTADO POR

Jenny Marcela Hernández Rincón

Cód. 3500858

José Alfredo Rodríguez Duran

Cód. 3500882

Tutor metodológico

Dra. Jinyola Blanco

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTA D.C.
2014**

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR RETENCIÓN TRANSITORIA*

*Jenny Marcela Hernández Rincón***

*José Alfredo Rodríguez Duran****

RESUMEN

Este ensayo está orientado en proporcionar al lector un conocimiento puntual, referente al tema de la aplicación de la *retención transitoria como medio de protección de los derechos fundamentales*, su aplicación en el ejercicio de la actividad de Policía y la inviabilidad jurídica para que las asambleas departamental o los concejos municipales mediante la expedición de ordenanzas y acuerdos que reglamentan la aplicación de esta medida correctiva, utilizando para el desarrollo del tema el método de tipo descriptivo, en donde se analizaron la normatividad y las posturas jurisprudenciales que existen al respecto, evidenciando que estos organismos no son los competentes para limitar o restringir derechos fundamentales; sin embargo su indebida aplicación por el órgano colegiado o la Policía Nacional genera responsabilidad administrativa.

Palabras claves: Retención transitoria, medidas correctivas, reparación directa, privación injusta de la libertad, efectos diferidos de la sentencias.

**La presente investigación se realiza como trabajo de grado en la especialización de Derecho Administrativo.*

** Abogada de la Universidad Libre de Colombia, con Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Correo electrónico: Jenny.hernandez1043@correo.policia.gov.co*

***Abogado de la Universidad Libre, con diplomado en Derecho Ambiental, diplomado en Derecho Internacional Humanitario y acuerdo Humanitario, Especialista en Servicio de Policía de la Escuela de Policía General Santander.
Correo electrónico: Jose.rodriguez1090@correo.policia.gov.co*

ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR WITHHOLDING TRANSIENT

ABSTRACT

This article is aimed at the reader Give her a detailed knowledge concerning the issue of the implementation of the transitional withholding as a means of protection of fundamental rights application in the exercise of police activity and legal infeasibility for the Departmental Assemblies or the municipal councils by issuing ordinances and agreements regulating the application of this remedy, using the theme development method descriptive, where regulations and jurisprudential positions that exist in this regard were analyzed, showing that these agencies are not competent to limit or restrict fundamental rights; but its misapplication by the College or the National Police generates administrative responsibility.

Key words: Temporary retention, corrective action, Direct repair, Unjust deprivation of freedom, Delayed effects of the judgments.

INTRODUCCIÓN

Las actividades de la Policía Nacional, en desarrollo de preservar la integridad física de aquellas personas que en condiciones de excitación, o embriaguez, podrían ser retenidas temporalmente, como forma preventiva para preservarles su integridad física y mental, no debe ser entendida como privación injusta de la libertad, ni como medida de restringir los derechos fundamentales. Con todo, la deficiencia normativa se presenta cuando la Corte Constitucional, establece la inexecutable del 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.

Sin embargo, la misma Corte estableció para todos los efectos, que siendo el legislador el competente para la regulación positiva de los eventos en los que podría generarse la retención transitoria, el órgano legislativo no ha definido la estructura normativa idónea, a la luz de que la misma corte dispuso los requisitos en los cuales procede la retención transitoria.

De este modo, la Corte limitó los efectos de la inexecutableidad exhortando al Congreso de la República a regular los efectos de la medida, hasta el año 2008, lo cual generó una controversia jurídica entre las facultades de la mencionada corporación para legislar, la aplicación de los efectos diferidos de la sentencia, la ausencia de normatividad, la necesidad de proteger la integridad física de una persona en estado de excitación o embriaguez.

Determinante sería en el momento de utilizar la retención transitoria en la posibilidad de salvaguardar los derechos e intereses de una persona, hasta qué punto existe ausencia de responsabilidad o se declararían la misma por daño en la reparación directa al ser utilizada por la Policía Nacional.

En este orden de ideas, vale la pena indicar que con la expedición del Decreto Ley 1355 de 1970, "Por el cual se dictan normas de Policía", se establecieron una clase de medidas correctivas, las cuales resultaban aplicables en el caso que una persona incurriera en alguna contravención de las que contiene el Código Nacional de Policía (Decreto Ley 1355, 1970).

