

El factor “discrecionalidad” de los uniformados de la Policía Nacional a la hora de efectuar los procedimientos de traslados por protección contemplado en el artículo 155 de la ley 1801 de 2016

Autores

Luis Samuel Cuesta Mosquera

Carlos Alexander Rodríguez Rosales

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Asesor

Dr. Fernando León Tamayo Arboleda

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Posgrados

Medellín, Antioquia, Colombia

2021

El factor “discrecionalidad” de los uniformados de la Policía Nacional a la hora de efectuar los procedimientos de traslados por protección contemplado en el artículo 155 de la ley 1801 de 2016

Luis Samuel Cuesta Mosquera¹

Carlos Alexander Rodríguez Rosales²

Resumen

En esta investigación, queremos abordar la facultad y discrecionalidad que tienen los miembros de la Policía Nacional para realizar el traslado por protección consagrado en el nuevo Código Nacional de Policía; encaminado a salvaguardar los derechos constitucionales que se podrían ver inmersos en este procedimiento y que serán abordados a profundidad en temas posteriores, destacando entre todo el derecho a la libertad.

Con este trabajo de investigación se busca, en primer lugar: encontrar las respuestas más acertadas, adecuadas y razonables a ciertos interrogantes que están conectados directamente con el tema de esta investigación. Y para ello, nos formulamos los siguientes interrogantes: 1. ¿Cuáles son los problemas jurídicos que enfrentan los funcionarios de la Policía Nacional para realizar los procedimientos de traslado por protección? 2. ¿Existe la necesidad de realizar un control previo y posterior, para evaluar los motivos fundados que llevan a los policiales a realizar estos traslados por protección? 3. ¿Están los policías afectando derechos fundamentales como la libertad, sin existir fundamentos legales para realizar estos procedimientos de traslados? Interrogantes que vamos a ir desarrollando en el transcurso de la presente investigación.

El objetivo del trabajo es mostrar a través de un análisis constitucional la posibilidad de implementar en el Código de Policía, en lo concerniente al artículo 155 (traslado por protección), controles previos, posteriores, o ambos.

¹ Candidato a Magister. Abogado, especialista en Derecho Penal. Correo electrónico xamuelx@gmail.com

² candidato a Magister. Abogado. Correo electrónico carlosalexander.rodriguez@unaula.edu.co

Introducción

El traslado por protección en Colombia fue implementado a través del artículo 155 de la ley 1801 de 2016, que derogó el anterior Código de Policía; la nueva ley introdujo esta figura en el ordenamiento jurídico con el fin de proteger los derechos fundamentales como lo son: el derecho a la vida y a la integridad personal. No obstante, a partir de allí nace el siguiente interrogante: ¿Están los uniformados de la Policía Nacional realizando los traslados de protección de manera autoritaria, o por el contrario los realizan con sustento legal?

Ahora bien, el artículo 155 de la ley 1801 de 2016 establece el traslado por protección como un medio de policía material consagrado en el artículo 149 del mismo código, como mecanismos para el ejercicio de la actuación policial; sin embargo, no se regula su manera de aplicación, ni cómo los funcionarios de policía hacen las respectivas valoraciones para tomar decisiones, tales como trasladar a una persona de un lugar determinado a otro, teniendo que decidir en cuestión de minutos si el ciudadano está en un estado de peligro, sea contra sí mismo, o contra terceros.

La anterior afirmación lleva al uniformado a tomar la decisión de realizar el traslado por protección del ciudadano, a pesar de no tener las herramientas suficientes para determinar si dicho ciudadano debe ser o no trasladado de acuerdo a las causales que allí están consagradas; como lo podrían ser personas en estado de embriaguez, personas en situación de indefensión, personas con problemas mentales, es decir, la valoración del policía tiende a ser subjetiva, porque lo que podría ser una justa causa para ejecutar el traslado en un caso, podría no serlo para otra persona y, lo más grave, es que esta valoración no se encuentra reglada en la ley 1801 de 2016, llevando a que las valoraciones de los uniformados sean realizadas de manera subjetiva y discrecional.

Tal discrecionalidad es analizada por Ferrajoli quien expresa, en su libro derecho y razón teoría del garantismo penal, que los sistemas normativos están regulados de manera taxativa; sin embargo, reconoce que existen vacíos que pueden ser colmados por el juez en sus valoraciones (juicios de valor); estos juicios de valor, cuentan con controles y límites fijados en las constituciones y las leyes. Así, siguiendo a Ferrajoli, la discrecionalidad existe en todos los ordenamientos jurídicos en un mayor o menor nivel, pero la vocación de

las constituciones contemporáneas es la de regular los esquemas de decisión, no sólo cuando la decisión se soporta claramente en la norma, sino cuando los funcionarios deben acudir a juicios de valor para dar solución a situaciones específicas. Así, la discrecionalidad, aunque ineludible, trata de ser reducida al mínimo.

Entonces a partir de ellos, deberíamos preguntarnos lo siguiente: 1. ¿Cómo regular la actividad policial en materia de limitación de la libertad? 2. ¿Cómo limitar la discrecionalidad de los uniformados para tomar decisiones que restrinjan la libertad de los ciudadanos? 3. ¿Qué tipo de controles deberían existir para el traslado por protección?

Este trabajo de investigación sobre el artículo 155 de la ley 1801 de 2016 muestra que existe un gran vacío en su manera de aplicación, en tanto allí no se establece un control previo y posterior por otras autoridades, como podrían hacer el Ministerio de Justicia, Defensoría del Pueblo, Derechos Humanos, u otras autoridades que podrían evaluar si dicho procedimiento cumple o no con los preceptos constitucionales; y así evitar que los uniformados de la Policía Nacional actúen de manera arbitraria. Actualmente, el control que se está haciendo sobre dichas detenciones por parte de la personería es más el resultado de su función constitucional de ser garante de los derechos de los ciudadanos, que una exigencia enmarcada en la ley 1801.

El presente estudio se encuentra dividido en tres secciones: 1. En la primera de ellas se abordará la implementación de la ley 1801 de 2016, sus generalidades, y se hará precisión del contenido del título I, con las atribuciones y funciones efectuadas por los miembros de la Policía Nacional a través de los medios de policía y medidas correctivas; describiendo en qué consisten, cuáles son sus características, sus clasificaciones o divisiones y cuándo procede su implementación. 2. El segundo capítulo está concentrado en el artículo 155, medio de policía traslado por protección, objeto central de la investigación; teniendo presente su concepto, las limitaciones temporales y los vacíos en la norma para su regulación, realizando una comparación con los artículos 222 y 223 del mismo Código de Policía y Convivencia, los cual presentan los procedimientos a seguir cuando se encuentran comportamientos contrarios a la convivencia. Se incluirán temas como las riñas, el peligro de la persona sujeta al traslado por protección o la de un tercero, estado de embriaguez o similares, los cuales son fundamentales para la toma de decisión al efectuar el medio de

policía. 3. Y por último, se encuentra el estudio de los derechos fundamentales que son puestos en peligro por el traslado por protección, es decir, los artículos 28 y 29 de la Constitución Nacional, validando su afectación o no con el actuar de los uniformados; así mismo, se analizarán conceptos necesarios como el principio de proporcionalidad y el concepto de discrecionalidad, tanto en traslado por protección, como en otras esferas de los policiales, culminando con la ponderación entre el debido proceso, la libertad, la vida e integridad personal.

