



SEGUNDA EDICIÓN

# REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DEL DISTRITO JUDICIAL  
ADMINISTRATIVO DEL META

“HACIA UN NUEVO  
CONCEPTO DEL  
DERECHO POLICIVO”



DISTRIBUCIÓN GRATUITA



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO DEL DISTRITO JUDICIAL  
ADMINISTRATIVO DEL META

SEGUNDA EDICIÓN

VILLAVICENCIO, ENERO DE 2018

"HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL DERECHO POLICIVO"

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS

ISSN: 2539-3472



## MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

CLAUDIA PATRICIA ALONSO  
Presidente  
CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO  
Vicepresidente  
TERESA HERRERA ANDRADE  
Magistrada  
HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO  
Magistrado  
NILCE BONILLA ESCOBAR  
Magistrada

## JUECES ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

CARLOS ALBERTO HUERTAS BELLO  
Juez Primero Administrativo  
LIZETH ANGELICA RICAUTE MORA  
Jueza segunda administrativa  
DIANA MARCELA RIVERA MORATO  
Jueza Tercera Administrativa  
CATALINA PINEDA BACCA  
Jueza Cuarta Administrativo  
JENNY CAROLINA RUEDA ORTIZ  
Jueza Quinta Administrativa  
GUSTAVO ADOLFO ARIZA MAECHA  
Juez sexto administrativo  
CRISTINA CUESTA BETANCOURTH  
Jueza Séptima Administrativa  
ANGELA MARIA TRUJILLO D.  
Jueza Octava Administrativa  
GLADYS TERESA HERRERA MONSALVE  
Jueza Novena Administrativa

## COMITÉ EDITORIAL

Carlos Enrique Ardila Obando – Editor  
Martha Isabel García Velásquez  
Stella Mercedes Castro Quevedo  
Sonia Patricia Cortés Zambrano  
Gladys Teresa Herrera Monsalve  
Gustavo Russi Suárez  
Claudia Patricia Alonso Pérez



## TABLA DE CONTENIDO

### PRESENTACIÓN.

Carlos Enrique Ardila Obando 8

### BREVES REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO POLICIVO EN COLOMBIA 12

Gladys Teresa Herrera Monsalve 12

### EL INGRESO A LA VIVIENDA SIN ORDEN ESCRITA DE LA LEY 1801 A LA LUZ DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

*Nilce Bonilla Escobar,*

*Andrea del Pilar Rojas Méndez,* 20

*Ricardo Mantilla Borda*

*Jhonattan Horacio Ramos Poveda* 20

### LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES FISCALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE POLICÍA: UN CAMBIO DE PARADIGMA.

Carlos Enrique Ardila Obando 36

### ¿DEBEN LOS INSPECTORES DE POLICIA ADELANTAR LAS DILIGENCIAS DE SECUESTRO Y ENTREGA POR COMISION JUDICIAL?

Octavio Augusto Tejeiro. 56

### EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. LÍMITES EN EL MARCO DE LA POLICÍA AMBIENTAL

Andrés Mauricio Briceño Chaves 62

### CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA CIUDADANA: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA INTERACCIÓN SOCIAL Y LA CULTURA CÍVICA

María Fernanda Cohecha y Daniel Vizcaino 72

### EL NUEVO CÓDIGO DE POLICÍA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Diana Fabiola Millán Suárez 82



## PRESENTACIÓN.

Carlos Enrique Ardila Obando<sup>1</sup>

Me complace tener la responsabilidad de realizar la presentación de la segunda edición de la *Revista de Derecho Público del Distrito Judicial Administrativo del Meta*, iniciativa de inquietos servidores de la Rama Judicial que en el año 2016 decidieron materializar la idea de tener una publicación en donde con rigor y libertad de expresión, servidores de la rama, profesores, estudiantes, abogados litigantes, pudieran expresar sus ideas o reflexiones sobre asuntos de Derecho Público con el fin incentivar el estudio de esta área del derecho y posicionar esta publicación no solo en el ámbito local sino también en el orden nacional.

La primera edición tuvo la fortuna de tener siete excelentes artículos, en donde jueces y académicos presentaron sus reflexiones en torno al eje temático definido para esa primera edición: *Los retos de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el pos-acuerdo*. Para esta segunda edición, el comité editorial de la revista definió como eje temático *Hacia una nueva concepción del Derecho Político*, teniendo como antecedente la reciente expedición de la Ley 1801 de 2016 que contiene el Código Nacional de Policía y Convivencia, y donde encontraran siete artículos de jueces, magistrados, profesores y por primera vez un magistrado auxiliar del Consejo de Estado y un magistrado de la Corte Suprema de Justicia realizan su aporte a esta iniciativa local que ya tiene una trascendencia nacional como esta participación lo demuestra.

La expedición del Código Nacional de Policía y Convivencia-ley 1801 de 2016- supuso actualizar un área del derecho que venía rigiéndose por una normatividad que tenía su origen en los años setenta del siglo pasado, en vigencia de la Constitución de 1886, y en un contexto social, político y jurídico muy diferente al que vivimos en la actualidad, en donde la globalización en todas sus facetas, la dogmática de los derechos fundamentales y el desarrollo de la Constitución Política de 1991 por 25 años, especialmente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, hacían necesario la expedición de este código, para adaptarlo a estas nuevas realidades, pese a lo cual y como se desarrollará en varios de los artículos que aparecen en la revista al parecer en no pocos aspectos va en contravía de estas nuevas

---

<sup>1</sup> Vicepresidente del Tribunal Administrativo del Meta y Magistrado editor de la revista.



realidades, motivos que incentivan a adentrarnos en este análisis interesante, reflexivo, y crítico que se plasma en los siete artículos de este segundo número.

En el primer artículo denominado *Breves reflexiones sobre el derecho de policía en Colombia*, nuestra Juez Gladys Teresa Herrera, nos ofrece una sugestiva reflexión sobre las limitaciones que a la libertad y con ella a la dignidad humana pilar fundamental del Estado Social de Derecho, supone una reglamentación excesiva de diversos comportamientos como prohibiciones que están sometidos a la sanción propia del nuevo Código de Policía y Convivencia, con lo cual se restringe la capacidad que como seres racionales tenemos de auto determinarnos conforme a lo ético y evitar lo que la autora denomina “cosificación del otro”.