Entre tales medidas se incluyó la retención transitoria, definida como la posibilidad de mantener al infractor en una Estación o Subestación de Policía hasta por 24 horas (Decreto Ley 1355, 1970).

Dicha medida correctiva fue desarrollada por el artículo 207 de la disposición en cita, otorgándole la competencia a los comandantes de Estación o Subestación de

Policía, para que ejecutaran esta acción a todos aquellos que según la corte: “deambulará en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio” (numeral 2 °) o “al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal (numeral 3 °)”.

Sin embargo, como consecuencia del pronunciamiento de la Corte Constitucional, el procedimiento señalado en la disposición en mención, fue declarado inexecutable en el efecto suspensivo, hasta el día 20 de julio de 2008, época en la cual el Congreso de la República, en cumplimiento de sus funciones constitucionales, debía expedir una nueva ley que determinara dicho procedimiento.

No obstante, como quiera que en la actualidad no se ha efectuado el trámite legislativo correspondiente para cumplir con la decisión judicial, en muchos lugares de Colombia, los diferentes consejos municipales y asambleas departamentales, mediante la expedición de ordenanzas han venido regulando el procedimiento policial de la retención transitoria, como instrumento de protección en situaciones urgentes, puesto que su finalidad es la de proteger “la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” del conglomerado social, es decir, para garantizar los derechos de quien se encuentre en estado de embriaguez o de excitación, así como de terceros eventualmente afectados (Decreto Ley 1355, 1970).

Lo anterior, con fundamento en el poder de policía que de manera excepcional le es otorgado (Constitución Política, 1991), habida cuenta que lo ejerce, de manera general el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando éste trasciende el ámbito privado e íntimo (C-117 Magistrado Ponente. Jaime Córdoba Triviño, 2006).

Así las cosas, es pertinente un estudio sobre si mediante disposiciones expedidas por los concejos municipales y las asambleas departamentales, puede regular la

medida preventiva de la retención transitoria y, en caso contrario de efectuarse la misma, ésta acarrearía algún tipo de responsabilidad administrativa para estos organismos.

Por lo expuesto, se plantea el siguiente interrogante: ¿Pueden los concejos municipales o las asambleas departamentales expedir normas jurídicas que reglamenten el procedimiento de retención transitoria, en ausencia del mismo, como consecuencia de la falta de legislación sobre el particular por parte del órgano competente?

Tal interrogante enmarca el objetivo general de la presente investigación, en determinar si las disposiciones emanadas del concejo municipal y la asamblea departamental sobre la retención transitoria, generan alguna responsabilidad administrativa, razón por la cual se plantean como objetivos específicos, analizar si la medida correctiva de retención transitoria en Colombia es legal; establecer si es posible restringir derechos fundamentales en uso del poder de policía que es ejercido por los mencionados cuerpos colegiados e identificar si existe responsabilidad administrativa compartida entre la Policía Nacional y las autoridades políticas departamentales, según corresponda, cuando se ejecutan medidas correctivas.

ENFOQUE METODOLÓGICO

La metodología que se utilizó en esta investigación fue de tipo descriptivo, toda vez que esta permitió explorar el compendio normativo, jurisprudencial y doctrinal que existe en el ordenamiento jurídico sobre la retención transitoria (Sabino, 1992) y que permitió determinar la responsabilidad administrativa que generaría las disposiciones expedidas por los concejos municipales o las asambleas departamentales, relacionadas con el tema objeto de investigación.

De igual forma, es oportuno indicar que el diseño que se llevó a cabo es el bibliográfico, el cual consistió en apoyarse en fuentes secundarias, que permitieron conocer y examinar todo el conjunto de fuentes que resultaron de utilidad para el desarrollo de tema(Sabino, 1992), precisamente enfocado en los lineamientos jurisprudenciales.

A su vez, el enfoque de investigación correspondió al hermenéutico jurídico, entendido este como la actividad dirigida a encontrar la solución al problema que se plantea en la investigación (Sabino, 1992), mediante el estudio de la jurisprudencia sobre el poder, función y actividad de policía, retención transitoria y efecto diferido de las sentencias de constitucionalidad que se han emitido, en donde se evidenció un vacío normativo sobre el organismo competente para limitar o restringir derechos fundamentales, haciéndose necesario en primera medida recopilar información y subsiguientemente analizar la misma.