Ley 1801 de 2016

Generalidades

La Policía Nacional se encuentra definida en el artículo 218 de la Constitución Nacional como:

Artículo 128. La ley organizará el cuerpo de Policía: la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.”²

Según lo indicado en el artículo 1 de la ley 62 de 1993, reglamentado por el decreto Nacional 1028 de 1994, la policía está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El código de Policía y Convivencia se encuentra diseñado como una herramienta con la cual cuentan las autoridades para resolver conflictos que afectan la convivencia; precisamente la Policía Nacional para cumplir su misión se apoya de esta normativa.

² Secretaría del Senado, [Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad \[CONSTITUCION POLITICA 1991 PR007\] \(secretariasenado.gov.co\)](#)

El Código Nacional de Policía que rigió hasta diciembre de 2016, se expidió mediante el decreto 1355 de 1970 en un estado de excepción decretado en el país; lo cual no tenía el peso de ley de la República, de manera ordinaria, lo que justificaba el actuar de la fuerza pública en el control social bajo el amparado de la Constitución de 1886.

Sin embargo, este decreto fue modificado por el decreto 522 de 1971, "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", (Diario Oficial No. 33.300 de 29 de abril de 1971).

Este compendio normativo le dio estructura y confirmó un título preliminar sobre disposiciones generales y tres libros principales, el libro primero, sobre los medios de policía, el segundo referido al ejercicio de algunas libertades públicas, y finalmente el libro tercero, respecto a las contravenciones.

De acuerdo con el avance de la sociedad colombiana, las limitaciones del anterior Código (diseñado en un momento de crisis y direccionado para el control de aquel momento) y los diferentes conflictos no regulados, surgió el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia reglamentado en la ley 1801 del 06 de septiembre de 2016, el cual contó en su diseño con la participación del Ministerio de Defensa Nacional y que entró en vigor a partir del 30 de enero de 2017 (Salazar y Algarra, 2018).

La ley 1801 de 2016 o Código Nacional de Policía y Convivencia, tiene por objeto establecer condiciones para la convivencia en todo el territorio nacional, al propiciar el cumplimiento de los deberes y obligaciones tanto de las personas naturales como jurídicas; con el fin de que las actuaciones de cada persona estén siempre sujetas a la plena observancia de los derechos de los demás sin abusar de los propios.

Medidas Correctivas

El artículo 172 de la ley 1801 2016 describe que la medida correctiva son acciones impuestas por las autoridades de policía a toda persona que incurra en comportamientos

contrarios a la convivencia o el incumplimiento de los deberes específicos de convivencia; las medidas correctivas tienen por objeto disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia. Continuado a este, el artículo 173 y siguientes, regulan las medidas correctivas entre las cuales están: la amonestación, la participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia, la disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas, la expulsión de domicilio, el decomiso, la multa general o especial, la construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble, la restitución y protección de bienes inmuebles, entre otras.

Medios de Policía: inmateriales y materiales

De acuerdo con Yepes y Álvarez (2018), la Policía Nacional, cuenta con los medios de policía para el cumplimiento de su actividad y solamente empleará los medios autorizados por la ley y los reglamentos; a fin de resolver los motivos de policía que se presenten. Estos son reglamentos, permisos, órdenes, actividad de policía, conducción, inspección y registro del domicilio, registro de personas y medios de transporte y asistencia militar.

Estos medios se clasifican en:

Inmateriales: Desde decisiones verbales o escritas, desde otras autoridades a cumplir (Ley 1801, 2016, art. 149), entre los cuales se encuentran orden de policía, permiso excepcional, reglamentos, autorización. y mediación policial.

Materiales: Constan de una serie de acciones e instrumentos que los efectivos desarrollan para cumplir con sus funciones. (Ley 1801, 2016, art. 149).

Son amplios los medios materiales que le habilita la norma a la Policía de Colombia a saber:

1. Traslado por protección;
2. Retiro del sitio;
3. Traslado para procedimiento policivo;
4. Registro;
5. Registro a persona;
6. Registro a medios de transporte;
7. Suspensión inmediata de actividad;
8. Ingreso a inmueble sin orden escrita;
9. Incautación;
10. Incautación de armas de fuego;
11. No convencionales, municiones

y explosivos; **12.** Uso de la fuerza; **13.** Aprehensión con fin judicial; **14.** Apoyo urgente de los particulares y **15.** Asistencia militar. (Ley 1801, 2016, art. 149).

Traslado por protección

Generalidades

El traslado por protección se encuentra descrito en el artículo 155 de la ley de convivencia;

ARTÍCULO 155. TRASLADO POR PROTECCIÓN: Cuando la vida e integridad de una persona o de terceros esté en riesgo o peligro, el personal uniformado de la Policía Nacional, podrá trasladarla para su protección o la de terceros, en los siguientes casos:

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

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

Los párrafos 2, 3, 4 y 5 realizan la descripción del procedimiento del traslado por protección, indicando que deberá entregar a la persona a un familiar y, en caso de no poder hacerlo, trasladará a la persona a un centro asistencial o al centro de protección. Define el criterio temporal referido a las 12 horas máximas de internación; seguidamente se encuentra el deber de informar a un superior y realizar el respectivo informe, adicional a ello, se debe garantizar el aviso a una persona sobre la medida de policía de la cual está siendo objeto. En caso de no manifestar a quien darle aviso, será entonces de inmediata la comunicación al Ministerio Público.

Por último, se refiere a que para la detención no se requiere solo el argumento de que la persona se encuentre bajo los efectos de sustancias que alteren su estado, sino que debe

argumentarse y aplicar el principio de proporcionalidad; sobre este asunto, volveremos más adelante.” (...)

El Decreto Nacional 1284 de 2017 reglamentó los lugares para efectuar el traslado por protección, así:

CAPÍTULO V – SITIOS PARA EL TRASLADO POR PROTECCIÓN. Artículo 2.2.8.5.1. Centros para el traslado por protección o asistencial. Entiéndase por centros para el traslado por protección o asistenciales, los espacios físicos dispuestos por la administración distrital o municipal, para hacer efectivo el medio de policía establecido en el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016, cuya implementación, adecuación y funcionamiento, deberán ser garantizados por cada alcalde distrital o municipal.

Artículo 2.2.8.5.2. Centros asistenciales. Entiéndase como centros asistenciales, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, Hospitales, Clínicas, Centros de Salud, Puestos de Salud.

Establecimientos Sanitarios, Hospicios, Unidades Móviles de Salud, Ambulancias, Centros de Delegaciones Nacionales o Internacionales de Salud, Centros de Comités Nacionales o Internacionales de Salud y las demás donde se presten servicios de salud ubicados en la jurisdicción correspondiente a cada distrito o municipio.

Dichos centros asistenciales, independientemente de ser públicos o privados deberán prestar la atención inmediata a las personas trasladadas por protección en procedimiento de policía cuando se trate de ciudadanos en grave estado de alteración de la conciencia por aspectos mentales, por estar bajo el efecto del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas o que presenten lesiones o afecciones en su integridad psicofísica, en los términos establecidos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y sus normas reglamentarias.