El segundo artículo denominado *El ingreso a la vivienda sin orden escrita de la Ley 1801 a la luz del derecho a la intimidad*, los profesores Ricardo Mantilla, Andrea del Pilar Rojas, en estrecha coordinación con el estudiante Jhonattan Ramos y nuestra magistrada Nilce Bonilla, realizan un detallado estudio de lo establecido en el artículo 163 del Código de Policía y Convivencia respecto de la posibilidad que los miembros de la policía puedan ingresar a una vivienda sin orden escrita, para lo cual realizan un análisis comparativo frente a la norma que en el anterior código consagraba esta posibilidad, y diferencian esta figura del allanamiento a residencias previsto en el Código de Procedimiento Penal, complementando su artículo con un estudio de derecho comparado respecto de esta posibilidad, precisando que el objetivo de esta figura es la salvaguarda de la vida y honra de las personas, que en razón del control de constitucionalidad que la Corte Constitucional realizó requiere de un control judicial posterior.

El tercer artículo constituye una verdadera primicia jurídica-por decirlo de manera periodística-, pues en él, el recientemente nombrado magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Octavio Augusto Tejeiro, aborda un tema de su especialidad, el derecho procesal, que al parecer se vio modificado en el nuevo Código de Policía y Convivencia, que se resume en el cuestionamiento que da el título a su artículo: *¿Deben los Inspectores de Policía adelantar las diligencias de secuestro y entrega por comisión judicial?*; después de un riguroso análisis jurídico de los artículos 206 de la Ley 1801 de 2016 y 38 del Código General del Proceso, en doctrina que seguramente prohiará desde su nueva posición, se concluye que sí están obligados los inspectores de policía a realizar las diligencias de secuestro y entrega por comisión, disolviendo la aparente antinomia que una lectura rápida de estos artículos nos sugiere.

*La protección de los bienes fiscales en el nuevo Código de Policía: un cambio de paradigma*, constituye el cuarto artículo de la segunda edición de la revista a cargo de quien estas líneas

de presentación escribe, en donde se realiza un estudio descriptivo de la nueva regulación que la Ley 1801 de 2016 introdujo en la protección de los bienes fiscales, que por oposición al régimen vigente anteriormente centra su protección a través de actuaciones administrativas de policía y no por medio de actuaciones judiciales, de allí que se puede señalar que se dio un cambio de paradigma, que merece ser resaltado.

El profesor y magistrado auxiliar del Consejo de Estado, Dr. Andrés Mauricio Briceño Chaves, en su artículo denominado *El principio de precaución, límites en el marco de la policía ambiental*, nos ofrece un aparte de su investigación postdoctoral sobre el alcance del principio de precaución en sus facetas de política pública y regla jurídica en materia ambiental, que supone en este último caso, el ejercicio de una prerrogativa dentro del marco del concepto de policía administrativa que no puede constituirse en un ejercicio arbitrario, sino que exige el cumplimiento de cinco requisitos necesarios para su aplicación, de tal manera que sea compatible con el principio de seguridad jurídica.

En el sexto artículo, *Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana: Una nueva perspectiva de la interacción social y la cultura jurídica*, dos jóvenes promesas del derecho, Daniel Vizcaíno y María Fernanda Cohecha, realizan un reflexivo análisis sobre la necesidad que se tenía de actualizar el Código de Policía a una nueva realidad social, económica y jurídica, pese a lo cual la forma en que se actualizó el nuevo derecho de policía deja a los autores muchas dudas sobre su conveniencia y juridicidad, al restringir en exceso la posibilidad de los ciudadanos para autorregular su comportamiento en sociedad, por el señalamiento de múltiples contravenciones con sanciones desproporcionadas que impiden el desarrollo de una nueva ciudadanía, a través de la imposición de conductas que buscan garantizar el orden público, la convivencia, y de esta forma se desincentiva el surgimiento de una ética colectiva, además de generar el riesgo de conductas abusivas por parte de los encargados de la actividad de policía.

Por último, Diana Millán, actual Procuradora Judicial II en Bucaramanga, y fundadora de esta revista, en su artículo *El nuevo Código de Policía en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, nos realiza un análisis de las diferentes sentencias que hasta la fecha de cierre de esta edición la Corte Constitucional ha proferido en ejercicio de su facultad de decidir las demandas de constitucionalidad que contra la Ley 1801 de 2016 se han presentado, realizando una síntesis de cada una de las ocho decisiones y concluyendo de manera preliminar que no es posible tener certeza que la Corte Constitucional haya definido las diversas demandas a partir de la "especificidad propia del derecho policivo", entre otras razones, porque de muchas decisiones de la Corte tan solo se conoce el comunicado de prensa, y avizorando que corresponderá a la

jurisdicción contenciosa administrativa asumir el análisis desde esta especificidad en cada caso que sea de su conocimiento.

Para finalizar, solo me resta agradecer a todas las personas que de una u otra manera han prestado su colaboración para que esta segunda edición sea una realidad, y para que este proyecto de análisis y reflexión del derecho público siga su camino en beneficio de la comunidad jurídica de nuestro distrito, y como se indicó al inicio de esta presentación trascienda al ámbito nacional. No citaré nombres ni haré reconocimientos específicos para seguramente evitar excluir personas que con su esmero y colaboración han contribuido a este esfuerzo colectivo de muchas personas que no tiene razón diferente que el amor al conocimiento.

## BREVES REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO POLICIVO EN COLOMBIA

Gladys Teresa Herrera Monsalve<sup>2</sup>

Brief reflections on policing law in Colombia

By: Gladys Teresa Herrera Monsalve

### Resumen

El presente artículo está encaminado a presentar una reflexión crítica sobre algunos de los enunciados normativos del Código Nacional de Policía y Convivencia, adoptado a través de la Ley 1801 del 29 de julio de 2016, para ello se apoya en la idea de libertad como parte integrante del concepto de dignidad humana, el cual se elige como principio guía del Estado Social de Derecho, para luego abordar a partir de este pilar fundamental del ordenamiento jurídico Colombiano, cuál debe ser el papel del derecho de policía en las sociedades actuales, ello en razón a que dicho principio - dignidad humana - irradia todo el sistema jurídico, como se desprende del artículo primero de la Carta Política de 1991.

### Abstract:

This article is intended to present a critical reflection on some of the normative statements of the Colombian National Code of Police and Coexistence, adopted through Law 1801 of July 29, 2016, since it is based on the idea of freedom as an integral part of the concept of human dignity, which stands as a guiding principle of the Social State of Law, and then to approach from this fundamental pillar of the Colombian legal system, what should be the role of Police law in current societies, that this principle - human dignity - radiates the entire legal system, as it is clearly extracted from Article one of the Colombian Political Charter of 1991.