En este orden de ideas, durante la etapa de recopilación de las fuentes de información, se efectuó una compilación de los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, al igual de los conceptos doctrinales, lo cual contribuyó de manera significativa al desarrollo de la investigación.

Finalmente, se analizó un análisis de la información obtenida, para posteriormente evaluar el contenido y alcance de cada uno de estos documentos, con el propósito de establecer la responsabilidad administrativa que conlleva para los consejos municipales y las asambleas departamentales, la emisión de disposiciones sobre la medida correctiva de retención transitoria y por ende la de la Policía Nacional por la ejecución de la retención transitoria.

RESULTADOS OBTENIDOS

Para efectos de determinar la responsabilidad administrativa, que genera expedir normas que reglamenten el procedimiento de retención transitoria, por parte de los concejos municipales o las asambleas departamentales, es necesario traer a este escenario jurídico algunas definiciones sobre el particular, así:

- **DEL PODER DE POLICÍA PARA EXPEDIR NORMAS DE CONTENIDO GENERAL QUE LIMITEN DERECHOS FUNDAMENTALES**

Sea lo primero mencionar que la Corte Constitucional de manera reiterada, se ha pronunciado respecto de la definición, alcance, distinciones, incidencia en el Estado social de derecho y límites constitucionales de los términos *poder*, *función* y *actividad de policía*, conceptos desarrollados en la sentencia C-024, en la que se dispuso lo siguiente:

- Sentencia C-024 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero

Herederas de la filosofía liberal, la Constitución de 1991 establece que la regulación de los derechos y las libertades está en cabeza del Congreso mientras que el mantenimiento del orden público es responsabilidad y está bajo la unidad de mando del Presidente de la República. Esto significa que en general en tiempos de normalidad constitucional sólo el Congreso de la República puede establecer límites y regulaciones a las libertades y derechos. La regla ordinaria es entonces que *sólo el Congreso ejerce el poder de policía pues únicamente este órgano estatal puede, dentro del marco de los principios y valores consagrados por la Constitución, regular y limitar los derechos y libertades. Ello no es sorprendente como quiera que el órgano legislativo ha sido tradicionalmente concebido como el foro en el que tiene representación la sociedad civil, lo que le confiere mayor legitimidad a sus decisiones.*

(...) La *función de policía* a nivel nacional es *exclusiva del Presidente de la República*, según el artículo 189.4 superior,

estándole entonces vedado al Congreso ejercer este tipo de competencias. Igualmente, a nivel de las entidades territoriales, los cuerpos colegiados carecen de la función de policía, mientras que las autoridades ejecutivas unipersonales sí gozan de ella. Así, los *gobernadores -art. 303-* y los *alcaldes -315.2-*, *ejercen la función de policía.*

De tal manera que, se instituye que solo es el Congreso de la República quien debe ejercer el poder de Policía, ya que de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política, regular y limitar derechos y libertades; Así mismo, determinó que lo sería el Presidente de la República de manera residual.

Lo anterior, toda vez que la Constitución Política, no establece una reserva legislativa frente a todos los derechos constitucionales ni frente a todos los aspectos relacionados con la regulación de los derechos. Esto significa que existen ámbitos de los derechos constitucionales en los cuáles algunas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de policía subsidiario.

De igual forma, aduce esta alta corporación que a las asambleas departamentales mediante ordenanzas les corresponde es dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal, con lo cual se les confirió poder de policía subsidiario y a los concejos municipales también se les otorgó un cierto poder de policía para materias específicas, como la regulación del uso del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

Concordante con ello, la Corte Constitucional manifiesta que la función de policía, es a nivel nacional competencia exclusiva del Presidente de la República y a nivel territorial lo será de los gobernadores y alcaldes, imposibilitando al Congreso de la República para desarrollar la misma. Así mismo, en cuanto a la actividad de Policía, los cuerpos colegiados de la nación, departamentos y municipios carecen de esta atribución material.