En caso que una de las instituciones mencionadas en el inciso primero del presente artículo, se niegue a prestar la atención necesaria para proteger la vida e integridad del trasladado por protección en procedimiento de policía, la autoridad de policía lo informará por escrito dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al Ministerio Público, a efectos de que se adopten las medidas necesarias para prevenir hechos que atenten contra la salud de las personas en el desarrollo del traslado por protección en procedimiento policivo y para lo cual la Superintendencia de Salud, el Ministerio de Salud y Protección Social, los Tribunales Seccionales y Nacionales de Ética Médica deberán adelantar acciones en contra de quienes nieguen el servicio de salud en el marco del presente capítulo.

Artículo 2.2.8.5.3. Centros de Protección. Es el espacio físico destinado por la administración distrital o municipal, para recibir a las personas que sean trasladadas por protección en procedimiento de policía, por incurrir en alguna de los comportamientos descritos en el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016.

Una vez revisados los criterios objetivos que nos trae el código sobre el traslado, es importante revisar y sustraer una regla importantísima para dar su aplicación, y es la que nos cita el párrafo 5 del artículo cuestionado:

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

Es entonces, el direccionamiento que regula mencionada ley; para indicar que tal decisión debe enmarcarse a un principio constitucional como lo es el de proporcionalidad. Es así como pasamos al estudio de uno de los pilares fundamentales de la presente investigación, pues es indispensable abordar este principio y poder así situarnos en el rol desempeñado por los policías.

Derechos fundamentales y el traslado por protección

Principio de proporcionalidad

Iniciamos con la citación de la Corte Constitucional que hacen Carrillo de la Rosa y Pereira (2017) cuando definen el principio de proporcionalidad como un principio constitucional que es:

La justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dicten para contrarrestar el orden perturbado y las situaciones o circunstancias de crisis que se pretende conjurar". De donde puede deducirse que la proporcionalidad "es la razonabilidad que debe mediar entre la medida y la gravedad de los hechos.

En ese mismo sentido, encontramos la definición de Sánchez (2007) al conceptualizar el principio de proporcionalidad de rango constitucional y que debe ceñirse a que la restricción de un derecho obedece a la garantía de otro de carácter constitucional:

proporcionalidad responde especialmente a “la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”. Estriba, a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental —u otro principio constitucional— sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no. (p,34).

Por su lado traemos la definición del Garat Delgado (2016):

La utilización del principio de proporcionalidad supone la necesidad de resolver un conflicto jurídico, que se suscita tras la confluencia de aplicación al caso concreto de diversos derechos fundamentales, o bien, de su intervención por una medida que persigue un fin constitucionalmente protegido y, por tanto, igual colisión entre derechos y bienes constitucionales. (p,24)

El principio de proporcionalidad, será utilizado, por consiguiente, tanto en la resolución de un conflicto entre derechos fundamentales, como entre un derecho fundamental y la actividad estatal que persigue la protección de otro derecho o bien jurídicamente tutelado.

Podremos entonces entender que la proporcionalidad como principio se debe a un análisis de razonabilidad, de la aplicación de una garantía estatal sobre un derecho fundamental, con el propósito de proteger otro derecho fundamental, bajo la tutela de que se torna necesaria esa aplicación de esa medida.

Por lo anteriormente descrito, en el procedimiento a seguir en el medio de policía en cuestión; el uniformado debe revisar las condiciones en las cuales se encuentra la persona susceptible del traslado, es decir que examina si cumple o no cumple los criterios para trasladarla, valorando su situación específica, es decir, si está afectada su salud, integridad,

o está afectando a terceros; y así mismo tomará la decisión de si es llevada a un CTP o a un centro asistencial.

Por lo tanto, el uniformado hace aplicación del principio de proporcionalidad en el entendido que debe valorar si la persona que se encuentra susceptible del traslado, y las condiciones y/o características son de tal magnitud como para aplicar el medio de policía y restringir su derecho a la libertad. Se dirá entonces, que la decisión del agente de policía debe estar enmarcada al principio de proporcionalidad, pues debe valorar el derecho fundamental a la libertad, que puede entrar en conflicto con el medio de policía que trae consigo una garantía del estado, que a su vez puede implicar salvaguardar otros derechos como la vida e integridad personal; es decir, que el medio de policía no es una mera facultad descrita por una norma positiva, es una facultad regulada por el carácter de razonabilidad que implica la evaluación de aplicar una norma u otra, cuando se presenta un conflicto de derechos.

Es así como lo supone la alcaldía de Medellín al regular este medio de policía mediante el decreto 1586 de 2019:

ARTÍCULO 8. Traslado de las personas. Una vez verificada la procedencia del traslado, atendiendo a los criterios de necesidad y de proporcionalidad, el uniformado de la Policía Nacional determinará si el traslado debe realizarse a un centro de protección o a un centro asistencial. (subrayado fuera de texto original).

Como bien se acaba de mencionar la proporcionalidad da las herramientas para que el agente, pueda fundar si en determinado caso pesa un derecho sobre otro. Por lo que, necesariamente implica la toma de una decisión, y esa decisión o conclusión importa un nivel de discrecionalidad de quien decide.

En otras palabras; la proporcionalidad existe como mecanismo de garantías, pero además como control para la toma de decisiones de los funcionarios; que conjuntamente expongan las razones que determinan las limitaciones en derechos fundamentales. Lo que traduce en que, pese a que exista discrecionalidad en las decisiones de las autoridades, éstas cuentan con un control. Sin embargo, en el caso de los policías, aunque apliquen el principio de proporcionalidad, no existen mecanismos eficientes para controvertir sus decisiones.

Es, por tanto, que este aspecto que hemos llamado valoración, examen o validación de la circunstancia en que se encuentre un ciudadano por parte del agente de Policía, da génesis a nuestro debate analítico sobre la discrecionalidad, sobre qué puede basarse cada servidor público para tomar dicha decisión o no, tal y como lo veremos en el siguiente capítulo.

Discrecionalidad en el derecho

Se iniciará por plantear y acoger lo que autores como Ferrajoli (2018) hablan sobre la discrecionalidad en el derecho. Primero hay que contextualizar que esa discrecionalidad está enmarcada dentro de las constituciones, y estas últimas responden a una serie de acuerdos de carácter político y social, y en ellas se erigen los derechos y deberes, que reglan la convivencia de las naciones.

La discrecionalidad de los funcionarios del Estado no es otra cosa, que la potestad para decidir de forma libre acerca de asuntos que no están regulados por Ley, o que estándolo, admiten más de una decisión adecuada a derecho.