**Palabras claves:** Dignidad Humana, ética, moral, principios, derecho de policía.

**Keywords:** Human Dignity, ethics, morals, principles, Police law.

La temática planteada la desarrollaré a partir de la sustentación de la tesis de que el reconocimiento de la dignidad humana, en su dimensión triádica como principio-valor-derecho,

---

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, Jueza Novena Administrativa de Villavicencio. Lawyer of the Universidad Nacional de Colombia, Ninth Administrative Judge of Villavicencio.

parte de la aceptación de la capacidad de autodeterminación de las personas conforme a los postulados éticos, en consecuencia, se tornan en innecesarios, e incluso contrarios al sistema jurídico, los postulados normativos que pretendan regir los más elementales comportamientos sociales.

Para ello realizaré una aproximación, que aunque somera no deja de ser importante, al sustento de la ética como base de las libertades públicas y luego abordaré el concepto de lo digno como imperativo aplicable a todo ser humano; para finalmente arribar al análisis crítico de algunas disposiciones del Nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia.

Inicio planteando que la idea o discusión sobre la libertad en los comportamientos humanos, ha estado acompañada de la idea o discusión sobre lo ético y lo moral, precisando que siempre que se utilice la expresión "ética" me estaré refiriendo específicamente a la ética ontológica, "que trata el punto de vista de la "ética" en cuanto diferente a la moral, y es desarrollada generalmente en la actualidad con un método fenomenológico o hermenéutico. Esta es la parte sustantiva de la teoría ética, la cual se orienta a explicitar el sentido de la vida buena, ya sea fundada en una determinada concepción antropológica y metafísica o, de una manera contextualista e historicista, en relación con los valores e ideales constitutivos de la identidad de una cultura." (Zan, 2004, pág. 38)

En tanto, que cuando me refiera a la ética, siguiendo el mismo autor, deberá ser entendida como sinónimo de la ética normativa o moral, quien la define en este sentido como "el enfoque de la ética filosófica predominante en la modernidad, que se refiere a la fundamentación (y a la crítica) racional de las normas y principios morales mediante diferentes vías independientes de presupuestos ontológicos y metafísicos, como lo proponen de manera especialmente explícita las éticas procedimentales" (Zan, 2004, pág. 39)

Adentrándonos en el tema, encontramos que la noción de libertad viene a erigirse como parte del ethos social a lo largo de la historia de la humanidad, ya que desde la antigüedad se tiene evidencia de su importancia; es así como en un primer estadio del desarrollo humano, -propio de las sociedades cazadoras recolectoras-, la libertad se vislumbra en la oportunidad de poder acceder a los bienes primarios que le brindan el sustento al ser humano; posteriormente, a partir de la organización social en familias y clanes hasta el inicio de la modernidad, este concepto va a mutar, pudiendo ser leído desde su antónimo, esto es, desde la esclavitud, cuyo soporte va a estar relacionado directamente con la victoria en la batalla. Para dicho momento, la humanidad concibe que es moralmente aceptada la esclavitud, quien gana la guerra tiene el derecho legítimo de esclavizar al otro, y por ende de permanecer libre.

En las sociedades modernas, entendidas como tales, las que se rigen por los principios de la democracia, la división del poder político, el respeto por los derechos humanos, entre otros, la libertad adquiere de un lado, la dimensión de derecho universal, y de otro lado, pasa a constituir el refuerzo del poder político, en la medida que el Estado, va a sostenerse en cuanto garantice la libertad de sus coasociados, protección cuyo límite va a estar dado únicamente por el respeto a la gama de derechos reconocidos a los demás conciudadanos, de esta forma vemos cómo el concepto de libertad siempre ha estado asociado a la ética normativa o a la moral imperante en cada época.

En la postmodernidad, lo ético adquiere aún mayor relevancia, pues se debe responder a exigencias universales de autonomía y de inviolabilidad, hoy conocidas con el nombre de derechos humanos (Garizábal, 1997), dentro de los cuales se encuentra el derecho a la libertad, en todas sus dimensiones, que se desarrolla y realiza en un contexto cada vez más universal e incluyente, en la que el concepto de libertad ha adquirido unas connotaciones de suma importancia, que en últimas determina lo esencial de lo humano.

Autores como (Savater, 2010), abordan la capacidad de autodeterminación propia de la especie humana, refiriendo que la libertad es de la esencia del ser humano, al afirmar que tendremos que aprender a elegir por nosotros mismos, dado que no hay más remedio para ser hombres y no borregos (Savater, 2010, p. 53)<sup>3</sup>, expresión que nos está informando que de la esencia de la humanidad es la libertad; dado que, si bien es cierto, han de existir premisas jurídicas que de uno u otro modo inciden en nuestro comportamiento individual y social, en la medida que como seres sociales estamos destinados a vivir en comunidad; no es menos cierto, que como seres racionales, capaces de auto determinación, podemos y debemos asumir comportamientos sociales adecuados, es decir, acordes a nuestra condición de humanos.

Dentro de esa gama de principios socialmente aceptados en Colombia, tenemos la dignidad humana como fundante del Estado Social de Derecho, conforme expresamente lo señala el artículo 1° Constitucional por lo que es válido preguntarnos: ¿Qué implica este reconocimiento? Su respuesta va a enmarcarse, en primer lugar, en la aceptación de la idea universal de que, como seres pensantes, los humanos poseemos la capacidad de auto determinarnos, tanto individualmente como colectivamente, en búsqueda del bien común; en segundo lugar, es el

---

<sup>3</sup> Aquí debo aclarar que si bien, se utiliza la palabra "hombre" en la cita expuesta, dicha expresión ha de ser entendida de acuerdo al principio de caridad en la comunicación, como referente de hombres y mujeres, en tanto el texto citado, tal y como lo expresa su mismo autor, no es más que un texto dirigido a adolescentes, con el fin de lograr individuos libre pensadores.

reconocimiento de que el ser humano, gracias a su autonomía, merece ser tratado como fin en sí mismo, nunca como medio para alcanzar algo.