En el contexto del análisis de la jurisprudencia que desarrolla el tema del poder, función y actividad de policía, es necesario traer a colación las sentencias C-593 del 09 de julio de 2005 y C-117 del 24 de febrero del 2006, de la siguiente manera:

- Sentencia C-593 del 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Las Asambleas no puede invadir esferas en las cuáles la Constitución haya establecido una reserva legal, por lo cual un gran número de derechos y libertades sólo pueden ser reglamentados por el Congreso, lo cual deriva de la naturaleza misma del Estado colombiano como república unitaria (CP Art.1º).

(...) No pueden las Asambleas Departamentales, en consecuencia, dictar normas de policía que establezcan sanciones diferentes a las previstas o autorizadas por el Legislador nacional, dado que las medidas correctivas de policía, por su naturaleza, función e implicación, constituyen limitaciones o restricciones de derechos constitucionales.

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

El poder de policía lo ejerce, de manera general, el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando éste trasciende el ámbito privado e íntimo. Este poder también es ejercido en forma excepcional, por el Presidente de la República en los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia.

La función de policía es ejercida por las autoridades de la rama ejecutiva (como los alcaldes e inspectores) en cumplimiento de competencias determinadas por la ley.

La actividad de policía es ejercida por los miembros de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público".

4. El poder de policía se caracteriza entonces por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social, en ámbitos ordinarios, y dentro de los términos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen.

Esta facultad permite limitar, en general, el ámbito de las libertades públicas en su relación con objetivos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas. Generalmente se encuentra adscrita al Congreso de la República, órgano que debe ejercerla dentro de los límites de la Constitución.

De acuerdo con los anteriores preceptos jurisprudenciales, se determina que el poder de policía está en cabeza del Congreso de la República y excepcionalmente en el Presidente de la República, a su vez la función de policía es ejercida por la Rama Ejecutiva y la actividad de policía es desplegada por los miembros de la Policía Nacional.

Ahora bien, la Constitución Política de Colombia establece en los artículos 300, la facultad de las asambleas departamentales para dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal y en el 313, determinó la competencia de los concejos municipales para reglamentar el uso del suelo, dentro de los límites que fije la ley, además de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

- **CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA.**

La conceptualización jurídica que le han otorgado a la denominación de derechos fundamentales, proviene por esencia de requisitos especiales tales como el carácter de inherente a ser humano, sujetos de especial protección y el mecanismo por medio del cual se protegen, en tal sentido la Constitución Política del 91 cita de forma ordenada lo que considera derechos fundamentales de aquellos que no tienen este contenido, así mismo la Constitución categorizando los derechos les imprimió a cada uno de ellos el mecanismo por el cual de forma directa o indirecta se podrían proteger en caso de existir una posible vulneración

de los mismos, puesto que es importante contar en un Estado Social de Derecho, no solo con la norma que protege sino a su vez con el medio que lo protege; Así las cosas discurre la Corte Constitucional que su posible vulneración es considerada como una afectación a la dignidad humana, lo cual obliga en estricto sentido a que el Estado adopte las medidas de orden progresivo con lo cual se supere la vulneración del derecho fundamental, así lo preceptúa la Corte:

- Sentencia C-372-2010. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

Es decir, si los derechos fundamentales, en tanto ámbitos de afirmación y realización de la dignidad del hombre y de la democracia participativa y pluralista, constituyen el fundamento y límite del poder público, incluido el poder punitivo del Estado; cae de su peso que el respeto de esos derechos constituye un parámetro de control de los actos de la jurisdicción y, particularmente, de las sentencias.

- Sentencia T-088 del 2008. Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería

En nuestro ordenamiento jurídico se le otorga un peso específico a la materialización y protección de los derechos fundamentales; los responsables de la vulneración deben, a raíz de la transgresión o amenaza, asumir consecuencias determinadas. Entre las cuales se encuentra no repetir la conducta aviesa al ordenamiento constitucional; siendo un deber del Estado tomar todas las medidas a su alcance para prevenir lo contrario.

Es procedente establecer dos consideraciones que desde la medida de la retención transitoria deben ser puestas en consideración de análisis, la primera de ellas es ¿Cuál es el derecho fundamental que se podría afectar con la medida de retención transitoria y cuál o cuáles son los derechos de la misma categoría que

busca proteger?, y en tal consideración determinar cuál es el contenido de la medida de retención transitoria y su carácter como elemento progresivo de protección de esos posibles derechos fundamentales.