En el apartado “Los principios generales del derecho como criterios de orientación del poder de disposición”, Ferrajoli (2018) manifiesta que en los sistemas positivos constitucionalmente basados en los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad; están diseñados para no ser “nunca perfectamente satisfechos”. Es así como, a través del concepto poder judicial de disposición, nos menciona la potestad del juez para decidir:

(...) puede ser atenuada, aunque no eliminada. El hecho de que las decisiones penales, mediante las que se ejerce el poder de disposición no versen sobre la verdad procesal no quiere decir, que no deban o no puedan ser justificadas; quiere decir solamente que son motivables no ya mediante aserciones cognoscitivas susceptibles de verificación y confutación; sino sólo o predominantemente con juicios de valor, no vinculados en cuanto tales a previsiones legales taxativas. (subrayado fuera de texto original). (p. 173)

Ahora sobre estos juicios de valor, menciona que no son libres o que son al simple arbitrio del juez, pues tiene límites basados en la legalidad:

Pero también los juicios de valor son susceptibles de argumentación y de control conforme a criterios pragmáticos de aceptación; estos criterios no son más que los principios generales del ordenamiento, es decir, principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes o implícitos en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal. Algunos de ellos, son los mismos que presiden el ejercicio del poder de verificación, es decir, las decisiones sobre la verdad procesal con las que se resuelven las incertidumbres creadas por los defectos de denotación de los supuestos típicos legales: tales como, por ejemplo, el criterio del favor rei y su corolario *in dubio pro reo*, el de la (relativa) coherencia con los precedentes jurisdiccionales y, por tanto, de la (sic) paridad de tratamiento en casos (relativamente) iguales, además, evidentemente, de todos los principios garantistas establecidos en nuestro sistema SG [Sistema Garantista] en los límites en los que son practicables. (Ferrajoli, 2018. p 173)

Extrayendo un punto relevante sobre las previsiones legales o normas positivadas reduce el lenguaje propio del derecho, el cual debería ser taxativo por naturaleza. No obstante, Hart (1961), hace una separación entre un lenguaje de concepciones jurídicas (formal) y otro lenguaje escéptico. Lo formal lo asocia con la creencia irrestricta de los sujetos ante tal o cual ley, es decir, se acata este de forma mecánica e irrefutable y lo llama silogístico. En cuanto al tema del escepticismo, para este autor hablar de reglas es un tema de mito.

En esa dualidad entre lo que se escribe en las constituciones y lo que se interpreta en la aplicación de las mismas, Hart (1961) habla de lo que es la textura abierta del lenguaje, la que corresponde con que no hay una certeza en la comunicación; en el lenguaje del juicio, lo que conlleva a dejar a interpretación al actor. En nuestro caso, la discrecionalidad del juez o del policía son discrecionalidades que, en el momento de la valoración “*in situ*” son necesarias.

Es así como entonces, a pesar de los esfuerzos y determinaciones de los legisladores para consolidar los sistemas normativos, se encontrarán normas “oscuras”, vacíos, o expresiones susceptibles de interpretación abierta; se prevé que exista la facultad de la jurisdicción (y otros funcionarios, como en nuestro caso el policía) para subsanar los múltiples problemas de regulación. Así, se espera, precisamente para que no se quede en la mera literalidad de una norma, escapando a la realidad o situación particular, que los funcionarios tengan capacidad de atender situaciones no contempladas, contempladas de forma incompleta o

reguladas de manera abierta. Los actores jurídicos que toman las decisiones son, entonces, no sólo responsables de la aplicación de las normas en forma exegética, sino también responsables políticamente de las interpretaciones que construyen cuando el derecho no ofrece una respuesta clara a un caso específico.

Queda así completamente fundada la crítica a la idea de una perfecta neutralidad del juez y de la jurista formulada durante los pasados años, sobre todo en Italia, por los sectores progresistas de la cultura jurídica. Aun, cuando un sistema penal se adhiera normativamente al modelo cognoscitivo y garantista -y veremos cuánto no lo hace el italiano-, nunca es de hecho un sistema cerrado y siempre exige, para su funcionamiento práctico, hétero-integraciones remitidas a la autonomía y la discrecionalidad del intérprete. (Ferrajoli, 2018. p 174)

Por lo tanto, podemos decir que en un sistema normativo está legitimado y es necesario la potestad dada al juez, para lograr llegar a justas valoraciones aplicadas a la razonabilidad, bajo el control de la legalidad. Aunado a ello, se entiende la discrecionalidad como una actuación válida y en principio no debiera de ser temeraria, pues cuenta con el control constitucional y legal; por el cual está sometido el juez. Perfectamente lo describe

Caldera Delgado (p428):

la discrecionalidad administrativa existe, pero ella solo puede tener cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico cuando se le interpreta a la luz del ordenamiento establecido en la Constitución, debiendo respetarse las limitaciones establecidas para el ejercicio de la soberanía; fuera del contexto no puede existir válidamente, ni ejercerse con efectos regulares una atribución que esté en conflicto con principios y preceptos contenidos en la Constitución.

Discrecionalidad de agentes de Policía, algunos casos arbitrarios

Da cuenta Ferrajoli (2008), El caso límite y dramático, se plantea cuando esa divergencia entre el nivel normativo de la legalidad y el efectivo de la realidad alcanzan la forma terrible que han vivido los regímenes militares de América latina; pero también, en los ordenamientos que respetan formalmente el principio de legalidad. El monopolio legal y judicial del uso de la violencia o de la fuerza, donde puede resultar vulnerado por los

poderes paralelos que tienen los uniformados en materia de libertades que le concede la propia ley a las fuerzas de policía para que actúen con discrecionalidad.

Ahora bien, existen dos sistemas punitivos en Italia, uno a cargo de los jueces, sometidos al estricto principio de legalidad y otro administrativo a cargo de la policía, donde puede hacer detenciones transitorias con discrecionalidad. Así lo describe:

Por un lado, tenemos un derecho penal y procesal ordinario, dominado por los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, y por las consiguientes garantías de inderogabilidad y taxatividad del hecho, predeterminación legal y determinación judicial de la medida de la pena, materialidad de la acción, concreta lesividad del resultado, culpabilidad del autor, presunción de inocencia, carga de la prueba y juicio contradictorio, así como de la motivación, publicidad, oralidad y legalidad de los procedimientos. A su lado, un derecho penal y procesal administrativo, en buena medida competencia de la policía, pero en parte también de la magistratura y en todo caso dominado por una amplia discrecionalidad administrativa. El primero es el derecho penal y procesal en el sentido propio, del que hemos hablado hasta ahora, con funciones de represión de los delitos a través de penas aplicadas post delictum por vía jurisdiccional; el segundo, no menos relevante que el primero en cuanto a incidencia sobre la libertad personal, es el derecho penal y procesal de policía, con funciones de prevención de los delitos y, más en general, de las perturbaciones del orden público, a través de medidas de defensa social ante o extra delictum aplicadas por vía administrativa a sujetos «peligrosos» o «sospechosos». Ferrajoli (2008)

Lo que según este desdoblamiento permite a la policía realizar controles y acciones que en muchos casos han extralimitado sus funciones, el uso de la fuerza, y han quebrantado derechos fundamentales, como lo exponemos en las siguientes colaciones:

Otrora en la Alemania, en la época nazi, existía una figura “legal” que condenaba el apoyo terrorista así que cualquiera que fuera catalogado por los agentes de la Gestapo o afines como un presunto terrorista, era capturado por sospecha, y en muchos casos sin derecho a un abogado defensor, y los pocos que tuvieron a ese abogado, padecieron el que cualquier intento de defensa, les era incriminado e incluso podría culparse al protector, de ser cómplice de su tutorado, es decir, que aquellos agentes nazis, además de obrar, de justificar su accionar bajo órdenes legales nacionales, poseían la discrecionalidad en medio del conflicto bélico, para determinar quién era el enemigo, quien era el opositor, quien era

judío (o cualesquiera otros pretextos pseudo-legales). Desde luego, para entrar a tomar decisiones que en su mayoría eran para el ejecutante legales, pero que a todas luces fueron arbitrarias, genocidas, xenofóbicas y deplorables desde el Derecho Internacional Humanitario. (Ruiz 2011)

Además, el juez tenía control sobre cualquier correspondencia de aquel detenido por actividad terrorista; incluso la que se pudiese cruzar con su defensor, es decir, se vulneraba el principio del secreto profesional, la privacidad y reserva entre defensor e imputado. (Ferrajoli, 2018). Pero ese juez estaba actuando desde su discrecionalidad, desde la libertad para inclinarse por tal o cual dictamen. Incluso tenían los policías vía libre para bloquear cualquier contacto del detenido con el mundo externo, y se permitía que el juicio se desarrollara sin la presencia del imputado. (Ruiz, 2011).