La Corte Constitucional, ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables del concepto de dignidad humana, el primero de ellos hace relación a la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; el segundo de ellos entiende la dignidad humana como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; en tanto, que el tercero la concibe como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo. (Corte Constitucional Colombiana: 2016)

En sentencia C-143 de 2015, el alto Tribunal Constitucional, deduce que la dignidad humana se sustenta en la premisa según la cual, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo, veamos las disertaciones que nos presenta sobre el particular:

"Esta consagración se basa en la teoría iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo. Así, Kant afirma que un ser humano y generalmente todo ser racional existe como un fin en sí mismo. De esta máxima se deriva la primera formulación del Imperativo Categórico, esto es, la Fórmula de Humanidad que ordena que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona o en la persona de cualquier otro siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solo como un medio. De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo.<sup>[7]</sup>" (Sentencia C-143, 2015)

En esta misma sentencia, la Corte Constitucional es enfática en precisar que la dignidad de las personas, desde su dimensión como derecho humano, al tener un carácter absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser objeto de restricción alguna, veamos:

"Este derecho no puede ser limitado como otros derechos relativos bajo ningún argumento, en ninguna circunstancia, con base en la aplicación de doctrina

jurídica o filosófica alguna, como la denominada "doctrina del mal menor", o a partir de ninguna aplicación *exceptiva*, como si lo pueden ser en forma contraria otros principios o derechos fundamentales que para su aplicación concreta pueden ser limitados a partir de un ejercicio de razonabilidad o de proporcionalidad, esto es, de ponderación con otros principios, cuando entren en colisión con ellos, puesto que no ostentan un carácter absoluto como la dignidad humana, sino relativo, y pueden ser objeto de restricciones. Por tanto, el respeto de la dignidad humana es una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades sin excepción, además, es la razón de ser, el principio y el fin último del Estado constitucional y democrático de Derecho y de su organización, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de este Alto Tribunal." (Sentencia C-143, 2015)

La dignidad humana como derecho fundamental, dijo la referida Corte Constitucional, en pronunciamiento del año 2016, equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado. (Sentencia T-291, 2016)

En este orden es claro, que desde sus tres dimensiones, pero en especial desde su concepción de derecho humano, la dignidad reconoce la posibilidad que tienen todos los seres humanos de exigir de los demás un trato acorde a su condición, relación que parte del postulado del auto reconocimiento y del reconocimiento social, es decir, de reconocer en el otro la capacidad de autodeterminarse con fundamento en su facultad de raciocinio, esto es, de pensar, actuar y decidir en armonía con la gama de valores éticos, principios, derechos, libertades y deberes que sustentan el núcleo en la cual se desenvuelve.

El reconocimiento de la autodeterminación acorde a la "ética", corresponde no solamente a la sociedad civil, sino que adicionalmente ha de ser asegurado y observado por las autoridades, tal y como lo especifica la propia Carta Política de 1991, en su artículo 2°, que enlista los principales fines del Estado Colombiano, puntualizando que la tarea de las autoridades de la República deben estar encaminadas a proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Constitución Política, 1991)



Así las cosas, el derecho de policía en las sociedades postmodernas, debe ceñirse en un todo, en primer lugar, al reconocimiento y concreción del principio-valor-derecho de la dignidad humana; y en segundo lugar, estar enfocado al respeto y garantía de los demás derechos y libertades que hacen parte del ordenamiento interno, sin que sea posible, bajo ninguna circunstancia el desconocimiento de tales postulados, so pena de su vulneración.

En este contexto, al revisar los contenidos descriptivos de la Ley 1801 de 2016, mediante la cual se promulga el actual Código de Policía y Convivencia, lo primero que observo es que se trata de un texto que contiene 243 artículos, en los cuales se regula desde los principios que rigen el derecho policivo, pasando por el establecimiento de conductas que se enuncian como atentatorias de la convivencia ciudadana, hasta el procedimiento para la imposición de sanciones, por parte de la autoridad administrativa.

Si bien, es de destacar que se haya actualizado la regulación que trata sobre la materia; he aquí el sustento de la tesis expuesta al inicio de este escrito, la profusa y minuciosa normativización de conductas relativas a la convivencia de los seres humanos excluye la capacidad de autodeterminación; lo que termina con el rompimiento o desconocimiento de la dignidad humana en su triple dimensión de principio-valor-derecho. Es decir, prácticamente se finaliza cosificando al destinatario del mandato, en tanto, se regla desde conductas claramente íntimas de los seres humanos tales como las demostraciones de afecto en público, verbi gracia, la señalada en el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley en estudio, al precisar qué tipo de expresiones afectivas no constituyen acto sexual; pasando por la reglamentación de lo atinente a las relaciones respetuosas con grupos específicos poblacionales, entre ellos, los menores de edad<sup>4</sup>, y otras más allí consagradas.

Situación ésta que incide, sin razón alguna, en el ámbito de la libertad personal, en cuanto, en la medida que sean objeto de reglamentación las actuaciones mínimas que se deben adoptar en la convivencia social, las personas pierden la capacidad de autodeterminarse de acuerdo a lo "ético"; ya que siempre estarán consultando los preceptos indicados, los cuales si bien pueden obedecer a la moral imperante en el momento, no necesariamente implica que reflejen, se reitera el ethos social, lo que conlleva la dicotomía de la obediencia o la desobediencia, en especial en sociedades en crisis de valores como la nuestra<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Asunto este por ejemplo, que se encuentra plenamente reglamentado, desde la misma Carta Política que establece los derechos de los niños, de los cuales se deriva su consecuente deber correlativo de respeto por parte de los demás miembros de la sociedad, así como en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en el cual se desarrollan se consagran las normas sustanciales y procesales para la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como los deberes de la familia, la sociedad y el estado en relación con los mismos.

<sup>5</sup> Sobre este punto volveré más adelante.

Como segundo subargumento de la tesis en construcción, tenemos que si el ser humano por definición es un ser racional, es decir, capaz de autodeterminarse en la búsqueda tanto del bien individual como el social, y que adicionalmente como ser político se rige por los postulados fundantes del pacto constitucional, en el que se encuentra condensada toda la gama de derechos de primera, segunda y tercera generación, y que adicionalmente a ello está obligado a cumplir con los deberes que le competen, estimo que más allá de la reglamentación milimétrica de los procederes que ponen en peligro o atentan contra la convivencia, lo que corresponde a las autoridades en virtud de la aplicación de los fines del Estado, en este campo, es una labor pedagógica y de implementación de infraestructura que permita la materialización de las libertades y derechos, así como el cumplimiento de los deberes sociales.

Aunado a ello, he de reiterar, que en una sociedad que atraviesa un momento de crisis social en valores éticos como la nuestra, donde para algunos es aceptable la moral según la cual; por ejemplo, está bien no ceder el puesto en el vehículo de transporte público a la persona en condición de protección especial, el atropello a la individualidad e identidad, entre otras muchas, el quehacer de las autoridades administrativas, debe estar encaminado, más allá de sancionar este tipo de prácticas contrarias a la naturaleza humana y que claramente atentan contra la convivencia social, a educar y concientizar sobre los procederes adecuados en el diario vivir, es decir, al rescate de lo ético en las relaciones humanas.