En tal sentido, la cuestión planteada sugiere que se valoren las interpretaciones doctrinales que se han referido frente al tema, teniendo como referencia la Sentencia C-270 del 2007, la cual declaró la asequibilidad de la medida hasta tanto el Congreso reglamente su aplicación. En tal sentido es preciso deducir que el derecho que se podría trasgredir con la medida de *retención transitoria*, sería precisamente el de la libertad de la persona, puesto que el entendido antes de la existencia de esta sentencia, era que dicha medida adoptada por los agentes policiales se constituía no como una medida de protección, sino de privación de la libertad, no precisamente por la comisión de un acto punible, sino por el ejercicio de una libertad pública como lo es el consumo de bebidas embriagantes o de alucinógenos. Sin embargo, un choque doctrinal sería el que mayor controversia generaría en el desarrollo de esta tesis, el cual consiste en la posición de garante que tienen los agentes de Policía en restringir con esta medida ciertas conductas, y a su vez la protección de las personas que se encuentran en estado de embriaguez o exaltación, al encontrar la Corte que es dable que la norma que con antelación a la Constitución del 91 era existente y tuviera vigencia por las razones que más adelante se explicarán, pero la misma debería asistirse de la reglamentación especial por el legislador puesto que lo que se vislumbra es que con esta medida no se restringe, sino que se protegen derechos de contenido fundamental, se brindan herramientas al poder y actividad de Policía, y se garantiza un escenario para la adopción de una política criminal dentro del Estado Colombiano.

Así las cosas, al realizar la ponderación o estructura en cuanto al test de razonabilidad jurídica entre derechos, ya que es de especial importancia en este tema, en donde el objetivo es asimilar si la medida en si misma protege o vulnera,

determinados derechos que le son inherentes a la persona en un Estado Social de Derecho, con base a esto la ponderación que se debe hacer es aquella que se genera entre el derecho posiblemente restringido que es la libertad y el de locomoción, frente al posible derecho protegido como lo sería el derecho a la dignidad y a la vida, la aplicación de la norma sería a todas luces un fenómeno de especial consideración jurídica.

La discrepancia jurídica surge precisamente del sentido de la aplicación de medidas que fungen como medios de protección material de los derechos fundamentales, y la existencia de herramientas jurídicas para poder desarrollar la actividad de policía que, ya que lo que se observa es que el derecho de Policía que no es precisamente coercitivo como el derecho penal, se queda sin herramientas para su especial protección por medio de los agentes policiales.

A la luz el orden constitucional resulta sumamente importante considerar que si bien es cierto la Corte Constitucional desarrolló un tema netamente progresivo en razón de la fundamentación de una medida para salvaguardar un derecho fundamental, la Corte que no solo garantiza la tutela de estos derechos, no hizo especial análisis de la progresividad con la cual se debían adoptar los medios y las formas jurídicas para propender por el cumplimiento de la *retención transitoria*, pues si bien es cierto le dio al legislador un tiempo para la regulación de esta medida, el legislador no lo ha hecho, con lo cual el problema no resulta del vacío de aplicación normativa y de la responsabilidad jurídica del funcionario policial, en un caso hipotético se puede observar la responsabilidad jurídica en donde es importante esta medida:

En el municipio de Cartago Valle del Cauca, el señor NÉSTOR ANGULO ORDOÑEZ, quien en alto estado de embriaguez es retirado del establecimiento El Castillo, al conducirlo la Policía Nacional a la estación, estando allí, esta persona en compañía de un familiar, manifiestan que la actividad realizada por parte de la

Policía es arbitraria y por ende se encuentra privado de la libertad de manera injustificada, razón por la cual, al evidenciar comandante de la estación que el familiar de dicha persona se encontraba en condiciones adecuadas para hacerse cargo del señor Néstor, decide terminar con la medida correctiva dejándolo en libertad.

Sin embargo, momentos después dicho sujeto retorna al establecimiento El Castillo, ocasionándole la muerte a otra persona que se encontraba en este lugar.