En un contexto de arbitrariedades análogo, vale recordar las iniquidades en Irlanda del Norte, en donde a finales de la década de los años sesenta y toda la siguiente década del setenta del siglo XX, existieron desde las figuras de “detención de la policía”, las posibilidades de ser encarcelados, por mera sospecha de ser terroristas, y se podía capturar hasta por 72 horas al aludido, de forma discrecional. Los agentes frenaban en paso, requisaban, interrogaban “ipso facto”, y decidían desde la inmediatez el llevarse a él o los detenidos a las prisiones. También aquellos agentes podían ingresar a las viviendas y edificios, de forma discrecional procedían a cerrar calles, a registrar vehículos, y hasta barcos y aviones, si con ello salvaguardaban la seguridad y el orden público. (Alonso, 2001). Las anteriores arbitrariedades bajo la mampara de la discrecionalidad.

De manera similar en Latinoamérica, hubo casos como el de la época de la dictadura de Pinochet en Chile o en Argentina; en el primero durante unos diez y ocho años (18) años, los integrantes de la policía secreta al servicio del régimen del autoritarismo, con el poder discrecional, perseguían, encarcelaban, secuestraban, y en otras ocasiones torturaron, desaparecieron y exterminaron, a miles de ciudadanos, por mera sospecha de ser opositores al régimen. (Kronbluh, 2004).

Por su parte en Argentina también han ocurrido arbitrariedades, bajo el soporte de la ley, es así como efectivos de la Policía Federal y Provincial de Argentina, en medio de acciones de identificación, de verificación de antecedentes o en correrías habituales están facultadas y

autorizadas para detener, imponer multas e incluso arrestar cualquier ciudadano sospechoso, todo en medio de una indagación penal, con un doble poder, el que les permite la ley penal y el otro discrecional, que pasa a ser en ocasiones arbitrario y pueden trasladar y retener al sujeto en mención, desde 10 horas y hasta un máximo de 24 horas, encalabozándolo en una comisaría. (Tiscornia, 2004). Esto a todas luces es un castigo que vulnera derechos como: la libertad, la movilidad y hasta el debido proceso.

Discrecionalidad de agentes de Policía y los derechos fundamentales

Para hablar de la discrecionalidad y el poder de la Policía en Colombia, necesariamente nos referimos al Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana que, como ya lo hemos mencionado anteriormente; entró en vigencia desde finales del mes de enero del año 2017, es decir, que lleva en operatividad un poco más de cuatro años y aún despierta muchas dudas e interrogantes para los actores sociales y para las mismas autoridades, debido a que algunas medidas, bajo la figura de la discrecionalidad vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos. (C-281-2017) (C-286-2017)

Los Policías poseen los llamados ‘Medios de Policía’, como unas herramientas para el cumplimiento de sus funciones y para poder aplicar medidas correctivas cuando fueren necesarias. (Ley 1801, 2016, art. 149).

Más adelante en el Código en comento se establece el ‘traslado por protección’, en el artículo 155, según el cual las autoridades podrán proceder a trasladar al afectado o a terceros, cuando la vida e integridad del sujeto corra riesgo. Para lo cual se enlistan casos en particular, como cuando el sujeto vague y transite con alteración de la conciencia por asuntos mentales, bajo efectos de consumo de sustancias alcohólicas, psicoactivas o tóxicas, y ese “(...) traslado sea el único medio disponible para evitar el riesgo a la vida o integridad de la persona o los terceros”. (Ley 1801, 2016, art. 149). Acá valdría preguntarse si los agentes agotan el debido proceso antes de trasladar al sujeto, si ellos logran interrogar y extractar respuestas del aludido y que este les de elementos para ser traslado a su casa, o donde un pariente cercano, antes de privarle por algunas horas de su libertad constitucional.

Y continúa, el artículo 155, en mención y en el párrafo 5, determina que habrá traslados por la alteración del estado de conciencia; si ese individuo estuviere bajo los efectos del consumo de bebidas alcohólicas o de sustancias psicoactivas, o incluso tóxicas. Entonces, la discrecionalidad le permitirá al agente decidir el traslado por protección al sitio que destine el ente territorial para tal, sumado a unos motivos racionales en donde ese agente de Policía soportará la decisión a tomar, desde el principio de proporcionalidad y establecerá aquellas razones objetivas según el poder que le da el cumplimiento de la norma y la discrecionalidad para realizar ese traslado por protección.

Retomando el caso de un ciudadano que presuntamente, desde el prisma de los agentes de policía estuviere bajo los efectos de bebidas alcohólicas y/o sustancias psicoactivas, si la autoridad le traslada por protección de manera discrecional, estarán amparados bajo los artículos 149 y 155 de la Ley 1801 del 2016.; según esos fundamentos, no se le estarían vulnerando derechos fundamentales como el derecho a la libertad, concepto último que para la Corte Constitucional en la Sentencia T-276, del 25 de mayo del 2016, con el expediente T – 5.256.449, y el Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, prescribe que es:

...Polivalente en el ordenamiento jurídico colombiano, pues se trata de manera simultánea de un valor, un principio y, a su vez, muchos de sus ámbitos son reconocidos como derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional” y añade que a partir del momento en que un ciudadano es privado de su libertad el Estado asumirá y será responsable íntegramente de la seguridad de este.

Desde la ética pura constitucional se pudiera estar vulnerando, por parte de los agentes de policía, el principio de legalidad, desde el debido proceso consagrado en el artículo 29 de Orden Superior, al privar al ciudadano de su libertad de manera discrecional, sin orden judicial. La misma Corte Constitucional en la Sentencia C-281 del 3 de mayo del 2017, con el expediente D-11670, y de Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, recordó que ese traslado por protección operará si no fuere posible que la persona implicada pudiese ser entregada a sus parientes, o ser llevada a un centro de salud o a su lugar de residencia. Por tanto, ahí si se llevaría al sitio de protección, pero advierte que esto solo será posible en los municipios que cuenten con los sitios adecuados para la atención y protección de aquellas personas trasladadas; en otras palabras, ese traslado por protección

sigue quedando a discrecionalidad del agente de policía, previo análisis de cada caso, en contexto, lugar persona y hora.

Además, surgen acá otras dudas ¿Es acaso el policía un toxicólogo experto que con solo mirar al sujeto sabe si va intoxicado?, si decide llevarse al individuo que estuviere bajo una tremenda ebriedad, ¿Quién y cómo determina si el amparado se deja 4, 8, o las doce horas en el lugar de estancia?, pues esas decisiones las toma el o los agentes en el momento de revisar la particularidad del ciudadano-na, las condiciones en que lo hallan, y lo dejarían si no optan por trasladarlo a otro lugar según protocolo legal. En otras palabras, se itera que es pura discrecionalidad para que acciones los agentes.