De esta manera se estaría logrando los cometidos estatales sobre la materia y adicionalmente, el derecho policivo sancionatorio, sólo entraría a operar en relación con aquellas conductas contrarias al sentido de humanidad, que sin tener la calidad de delito, pongan en real peligro o amenacen la convivencia pacífica, reduciendo de esta manera el ámbito de injerencia en la limitación de las libertades personales por parte de las autoridades administrativas, lo que minimizaría adicionalmente la proliferación normativa que con tanto arraigo se vislumbra en el ordenamiento jurídico colombiano.

Adicional a lo anterior, las conductas que sean objeto de reglamentación, al estimarse como atentatorias del fin de la convivencia pacífica, deben respetar la esfera íntima del ser humano, sin llegar a enunciados puntuales en relación con las pautas sociales, -derivadas de las expectativas que como seres humanos debemos suponer propias de nuestros congéneres-, dado que de no ser así, la humanidad cada día iría en una mayor decadencia ante la cosificación del otro y el desconocimiento de su capacidad cognitiva para asumir comportamientos acordes con su condición de ser racional.

Amén de lo anterior, es de resaltar que el Código que se adopta mediante la expedición de la Ley 1801 de 2016, regula una serie de materias que ya se encuentran plenamente reglamentadas en nuestro país, como por ejemplo, lo relativo a los menores, al ambiente, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre otros, lo cual podría llegar a generar conflictos normativos al no estar claramente determinado lo atinente a su aplicación en los casos concretos que se presenten.

Las pocas reflexiones sobre el tema que hasta aquí he expuesto, me llevan a preguntar, si nuestra sociedad está en un grado tal de decadencia, que implique de manera categórica, la reglamentación minuciosa de cada comportamiento humano, a fin de que las autoridades puedan preservar la convivencia pacífica de unos con otros, o si por el contrario, como planteo en este artículo, es suficiente con retornar a la escala de valores éticos que se derivan de la Carta fundamental que nos rige para lograr dicho cometido.

### **Referencias**

Constitución Política. (1991). Bogotá, D.C.

Garzábal, M. M.-M. (1997). Derechos Fundamentales. Bogotá, Colombia: 3R Editores.

Savater, F. (2010). Etica para Amador. Bogotá, Colombia: Cargraphics S.A.

Sentencia C-143, C-143 de 2015 (Corte Constitucional 6 de abril de 2015).

Sentencia T-291, T-291 (Corte Constitucional 2016).

Sentencia T-406, T-406 (Corte Constitucional 5 de Junio de 1992).

Zan, J. D. (2004). La ética, los derechos y la justicia. Montevideo, Uruguay: Mastergraf.

## EL INGRESO A LA VIVIENDA SIN ORDEN ESCRITA DE LA LEY 1801 A LA LUZ DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

THE RIGHT TO PRIVACY ABOUT THE POLICE POWER TO ENTRY AT HOME WITHOUT COURT ORDER.

*Nilce Bonilla Escobar<sup>6</sup>,  
Andrea del Pilar Rojas Méndez<sup>7</sup>,  
Ricardo Mantilla Borda<sup>8</sup>  
Jhonattan Horacio Ramos Poveda<sup>9</sup>*

Par la constitution anglaise, dit-il, la maison de tout citoyen anglais devient son château; non pas qu'il soit entouré de remparts ou hérissé de créneaux; il peut n'être que de paille; les vents du ciel peuvent frémir tout autour, et les éléments y entrer de toutes parts; mais le roi ne le peut pas, le roi ne l'ose pas<sup>10</sup>

Lalouel, H.L. Lalouel, H.L. (1841)

### Abstract

The National Statute of Police and Coexistence (Law 1801, 2016), allow to the Colombian National Police to entry at home without court order, therefore this paper developing the difference between to entry at home for the Colombian National Police without court order from the law 1801 and the raid house (Law 906, 2004), both laws from Colombia, because in Colombia, our Constitution always ask to court order (article 15 Constitution from Colombia), then the Law 1801 could be unconstitutional.

---

<sup>6</sup> Colombiana. Abogada, Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Administrativo, Candidata a Magister en Derecho Administrativo, Magistrada del Tribunal Administrativo de Villavicencio (Provisionalidad).

<sup>7</sup> Colombiana. Abogada, Magister en Derecho Especialista en Derecho Administrativo, Profesora investigadora vinculada al Centro de Investigaciones Sociojurídicas "Jorge Eliécer Gaitán" de la Corporación Universitaria del Meta -UNIMETA- y abogada adscrita a la Firma *Mantilla & Borda Abogados*.

<sup>8</sup> Colombiano. Abogado, Especialista en Derecho Penal, Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Penal, Senior - Partner de la Firma *Mantilla & Borda Abogados*.

<sup>9</sup> Colombiano. Abogado en formación de la Corporación Universitaria de Colombia, IDEAS y Associate-Adscrito de la Firma *Mantilla & Borda Abogados*.

<sup>10</sup>Lalouel, H.L. (1841) *Les Orateurs de la Grande-Bretagne* pg.103-104, Recuperado de: [https://books.google.com.co/books?id=CEvbZoQra98C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.co/books?id=CEvbZoQra98C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

## **Resumen**

Reflexionando sobre la facultad que le ha otorgado el Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016), a la Policía Nacional para ingresar a las viviendas sin orden escrita, se hará una aproximación a esta disposición desde su concepto, exponiendo la diferencia con el allanamiento a residencias del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Luego se abordará el tema desde el derecho comparado. Para finalmente analizarlo, a la luz del derecho a la intimidad y los principios constitucionales.

## **Palabras claves:**

Ingreso a vivienda, domicilio, allanamiento, derecho a la intimidad, control posterior, restricción arbitraria.

## **1. Introducción**

La facultad que le ha otorgado el Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016), a la Policía Nacional para ingresar a las viviendas sin orden escrita, ¿constituye un límite del derecho a la intimidad? A partir de esta cuestión se reflexionará sobre las consideraciones jurisprudenciales, académicas y sociales que se han generado respecto a su procedencia en el Derecho colombiano.

Inicialmente se hará una aproximación al concepto y características del ingreso a domicilios sin orden escrita previa, concomitantemente y con la finalidad de aclarar conceptos se procederá a exponer -a manera de parangón- éste y el allanamiento a residencias del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), abordando el tema desde el derecho comparado, para identificar, si en otros ordenamientos se otorga dicha facultad y cuáles son sus particularidades. Para finalmente analizar el tema, a la luz del derecho a la intimidad y los principios constitucionales.