Teniendo en cuenta el anterior, se vislumbra que la Policía Nacional acató los parámetros fijados por la Corte Constitucional, en sentencia C-720 de 2007, sin embargo no pudo evitar que se violentara el derecho a la vida de otra persona, circunstancia que conlleva especial connotación cuando se habla de la responsabilidad y de la posición de garante que tiene la Policía Nacional, cuando en cumplimiento de un deber legal se produce un daño o perjuicio a otra persona, circunstancia que implica que se genera una responsabilidad administrativa por parte de Estado, al no contar con las herramientas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de todas las personas en el territorio colombiano.

- **MEDIDA DE RETENCIÓN TRANSITORIA**

El fundamento legal de la retención transitoria se encuentra en el Decreto-Ley 1355 de 1970, “Por el cual se dictan normas de Policía”, en su artículo 186, en cual establece las medidas correctivas aplicables en caso que una persona incurra en alguna contravención nacional de policía. Entre tales medidas se incluye la retención transitoria, definida en el artículo 192 de la norma ibídem, como la posibilidad de mantener al infractor en una Estación o Subestación de Policía hasta por 24 horas.

Ahora bien, la aplicación de dicha medida correctiva fue desarrollada por el artículo 207 de la disposición en cita, otorgando la competencia a los comandantes de Estación o Subestación de Policía, para que se ejecute dicha acción a quien “deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio” (numeral 2 °) o “al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal (numeral 3 °)”.

Sin embargo, es necesario indicar que esta medida policiva, fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional, en Sentencia C-720 de 2007, en la que declaró:

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

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

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

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

De acuerdo con este fundamento, la Corte fue enfática en señalar que la medida de “retención transitoria” es válida dentro de un Estado Social de Derecho, porque su objetivo es proteger la seguridad y el bienestar de la comunidad y del mismo individuo y, en particular, para garantizar y defender el interés general.

De tal forma, es posible dentro del ordenamiento jurídico llevar a cabo la prevención de conductas antisociales o la protección de las personas, limitando un derecho, pero con el fin de garantizar otro de igual o superior jerarquía.

Sin embargo, las condiciones para que una persona pueda ser afectada en su libertad, y los supuestos de perturbación, deben ser fijadas previamente por la ley, observando criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por tal razón, esta Alta Corte declaró exequible el numeral 8 del artículo 186, al considerar que la medida de retención transitoria, es necesaria dentro de un ordenamiento jurídico como instrumento de protección en situaciones urgentes, puesto que su finalidad es la de proteger “la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” del conglomerado social, es decir, para garantizar los derechos de quien se encuentre en estado de embriaguez o de excitación, así como de terceros eventualmente afectados. No obstante, para esta corporación, 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 que se desprenden de la Carta Política y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto en el numeral 4° de la parte resolutive de la citada sentencia, se dispuso condicionar la utilización y efectividad de la medida por parte de los comandantes de Estación y Subestación de Policía, hasta tanto el Congreso de la República expida una ley que reglamente dicha materia, fijando como plazo máximo para expedir la nueva norma el día 20 de junio de 2008, la cual debe contener los siguientes parámetros:

1. Se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido.
2. Se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo.
3. 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.
4. 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.
5. Los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia.
6. Los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atiende a su condición.

De tal manera, al no haberse proferido dicha normatividad legal por parte de la Rama Legislativa, en la cual se incluyera todos los requisitos y condicionamientos para poder aplicar la medida policiva de retención transitoria dentro del plazo fijado por el máximo órgano de cierre constitucional, el mecanismo de prevención contenido en el artículo 207 del Código Nacional de Policía, adquirió la calidad de inexecutable en forma permanente, por tal razón, es inviable jurídicamente en la actualidad dar aplicación a la misma, hasta tanto el Congreso de la República

expida la Ley que contenga las previsiones establecidas por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-720 de 2007.

- **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Dentro del ordenamiento jurídico, existe la acción de reparación directa como aquella figura en la que cualquier persona que tenga interés podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de su petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación por trabajos públicos imputables a la administración; además a través de ella puede repetir el Estado contra sus funcionarios cuando este sea condenado y obedezca de una conducta dolosa o culpa grave.

Esta definición encuentra su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en el que de manera expresa señala que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así mismo, la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, desarrolló de manera clara y precisa esta figura jurídica, en términos similares a los que estableció la carta política.