Acerca del procedimiento anterior y de esa decisión del policía, ¿cómo se defiende la persona?, pues tiene varias instancias, pero todas son *a posteriori*, ya que, en el momento del procedimiento del traslado por protección, supuestamente no estaba en condiciones de hacerlo. Hay algunas instancias como el acudir donde el Inspector de Policía de la zona que incluya el cuadrante donde ocurrieron los hechos, para lo cual deberá llevar información clara y precisa para individualizar los hechos. También la ley 1801 del 2016, en el artículo 19, erigió unos ‘Consejos de Seguridad y Convivencia y Comité Civil de Convivencia’, y allí el ciudadano podría interponer la queja o denuncia por alguna irregularidad del ejercicio de la función del o los policías que ejecutaron la medida material de trasladarlo por protección.

Los lugares para esas atenciones, y en donde funcionen esos ‘Consejos de Seguridad y Convivencia y Comité Civil de Convivencia’, según el decreto reglamentario 1284 del 2017, ya deben estar acondicionados en las instalaciones como unos ‘puntos de atención al ciudadano (PAC)’, (decreto 1284,2017, art. 2.2.8.1.1, num.1.).

Una vez observado en procedimiento y las objeciones a este por la discrecionalidad que conlleva tomar la decisión del agente de policía, resultan variadas las posturas que la institucionalidad y otros actores han mantenido sobre el asunto valorado en el presente capítulo; van desde legitimar el actuar discrecional hasta juzgar como facultades arbitrarios dichos medios de policía.

Por su parte el Ministerio del Interior realizó su intervención en la demanda de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Constitucional en Sentencia C-334 de 2017 cuando precisa lo siguiente acerca del traslado por protección:

...Para el Ministerio, deja a la discrecionalidad del servidor de policía la definición del instrumento a aplicar, lo cual puede desembocar en violaciones desproporcionadas e irrazonables del derecho a la libertad personal. La misma consideración aplica, desde su punto de vista, a los casos en los cuales se permite a la Policía definir cuándo los estados de alteración de la consciencia hacen necesaria la adopción de la medida.

En ese mismo sentido continua la intervención de la Defensoría del Pueblo en la Sentencia *ibidem*:

Considera que el artículo que la prevé revive la “retención transitoria” contenida en el antiguo Código de Policía y, aunque solucionó algunos de los problemas que, según la Sentencia C-720 de 2007, presentaba con anterioridad, sigue siendo problemática frente a la garantía de los derechos fundamentales del afectado y, por ende, es incompatible con la Constitución Política.

Es decir, tanto el Ministerio y la Defensoría del Pueblo coinciden en señalar que la aplicación del medio de policía deja al arbitrio subjetivo su aplicación o no, lo que podría conllevar a la afectación grave de los derechos fundamentales ya aludidos- libertad, debido proceso-legalidad- y que resultan siendo incompatibles con la Constitución Nacional.

Mientras que contrario a estas posturas en la citada sentencia, la Fiscalía general de la nación hace su interlocución aprobando la constitucionalidad del artículo 155:

...Así mismo, indica que, contrario a lo que señala el actor, no es cierto que el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 permita a la Policía establecer discrecionalmente cuándo una persona se encuentra en estado de indefensión o grave alteración, pues la norma precisa las circunstancias que permiten identificar esas situaciones, las cuales no quedan, entonces, al arbitrio del servidor de policía. De igual forma, la interviniente asevera que la acusación no es pertinente ni suficiente, dado que no resulta posible realizar una confrontación objetiva entre las normas constitucionales supuestamente vulneradas y el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016.

Al revisar esta postura en contraposición a las anteriores, resulta interesante dado que ataca el punto efervescente del estudio, la discrecionalidad del actuar policial, es decir que, para el ente acusador del Estado, está señalado de manera taxativa los eventos en los cuales puede predicarse el traslado y que por tanto no quedan al arbitrio del servidor. Nótese que en el mismo argumento la Fiscalía alude a la siguiente expresión: “pues la norma precisa las circunstancias *que permiten identificar esas situaciones*”. Quizás ese es el punto que se estudia, cómo puede *identificar* cada agente de policía si las personas se encuentran en uno u otra circunstancia, pues no se trata de situaciones que se dan de manera heterogéneas, es evidente que se darán variados sucesos pues denotan de los comportamientos humanos y además afectados por factores como alcohol, drogas o emociones de miedo, rabia o euforias.

Por su lado intervención del colectivo de abogados José Alvear Restrepo –CCAJAR-:

...El único cargo apto es aquel dirigido a cuestionar las disposiciones que consagran el traslado por protección, el cual respalda a partir de la transcripción de parte de la demanda que, también la propia ONG, formuló contra esa medida, dentro del expediente D-11670. El CCAJAR afirma que el traslado por protección: (i) se funda en unas causales indeterminadas, que menoscaban el principio de legalidad, (ii) vulnera la reserva judicial, pues no son las autoridades de policía quienes lo deciden y ejecutan, sin procedimientos previos ni recursos y sin las garantías del debido proceso, (iii) no se desarrolla con intervención obligatoria del Ministerio Público, de un juez o de una persona que pueda asistir a la personas trasladada, dentro de las 12 horas que puede durar la retención y (iv) tampoco se precisa el tipo de atención especializada, según la situación en la cual la persona se encuentre.

El interviniente somete el citado medio de policía a un juicio estricto de proporcionalidad, mediante el cual muestra fundamentalmente que, si bien podría tener una finalidad constitucional “legítima” a la luz de la jurisprudencia constitucional, no es idónea, pues el procedimiento de policía no tiene la entidad suficiente para solucionar la situación en la que se encuentran las personas trasladadas; no es necesaria, en la medida en que otros mecanismos de orden policivo, mucho menos invasivos que el traslado por protección, podrían lograr los mismo fines que este persigue. Por último, asevera que la medida no es

estrictamente proporcional, por cuanto se producen restricciones de los derechos a la libertad personal y, sin embargo, no conduce necesariamente a una mayor protección de los derechos de terceros o de los suyos propios.

Como conclusión, el interviniente sostiene que el traslado por protección es más una sanción encubierta que una verdadera medida de protección, en tanto viola de manera injustificada los derechos a la libertad personal, al principio de estricta legalidad y las garantías mínimas del debido proceso constitucional”

Esta intervención recoge en síntesis los aspectos fundamentales del presente estudio, pues alega que aunque el procedimiento está amparado bajo la proporcionalidad, ésta sigue siendo vulneradora de los derechos fundamentales; pues no es eficaz para salvaguardar al ciudadano que se encuentra en peligro (derecho a la integridad, salud, protección) al delimitar su libertad, pues podría acudir a otros medios como el retiro del lugar, dar aviso a un familiar entre otros y no necesariamente llevarlo al CTP.

De acuerdo a lo anterior, será necesario detenernos al análisis que sugiere el presente capítulo, al llevar la discusión sobre el derecho fundamental de la libertad.

Partiendo de la Constitución, en su artículo 28 donde define la libertad personal éste no es un derecho absoluto y la misma carta así lo erige tanto en el artículo citado como en el artículo 250, dando funciones al fiscal para realizar limitaciones a la libertad de manera excepcional; pues termina siendo admisible la restricción de la libertad para garantizar la administración de justicia.

Es en esa misma línea lo sustenta la Corte Constitucional:

El derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado. Ha precisado esta Corte:

Los derechos fundamentales, no obstante, su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.