Las fuentes bibliográficas se seleccionaron siguiendo un protocolo preconcebido, que comprende la consulta en bases de datos, dentro de las cuales se seleccionaron aleatoriamente los artículos publicados y la doctrina. Adicionalmente se revisó la relatoria de las altas cortes para identificar la jurisprudencia pertinente, aunado a la obligatoria consulta de las leyes.

## 2. Aproximación al concepto de ingreso a domicilio.

El rechazo de algunos sectores de la sociedad, hacia nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia ha sido notorio, tal como se evidencia, en las más de 35 demandas de constitucionalidad contra su articulado.

Entre los temas más cuestionados y discutidos jurídico-socialmente, se menciona la posible vulneración a la privacidad que podría revestir el ingreso a las viviendas con o sin orden escrita de una autoridad; tal como se puede parafrasear en la sentencia C-176 de 2007, proferida por la Corte Constitucional, al considerar la importancia de la realización del control judicial disciplinario y penal posterior al ingreso a las viviendas (domicilio).

Así mismo, llama la atención lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-212/17, pues, aunque declara exequible el artículo 163 de la Ley 1801 de 2016, determina que el nuevo código guarda silencio respecto del control judicial posterior, que es pertinente en tratándose del ingreso a la vivienda sin orden escrita de autoridad; razón por la cual exhorta al Congreso de la República para que regule la materia.

A continuación, se muestra un cuadro comparativo entre lo dispuesto por la Ley 1801 de 2016 y el Decreto 1355 de 1970 -norma derogada- entiéndase las **causales o motivos** por los cuales la policía puede ingresar a la vivienda (domicilio), sin orden escrita previa.

Ley 1801 de 2016	Decreto 1355 de 1970
<b>ARTÍCULO 163. INGRESO A INMUEBLE SIN ORDEN ESCRITA.</b> La Policía podrá penetrar en los domicilios, sin mandamiento escrito, cuando fuere de imperiosa necesidad:	<b>ARTICULO 83.-</b> La policía podrá penetrar en los domicilios, sin mandamiento escrito, cuando fuere de imperiosa necesidad:
1. Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio.	1o) Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio;
2. Para extinguir incendio o evitar su propagación o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro.	2o) Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación, o conjurar cualquier otra situación similar de peligro;
3. Para dar caza a animal rabioso o feroz.	3o) Para dar caza a animal rabioso o feroz;
4. Para proteger los bienes de personas ausentes,	4o) Para proteger los bienes de

cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas.	personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas;
5. Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de estos.	5o) Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos.
<u>6. Para proteger la vida e integridad de las personas, si en el interior del inmueble o domicilio se están manipulando o usando fuegos pirotécnicos, juegos artificiales, pólvora o globos sin el debido cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.</u>	
<u>PARAGRAFO 1o. Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible El personal uniformado de la Policía Nacional que realice un ingreso a inmueble sin orden escrita, de inmediato rendirá informe escrito a su superior, con copia al propietario, poseedor o tenedor del inmueble, donde conste la razón por la cual se realizó el ingreso. Si el propietario, poseedor o tenedor considera que no había razón para el ingreso o que se hizo de manera inapropiada, podrá informar a las autoridades competentes. En todo caso, previo al ingreso al inmueble, las personas podrán exigir la plena identificación de la autoridad a fin de evitar la suplantación, verificación a realizar mediante mecanismos provistos o aceptados por la autoridad policial</u>  <u>PARÁGRAFO 2o. El personal uniformado de la Policía Nacional, por razones propias de sus funciones, podrá ingresar sin orden escrita a un bien inmueble cuando esté abierto al público</u>  <u>(Subrayado fuera de texto)</u>	

Fuente: Texto tomado de la Ley 1801 de 2016 y del Decreto 1355 de 1970.

Cabe resaltar que el Código Nacional de Policía y de Convivencia (L. 1801), dispone que los policiales podrán ingresar a una vivienda sin orden escrita, para dar trámite a determinados procedimientos, con sujeción a un control posterior, cuando se presente alguna de las causales enumeradas.

Las adiciones y modificaciones que incluye la normatividad vigente se resumen así: (i) una nueva causal por el manejo de pirotecnia, pólvora o globos, que puedan poner en peligro la vida de

quienes estén al interior de la vivienda, (ii) La elaboración del acta, más un control por parte del superior y (iii) la posibilidad de ingresar sin orden escrita a un inmueble abierto al público.

La entrada a viviendas por parte de policiales con orden escrita proferida por los alcaldes, art 162. C. Policía<sup>11</sup>, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-223 del 20 de abril del 2017, lo que podría representar una inseguridad jurídica, pues solo existiría el procedimiento de ingreso policial a viviendas sin orden escrita bajo unas causales totalmente diferentes a las contempladas por el artículo 162. Este supuesto pierde valor frente a la disposición que contempla el artículo 28 de la carta magna cuando expresa “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia (...) ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

Lo que podría plantearse es la posibilidad de una inseguridad jurídica frente a los casos no admitidos por el artículo 163 del Código Nacional de Policial y Convivencia, para el ingreso a viviendas sin orden escrita. Es decir, el problema se enmarca en las causales diferentes que contiene el artículo 162 frente al executable artículo 163 restándole herramientas a los policiales.

La motivación de la Corte Constitucional en sentencia C-223 del 2017, descansó en los pilares de la excepcionalidad, que debe primar en las normas que permitan la limitación a derechos fundamentales autónomos, que íntimamente se relaciona, según la Corte, con el derecho a la intimidad, personal y familiar, a la libertad, la seguridad personal y la propiedad.