Sobre el particular, es necesario señalar que la Corte Constitucional en Sentencia C-333 del 01 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, realizó un análisis de la mencionada acción, así:

Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece

dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, *que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública*. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es

Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

De conformidad con el pronunciamiento en cita, se determina que la Corte Constitucional, denota que cuando las entidades del Estado, causan un perjuicio, bien sea por sus actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones, siendo estas imputable a las mismas, se deberá “reparar” a la persona que ha sido afectada por esta razón, es decir, a la víctima, toda vez que esta no tenía el deber de soportarlo.

En dicho evento, cuando se cumple con los condiciones enunciadas por la mencionada corporación, es decir, se cause un perjuicio por culpa de la administración, daría lugar a la configuración de los elementos esenciales para acudir a la acción de reparación directa, en cuyo caso, como consecuencia de la comprobación efectiva del perjuicio, daría lugar al traslado del patrimonio del Estado al de la víctima, a efectos de indemnizarla, máxime cuando se tiene la obligación de salvaguardar de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.

Así mismo, la Corte Constitucional en el mencionado pronunciamiento, agrega que la acepción del daño antijurídico, entendido este como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación de

soportar, como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho.

Lo anterior, como quiera que es al Estado a quien le corresponde salvaguardar los derechos y libertades de todo el conglomerado social, máxime cuando se están desarrollando actividades propias de la administración; por tanto, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades.

En consecuencia el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, circunstancia que dará lugar a la indemnización de perjuicios a la víctima.

En este orden de ideas, se considera indispensable precisar que la responsabilidad patrimonial frente a casos en donde la pretensión subjetiva sea la aplicación de la medida de retención transitoria, la sola aplicación de la misma con los requisitos esgrimidos por la Corte Constitucional no es causa material de un daño pretendido por un accionante, puesto que la misma no debe confundirse con una medida de detención por actos ilícitos, y por lo tanto está entendida no debe estar entendida como una medida para corregir una libertad pública, sino todo lo contrario para proteger los derechos fundamentales del individuo retenido.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Dentro un Estado Social de Derecho, en el que se propende por la protección efectiva de los derechos fundamentales de todos los habitantes, es importante que

se cumplan con las funciones encomendadas a cada uno de los órganos que forman parte de Estado.

Es así como, al Congreso de la República, por mandato constitucional le fue encomendada la tarea de expedir los diferentes tipos de leyes, con el fin de organizar del ordenamiento jurídico, siendo este el único con la facultad de limitar o restringir derechos fundamentales a un conglomerado social.

Sin embargo, conforme a lo instituido en diferentes disposiciones normativas y jurisprudenciales, es el máximo órgano legislativo y excepcionalmente el jefe de Estado, quienes tienen el poder de policía; así mismo, la función de policía es ejercida por el Presidente de la República en el ámbito nacional y territorial por los gobernadores y alcaldes; de igual forma, la actividad de policía es desarrollada por lo miembros en servicio activo de la Policía Nacional.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta la función que cumplen las asambleas departamentales y los concejos municipales, los cuales dictan exclusivamente normas de policía relacionadas con todo aquello que no sea materia de disposición legal o reglamentan el uso del suelo, esta circunstancia no es óbice para establecer que los mismos tienen poder de policial o cumplen función o actividad de policía, puesto que el legislador y la jurisprudencia de manera sucinta a determinado quien son los competentes para ello.

Conforme con lo expuesto, se instituye que no pueden las asambleas departamentales o los concejos municipales, dictar normas de policía que establezcan sanciones diferentes a las previstas o autorizadas por el Legislador, dado que las medidas correctivas de policía, por su naturaleza, función e implicación, constituyen limitaciones o restricciones de derechos constitucionales.

Concordante con lo señalado en líneas anteriores, aplicados estos presupuestos legales a la medida correctiva de retención transitoria de la que hace relación el Código de Policía, la cual como preceptuó la Corte Constitucional, en sentencia C-720 de 2007, esta resulta ser válida, toda vez que busca el interés general sobre el particular.

No obstante, lo manifestado por esta alta corporación, mediante la expedición de un Decreto Ley, no era dable restringir derechos fundamentales, como quiera que no es el Presidente de la República el competente para limitar derechos fundamentales si no que esta facultad reside exclusivamente en el Congreso.