Ahora, sin la existencia de una sentencia condenatoria, la jurisdicción penal contempla la restricción a la libertad a través de la captura y la medida de aseguramiento; en cuanto a la primera, puede darse por mandato de juez de control de garantías por solicitud de la fiscalía o de manera excepcional por dicha entidad de forma directa; también en situación de Flagrancia (artículo 301 CPP), y se comprende que existe cuando:

- La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
- Cuando se sorprende a la persona durante la comisión del delito y aprehendida por persecución o señalamiento de la víctima o un tercero.
- Se aprende con elementos, instrumentos que indique que acaba de cometer un delito
- La persona es sorprendida o individualizada y aprendida en la comisión de un delito en sitio abierto al público o privado (con consentimiento de la persona) por medio de grabaciones de video
- Se encuentre en vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar.

Se ha dispuesto que una vez se produzca la captura ya sea por orden escrita o flagrancia; la persona debe estar a disposición del juez de control de garantías inmediatamente y siempre en un plazo no mayor a las 36 horas³ siguientes desde el momento en que se realiza la aprehensión.

Esta disposición ante el juez constitucional, pretenden entonces efectuar un control de legalidad de la privación de la libertad, pero, además, cuenta con la primera oportunidad de impugnar esa restricción y salvaguardar las garantías fundamentales que le asisten. Así lo advierte la Corte Constitucional en Sentencia C-163 de 2008:

³ “Una visión sistemática de la configuración legal de la institución del control judicial de la captura, como acto material de aprehensión de la persona, en cualquiera de sus modalidades (como consecuencia de una autorización judicial previa, en virtud de la flagrancia, o en ejercicio de facultades excepcionalísimas de la Fiscalía) permite afirmar que el término de treinta y seis (36) horas establecido en las diversas disposiciones que regulan la materia tiene como propósito suministrar un límite temporal para que se lleve a cabo el control de legalidad y evitar las privaciones arbitrarias de la libertad”. Corte Constitucional-Sentencia C-163/08.

Se pretende a través de este control que una autoridad competente, independiente e imparcial revise la legalidad de la privación de la libertad, con propósitos tales como (i) evaluar si concurren razones jurídicas suficientes para la restricción de la libertad; (ii) establecer si se precisa la detención antes del juicio; (iii) salvaguardar el bienestar del detenido; (iv) prevenir detenciones arbitrarias y otras eventuales afectaciones de derechos fundamentales. Mediante este procedimiento se pone a disposición de la persona privada de la libertad la primera oportunidad de impugnar la restricción de su libertad y de obtener el restablecimiento en el goce de esta prerrogativa fundamental si la detención, el arresto o la captura se han producido con desconocimiento de las garantías debidas.

También al derecho fundamental de la libertad, se encuentra limitado a través de la medida de aseguramiento dispuesta en el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, cuya finalidad es salvaguardar la protección y garantía de fines constitucionales; como son asegurar la comparecencia del procesado, la conservación de la prueba y la protección a las víctimas, aplicando los principios de necesidad, de proporcionalidad, de razonabilidad entre otros, (Castro, 2015) y el cumplimiento de la pena.

Esto quiere decir, a pesar que se ha dicho que no es un derecho absoluto, se impone unos fines constitucionales definidos y que además deberán ser demostrados ante un juez de control de garantía el cumplimiento de unos requisitos, que entre ellos es superar la insuficiencia de otras medidas que garanticen los fines constitucionales y que por consiguiente no quede otro remedio que privar de la libertad de manera preventiva o del cumplimiento de la pena.

Ello quiere decir, que el legislador reconoce el derecho fundamental a la libertad y su ligado limite, por lo que ha dispuesto que deberá ser la última opción y por ello ha creado otras alternativas tanto para limitarlo de manera preventiva como para cumplir la sanción penal; refiriéndose a las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad consignas en el artículo 307 del CPP numeral B y como las penas alternativas o sustitutivas.

Ahora, revisamos lo traído del régimen de libertad en materia penal al caso que nos ocupa, primero existe una regulación clara y concreta para interrumpir el derecho fundamental en el ámbito penal, y es apenas obvio que en dicho estadio se da con la garantía de la estricta

legalidad y adecuado a los preceptos constitucionales, que además cuenta con un control de legalidad y unos presupuestos legales, como es el caso de la captura; pero entonces, en ese mismo sentido se espera que en el evento en que el legislador previo proteger ciertos derechos limitando la libertad personal, debió de prever las estrictas directrices que lo regularan tal cual se ha realizado en la esfera penal, dejando incluso la aplicabilidad de este medio como último recurso una vez lo haya valorado y haya encontrado que no hay otros más idóneos y menos invasivos para cumplir tal objetivo protector.

Por otro lado, la peligrosidad y sospecha; son por naturaleza incompatibles con las exigencias de la legalidad estricta, dado que escapan a una clara predeterminación legal y dejan espacios a medidas en blanco o discrecionales basadas en valoraciones tan opinables como incontrolables. De otra parte, estas medidas no se orientan solo a intereses generales legítimamente administrables por el ejecutivo, en razón de su investidura mayoritaria, sino, que inciden sobre derechos inherentes a la libertad individual, cuya limitación debería sustentarse a los poderes administrativos o mayoritarios y someterse en exclusiva a la jurisdicción que regula la materia.

Gracias a su ambigua configuración como función administrativa y auxiliar de la rama judicial; la policía escapa en resumen al monopolio penal de la violencia institucional, que en estado de derecho se reserva por una parte a la ley con los vínculos de fondo y forma, recogidos en las garantías procesales que tienen los ciudadanos y, por otra parte, existe la carencia de regulación clara por parte del legislador para la fuerza pública; como si, lo tiene la rama judicial en cabeza de los jueces, por ejemplo cuando un juez prevarica por una privación injusta de la libertad.

Conclusiones

El Código Nacional de Policía y Convivencia ciudadana, trae consigo el artículo 155 denominado traslado por protección, el cual se encuentra definido en el título I medios de policía y medidas correctivas, siendo éste un medio material (conjunto de instrumentos utilizados para el desarrollo de la función y actividad de policía).

El traslado por protección presenta garantías actuales que resultan insuficientes, pues se deja la decisión a la discrecionalidad policial, al referirse sobre los numerales abiertos, tales como “actividades peligrosas” “comportamientos temerarios” “estado de indefensión o de grave alteración”. Esta facultad del agente uniformado para realizar la valoración para definir si efectúa el traslado depende de la situación y el sujeto.

El traslado no busca afectar sino proteger, pero se confunde cuando se faculta a los policías para interpretar cada evento, pues no se encuentra alguna categoría que identifique qué se entiende por comportamientos temerarios, qué puede incidir en la determinación del agente sobre una persona que se encuentra en tal condición para concretar que se trata de una indefensión o que se encuentra en una alteración grave. Deja al arbitrio identificar aspectos médicos o toxicológicos tales como personas con discapacidad intelectual y psicosocial o embriaguez o bajo sustancias psicoactivas. Es decir que supone una completa formación del personal de policía para decidir si la persona que comporta es susceptible de la medida o si debe tener atención médica, pues esto cambiaría por completo la medida y no sería trasladado a un CTP sino a un centro médico.