En consecuencia, se determinó como inexecutable dicha norma, arguyendo que las disposiciones, con las que contaban los alcaldes, **eran generales y no cumplían con el criterio de**

---

<sup>11</sup> Artículo 162. Código Nacional de Policía y Convivencia. Ingreso a inmueble con orden escrita. Los alcaldes podrán dictar mandamiento escrito para el registro de domicilios o de sitios abiertos al público, en los siguientes casos: 1. Para aprehender a persona con enfermedad mental que se encuentre en un episodio de la enfermedad de crisis o alteración que pueda considerarse peligrosa o enfermo contagioso. 2. Para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública o transgresión de las normas ambientales. 3. Para obtener pruebas, cuando existan motivos fundados, sobre la existencia de casas de juego o establecimiento que funcione contra la ley o reglamento. 4. Para practicar inspección ordenada en procedimiento de policía. 5. Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivos con el fin de prevenir accidente o calamidad, cuando existan indicios de riesgo o peligro. 6. Verificar que no exista maltrato, abuso o vulneración a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mujeres y adultos mayores y discapacitados. 7. Verificar el desarrollo de actividades económicas, comerciales, industriales, de prestación, venta o depósito de bienes o servicios contrarios a la ley o reglamento. 8. Cuando se adelante obra en un inmueble, para determinar el cumplimiento de las normas en materia de usos de suelo, obras o urbanismo. 9. En establecimientos públicos o de comercio o en inmuebles donde se estén desarrollando obras o actividades económicas, cuando se requiera practicar diligencia o prueba ordenada en un procedimiento de policía, para utilizar un medio o para ejecutar una medida correctiva de policía.



**excepcionalidad expuesto o inusual frente a la inviolabilidad constitucional de los domicilios.**

### **3. El Allanamiento a residencias del Código de Procedimiento Penal.**

Se define como el ingreso por parte de la policía judicial, producto de una orden proferida de manera escrita por un Fiscal de la Nación, con el fin de encontrar material probatorio, evidencia física o pruebas legalmente obtenidas en una vivienda.

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004<sup>12</sup> regula las excepciones al requisito de orden escrita para proceder ante registros y allanamientos por parte de la Fiscalía General de la Nación, al señalar la obligación de la policía judicial, el fiscal encargado y un juez de control de garantías, de realizar la posterior revisión de legalidad, dentro de un término hasta de 36 horas, 12 horas para presentar informe policía judicial al Fiscal contados desde la realización del registro y allanamiento, y 24 horas contadas desde que el Fiscal recibe el informe de policía judicial, **grosso modo**, y este legalice ante juez de control de garantías la mencionada diligencia (art. 237 L. 906), mediante celebración de la audiencia de control de legalidad posterior, so pena de que se alegue la violación del Debido Proceso – Derecho a la Intimidad o Privacidad, por quien tenga la calidad de tenedor, poseedor o tenga el dominio del bien objeto de la diligencia, incluso de quienes fueron objeto del procedimiento y se considere que la expectativa razonable frente a los registros y allanamientos ha sido trasgredida.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-176 del 14 de marzo del 2007, consideró:

De todas formas, cabe advertir, que en todos estos casos excepcionales de penetración al domicilio sin orden de autoridad judicial competente y de

---

<sup>12</sup> Art. 230 ley 906 de 2004: Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando: 1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro. En todo caso, la Fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia. 2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado. 3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad. En caso de los anteriores numerales la Fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia en los términos del artículo 237 de este Código.

conformidad con la ley aplicable, es necesario dejar constancia escrita de la actuación no sólo para que el juez competente pueda ejercer el control de legalidad de la actuación sino también para que se adelante el control penal y disciplinario correspondiente en casos de exceso o de abuso de poder.

De lo anterior se infiere, que el control posterior es necesario para la legitimidad misma de la acción, así como para los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en los **registros y allanamientos**.

La regulación del **allanamiento en la Ley 906 de 2004** es más específica, que la del **ingreso a viviendas del Código Nacional de Policía y Convivencia**, al ser una herramienta del sistema penal, cuya finalidad es mantener el orden público. Diferente al ingreso a vivienda, que confiere a los policiales, la facultad y **facilidad de ingresar a una vivienda para atender situaciones de inmediata reacción**, lo cual no se cumpliría, si se exigiese el requisito de orden escrita o judicial previa, en atención a la excepcionalidad e inmediatez que exige la acción, razón por la cual se recurre al control posterior, para garantizar el cumplimiento del debido proceso y el respeto a los demás derechos fundamentales y los límites que impone el derecho a la intimidad y las expectativas razonables.

#### **4. El control posterior.**

El control posterior se ha definido y caracterizado desde la doctrina y la jurisprudencia, es así como el profesor Omar Ahumada Mora<sup>13</sup>, respecto de control judicial, manifestó:

El control considera la posibilidad de que los órganos de la Administración, al ejercer sus potestades, comprometen los intereses y el patrimonio del Fisco, los que están destinados a procurar el interés general y el Bien Común, y eventualmente pueden afectar los derechos de particulares. Y precisamente, para evitar aquello, es que el ordenamiento jurídico contempla el control. (2010, p. 2)

Por otra parte, la Honorable Corte -retomando el control pos judicial-, fue enfática y analizó la imposibilidad de determinar en el actual ordenamiento jurídico, una autoridad judicial competente para la realización de dicho control, de tal manera se exhorta al Congreso de la República a legislar sobre la materia.

---

<sup>13</sup>Abogado, Magister en Derecho Administrativo.

Sin embargo, es importante esgrimir lo dispuesto por el nuevo código policial; ya que no se omite el control posterior, sino que se queda en un control meramente policial más no judicial, en donde se realiza un acta por parte de los policiales, que ingresan a las viviendas, con posterior revisión por el superior y con copia a los propietarios y poseedor o tenedor -de existir-.

Por tanto, en jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha notado la importancia de contar con un juez que haga el debido control de los ingresos a viviendas sin órdenes escritas. En un pronunciamiento reciente, la Corte exhortó al congreso a legislar sobre la materia, en un término de dos legislaturas, advirtiendo, que de no llegar a legislar en dicho tiempo, deberán los jueces de control de garantías asumir esta competencia-como lo hacen en los procesos penales por mandato constitucional (art. 250 Cons. Política) y legal (art. 230 L. 906)- lo que representaría una sobre carga para los jueces de control de garantías.

## **5. La restricción arbitraria por parte de fuerzas del Estado en el derecho comparado**

En Colombia-por regla constitucional- se encuentra restringido el ingreso arbitrario por parte de fuerzas del Estado, excepto en situaciones que medie orden escrita, proferida por la autoridad competente o en situaciones particulares como la flagrancia de un hecho punible<sup>14</sup>.

Esta disposición es parcialmente compartida en el derecho comparado. Por ejemplo, *el derecho argentino*, permite en casos de vital importancia llevar a cabo procedimientos de ingreso a residencias sin orden judicial escrita, cuando se deba evitar un mal grave a los moradores o a algún tercero, para prestar un deber de humanidad o para prestar auxilio a la justicia.<sup>15</sup> (Código penal argentino, 1984)

Por su parte, en España el artículo 18.2 de la Constitución<sup>16</sup> dispone que el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. (Constitución española., 1978).