Así mismo, ordenó que al momento de reglamentar dicha medida se debería observar y respetar los lineamientos fijados en la mencionada jurisprudencia, es decir, los parámetros dentro de los cuales debía estar enmarcada la ejecución de la medida, tales como el rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, entregando copia al retenido, permitirle a este comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo, ubicarlo en un lugar distinto de aquellos que hubiese cometido alguna conducta punible y que el tiempo de retención durara hasta tanto se superara el estado de excitación o embriaguez o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, sin que este lapso supere las 24 horas.

De igual forma, señaló esta alta corporación que este tema debía ser legislado máximo hasta el día 20 de junio de 2008, situación que en la actualidad no se ha dado, sin embargo, como consecuencia de dicha circunstancia, en muchos lugares de Colombia, los concejos municipales y las asambleas departamentales, a través de la expedición de ordenanzas, han pretendido regular sobre este asunto, toda vez que la medida correctiva es necesaria para garantizar los derechos fundamentales de todo el conglomerado social.

Teniendo lo precedente y en atención a las funciones constitucionales y legales se les ha encomendado a estos órganos, se concluye que no son competentes para reglamentar la medida correctiva de retención transitoria con la cual se limitan o restringen derechos fundamentales, puesto que dicha circunstancia implica una extralimitación en el uso de sus facultades.

Además, ello implicaría que al efectuarse por parte de la Policía Nacional, la medida de retención transitoria con fundamento en lo dispuesto en la ordenanzas emanadas por parte de las asambleas departamentales o los consejos municipales, al no ser los competentes, es dable que la persona que ha sido retenida con base en dicho precepto, podría instaurar la acción de reparación directa en contra de estos organismos, como quiera que se le limitó derechos fundamentales.

Así las cosas, el retenido al sentirse afectado por la aplicación de una medida correctiva, que no cuenta con un soporte legal, está facultado para pedir el pago de los perjuicios ocasionados.

De tal manera, tanto la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal según corresponda, al expedir una disposición que regule dicha materia sin tener competencia para ello como la Policía Nacional al ejecutar la medida, son solidariamente responsables del pago de los respectivos perjuicios.

Finalmente, se recomienda no aplicar la medida hasta tanto el Congreso de la República, siendo el órgano competente para regular la materia, no expida la respectiva normatividad, con el fin de evitar que responda administrativamente los citados organismos y por ende sea afectado el patrimonio de la Nación.

REFERENCIAS

Asamblea Constituyente. Constitución Política de Colombia [Const].Julio 7 de 1991(Colombia).

BG. Rojas. S. (2003) Compendio de Doctrina Policial, Policía Nacional. (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 492 de 1992 (MP. Jaime Córdoba Triviño; Agosto 12 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-024 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero; Enero 27 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1996 (MP. Alejandro Martínez Caballero; Agosto 1 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-593 del 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa; Junio 9 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-117 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño; Febrero 22 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-088 del 2008 (MP. Jaime Araujo Rentería)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372-2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 13 de diciembre de 1979 (CP. Carlos Portocarrero).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993 (CP Juan de Dios Montes Hernández).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 08 de mayo de 1995 (CP. Juan de Dios Montes Hernández)

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

Decreto Ley 1355 de 1970. Por el cual se dictan normas sobre Policía. Agosto 4 de 1993 (Colombia).

Fernández., E. G. (1993). Curso de Derecho Administrativo. (España).

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011 (Colombia).

Moreno. F (2010). La retención transitoria: medida policial vigente. ¿Por qué se aplica en unas unidades policiales y en otras no?. Revista Vervi Iuris - Universidad Libre.

Ocampo, A. R. (1991). Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No 112., 7 y 8.

Policía Nacional Dirección Nacional de Escuelas Revista No. 048– Febrero 1 de 2010. Afectación de la Libertad por el Cuerpo de Policía. Facultad de Ciencias Jurídicas -DINA.

Policía Nacional de Colombia. (2010) Protección de los Derechos Humanos en el Servicio de Policía.

Procuraduría General de la Nación, fallo de segunda instancia radicación: 161-4326 (020-157804/07), del día 03 de junio del año 2010 (Dr. Rafael Eugenio quintero milanés).

Sabino, C. (1992). El Proceso de la Investigación. Barcelona: Panapo.