Es por ello que se observa un vacío en la regulación del procedimiento tanto para definir cuáles casos en concreto podrían ser objeto del traslado y segundo sin ser menos importante la negativa de la persona en ser llevado a un centro transitorio de protección; por ejemplo, ¿qué pasa cuando una persona se rehúsa a ser trasladado por el uniformado? ¿Y aun así se insiste en efectuar el procedimiento y en efecto se realiza? ¿estaríamos ante una detención arbitraria? Se acudiría a un mecanismo constitucional, pero esté resultaría inoperante, toda vez que el lapso de la permanencia en estos centros es máximo de 12 horas, por tanto, no daría oportunidad a la necesidad de cesar esta permanencia, y cuyo mecanismo existente es posterior y no previo, como acudir ante el inspector de Policía.

En otras palabras, se requiere implementar controles administrativos que generen seguridad jurídica; tanto a los sujetos activos y como a los uniformados que no les permitan actuar de manera discrecional.

El artículo o medida es viable constitucionalmente, debiendo de ser regulado en la parte procedimental, la cual presenta problemas y/o vacíos sin regulación en la ley que no se pueden dejar a discrecionalidad del uniformado y se pueden convertir en actos arbitrarios o

que puede dejarse de aplicar porque para algún uniformado no sería meritorio de trasladarlo.

Estos actos arbitrarios pueden derivarse por desconocimiento o por la formación académica de los uniformados, en un estado social de derecho los poderes punitivos y cohesivo de la libertad deben ser sometidos a el escrutinio de un tercero imparcial para que no se presenten atropellos por parte del poder estatal y función pública que en este caso en concreto está a cargo de la policía nacional.

También se puede presentar por errada interpretación o por extralimitación, y lo más grave es que no tiene ningún tipo de recursos ordinarios, como lo son reposición, apelación o queja porque de hecho el artículo 155 cuando lo creo el legislador no desarrollo de manera adecuada la parte procedimental, es decir el andamiaje o cuales son los controles y las autoridades que deben de valorar la actuación policial en ese momento, porque pueda que se logre interponer una acción disciplinaria en contra de los uniformados pero ya se afectó el derecho consagrado en el artículo 28 de la Constitución, que es la libertad.

Además de eso afecta directamente el artículo 29 de la Carta, que es la columna vertebral de la parte procesal de todas las áreas del derecho, tanto como administrativas como judiciales, ya que este artículo existe como una garantía predicando las formas propias de cada juicio y esas son las que echamos de menos en este artículo.

Continuando con el artículo 29 dentro de las garantías que trae consigo, establece que se debe presentar pruebas y a controvertir las que se le alleguen en su contra, cómo entonces podría controvertir el medio material; el policía si no tiene recurso, porque ni tan siquiera tiene un control de una autoridad administrativa como lo es un inspector de policía, que se le exige mínimamente ser abogado.

El trabajo no pretende abolir el artículo 155 del Código de Policía, sino que exista una regulación clara como la que existe en el código penal para restringir la libertad por vía de captura o de imposición de medidas de aseguramiento. En este último es uno de los más importantes porque se analiza desde la necesidad la proporcionalidad en sentido estricto, la urgencia, adecuación y un examen de suficiencia, siendo efectuado por un juez para afectar un derecho y así admite recurso, situación que no pasa con el traslado por protección,

quedando justificado que se debe a su carácter protector existiendo en un hilo muy delgado en convertirse en una detención arbitraria dejada a la discrecionalidad del policía.

En síntesis, en este trabajo nuestro reproche va direccionado directamente al traslado a los CTP y las críticas no se dirigen a los centros de salud o cuando se entrega la persona a un familiar; porque el artículo debió decir en todo caso, y de obligatorio cumplimiento el uniformado debe de llevar al ciudadano a un centro asistencial o agotar todos los medios posibles para conseguir un familiar que se haga cargo y dejar plasmado en un informe todo lo sucedido y lo más importante la forma en la que el ciudadano puede interponer algún tipo de recurso. En el caso concreto el legislador debió delegar esa función directamente al inspector de policía para que le resuelva su situación de manera inmediata escuchando los argumentos del ciudadano, para que le garanticen el derecho a defenderse.

Referencias

- Alcaldía de Medellín. (22 de julio de 2019). Decreto 1586 de 2019. Gaceta oficial N°4616 “Por medio del cual se establece el protocolo para la ejecución del medio material de policía de traslado por protección y se imparten directrices respecto de su acatamiento”. Recuperado de https://normograma.info/medellin/normograma/docs/pdf/d_alcamed_1586_2019.pdf
- Alonso, R. (2001). Irlanda del Norte: una historia de guerra y la búsqueda de la paz. Madrid. Editorial Complutense. S.A.
- Caldera Delgado H. Límites Constitucionales de la Discrecionalidad Administrativa. Revista Chilena de Derecho. Vol 16. Chile. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649660.pdf>
- Carrillo de la Rosa Y. y Pereira Blanco M. Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 65-83. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.05>

Congreso de Colombia. (29 de julio del 2016). Ley 1801. Diario Oficial. Nro. 49949. Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Recuperado de <>

Corte Constitucional colombiana. (20 de febrero de 2008). Sentencia C-163. Expediente D-6903. Magistrado Ponente. Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-163-08.htm>

Corte Constitucional colombiana. (25 de mayo del 2016). Sentencia T-276. Expediente T – 5.256.449. el Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de < <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-276-16.htm>>

Corte Constitucional colombiana. (3 de mayo del 2017). Sentencia C-281. Expediente D-11670. Magistrado Ponente. Aquiles Arrieta Gómez. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-281-17.htm>

Corte Constitucional colombiana. (17 de mayo de 2017). Sentencia C-334. Expedientes D-11717 y 11760. Magistrado Ponente (E): José Antonio Cepeda Amarís. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-334-17.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación penal. (12 de octubre de 2016). Radicación N° 46148. AP7109-2016. Magistrado Ponente PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. Recuperado de: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO/FINES%20Y%20PRINCIPIOS/AP7109-2016\(46148\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO/FINES%20Y%20PRINCIPIOS/AP7109-2016(46148).doc).

Dworkin, R. (2019). El derecho de las libertades: La lectura moral de la Constitución Norteamericana. Lima. Palestra editores.

Ferrajoli, L. (2018). Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta. S.A.

Garat Delgado, M. P. (2016). El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica: la resolución de casos sobre derechos fundamentales. Sevilla, Spain: Athenaica Ediciones Universitarias. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unisabaneta/44637?page=24>.

Hart, H.L. (1961). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. S.A.

Kronbluh, P. (2004). *Pinochet: los archivos secretos*. Barcelona: CRÍTICA. S.L

Presidencia de la República de Colombia. (31 de julio del 2017). Decreto 1284. Diario Oficial. Nro. 50311. “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”, para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia. Recuperado de < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30032813>>

Ruiz, J. R. (2011). *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli*. Tesis doctoral. Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12523/joseroberto_ruiz_tesis.pdf>

Sánchez Gil, R. (2007). *El principio de proporcionalidad*. México, Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unisabaneta/74570?page=15>.

Segura, M. (2006). *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces

Tiscornia, S. (2004). Entre el imperio del «Estado de policía» y los límites del derecho. Seguridad ciudadana y policía en Argentina. *Nueva Sociedad*. 191. 78-89.

Yepes Gómez D. A y Álvarez Muñoz F.A. (2018) *Aplicación de Medida de Traslado por Protección contenida en el Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana en la ciudad de Cali*. Trabajo de Grado para optar el título de Abogado. Universidad Cooperativa De Colombia. Cali- Colombia