---

<sup>14</sup>**ARTICULO 28 de la Constitución Colombiana.** Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

<sup>15</sup>**ARTICULO 152. Del Código Penal Argentino.** Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiziere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

<sup>16</sup>**Artículo 18 Derecho a la intimidad. Inviolabilidad del domicilio, Constitución Española.** 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Una particularidad del ordenamiento jurídico español en materia de intimidad del domicilio es regulada por la misma Constitución bajo tres excepciones al ingreso a viviendas sin orden escrita de una autoridad competente:

**La flagrancia delictual:** Esta flagrancia constituye la posibilidad de actuar ipso facto, en procura de evitar un daño mayor en la vida de algún morador o un tercero (artículo 18.2 de la Constitución española), desde que el daño sea consecuencia de un delito cometido en flagrancias (Const., 1978).

**Estado de sitio o de excepción:** a la luz de lo dispuesto en el artículo 55 de la carta magna española, es posible la suspensión del derecho de inviolabilidad domiciliaria, cuando por extrema necesidad se declare en estado de sitio o excepción la nación española, puesto que es la última herramienta para devolver el *status quo* de la nación, situación en la que se pueden limitar algunos derechos en busca del bien general (Const., 1978).

**Terrorismo:** España frente a la lucha contra el terrorismo, dispuso en su Constitución, la posibilidad de suspender el goce de la inviolabilidad en recintos domiciliarios cuando, los propietarios, poseedores, tenedores o simples moradores, se encuentren relacionados con investigaciones de grupos armados o elementos terroristas que puedan afectar la tranquilidad nacional (Const., 1978, art. 55).

De lo anterior se colige, que lo que motiva y permite el ingreso a la vivienda sin orden judicial escrita, es el consentimiento del morador o excepcionalmente la salvaguarda de la vida y honra de las personas que puedan ser vulneradas por la comisión de un delito, con la ejecución de los controles posteriores que implica el ejercicio de este tipo de acciones. Resaltando que, por la extralimitación de estas facultades, la autoridad podría ser investigada disciplinaria y penalmente.

## 6. Derecho a la intimidad y los principios constitucionales

A modo de introducción del concepto, se referirá el domicilio como un atributo ligado con el derecho a la intimidad, por lo que previo a tratar el tema planteado se hará una aproximación a este concepto.

La Corte Constitucional, expresó que el domicilio "(...) tiene más amplitud en la Constitución que en la ley civil. Protege, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente,

transitorio o accidental. Por ejemplo, la habitación del hotel, el camarote del barco, la casa rodante (...)” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 11 de julio de 2007, Sentencia C-519-07).

Molinario<sup>17</sup> manifiesta que: *para la ley, penal domicilio es (...) cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada. (Los Delitos. 1996, p.94)*

Por otro lado, Manuel Aragón Reyes,<sup>18</sup> en su estudio de violación de domicilios, se refiere a la relación de esta situación con el derecho a la intimidad señalando:

(...) la inviolabilidad del domicilio protege un bien jurídico que no coincide exactamente con la intimidad. Protege algo que en algunos aspectos es más amplio y en otro más restringido que la intimidad: un reducto físico inmune a la penetración de cualquiera sin el consentimiento de su titular, «privativo», pues, de ese titular, es decir, un espacio «privado» del que él, y sólo él, dispone. Por ello el domicilio es inviolable, aunque se hubiese dejado la «puerta abierta» y por ello se puede violar el domicilio por entrar dentro de él, sin permiso, para ver más cerca aun lo que en su interior se está haciendo con toda publicidad (sin ninguna intimidad, pues) detrás de unos cristales. Cosa bien distinta es la conexión que hay entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad, o entre ellos y el derecho al secreto de las comunicaciones, por ejemplo. Es claro que hay derechos próximos, sin duda. *(La Inviolabilidad del Domicilio, p.351)*

En Colombia<sup>19</sup>, ha sido amplio el avance en materia jurisprudencial, incluso estableciendo cuatro niveles de intimidad. La Honorable Corte Constitucional ha dicho en reiterada jurisprudencia:

En este contexto, el núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, **exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la**

---

<sup>17</sup> Alfredo Molinario, Los Delitos.

<sup>18</sup> Manuel Aragón Reyes. Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional de España

<sup>19</sup> **ARTICULO 15. Constitución Política de Colombia.** Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

**sociedad**, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. (Corte Constitucional, C-881/2014) *Negrilla y subrayado fuera del texto original.*

Es importante analizar, respecto del artículo 15 de la Constitución, donde se consagra la obligación del Estado a respetar y hacer respetar la intimidad, que estas intromisiones pueden ser permitidas siempre y cuando se den bajo modalidades excepcionales y bajo percepciones especiales, en concordancia con la inviolabilidad arbitraria de los domicilios (art 28 C. Pol.), teniendo en cuenta justamente que es el domicilio, donde normalmente se materializan dichos derechos.

De esta manera, en los argumentos esgrimidos, se encuentra la calidad de derecho no absoluto del que goza la disposición que impide el ingreso a viviendas sin orden escrita del artículo 28 de la Constitución Política, tal como se infiere en el comunicado de prensa, N° 17, abril 5 de 2017 de la Corte Constitucional:

(...) El alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 28 de la Constitución Política que, a pesar de encontrarse estrechamente relacionado con otros derechos fundamentales, tales como la intimidad, la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, es un derecho constitucional autónomo. En este sentido reiteró, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el carácter no absoluto de los derechos constitucionales y, por consiguiente, precisó que se trata de un derecho que puede resultar limitado cuando el mismo entre en colisión con otros derechos o valores constitucionales, siempre y cuando se trate de una medida razonable y proporcionada. Así, en el caso bajo examen, de acuerdo con el precedente de la sentencia C-176 de 2007, se declaró la constitucionalidad del enunciado y de las cinco primeras hipótesis de acceso al domicilio sin orden judicial previa. Por su parte, la causal sexta de acceso al domicilio sin orden judicial previa, ni autorización del residente, fue sometida a un test estricto de proporcionalidad, por configurar una afectación al goce de un derecho fundamental. En este juicio se encontró que la medida perseguía una finalidad imperiosa (la protección de la vida e integridad de las personas); que el acceso al inmueble sin requerir orden judicial ni administrativa previa, ni asentimiento del residente era una medida efectivamente conducente para proteger dichos bienes jurídicos expuestos al riesgo de dichas sustancias o materiales peligrosos por esencia; que no existían otros instrumentos menos gravosos, pero igualmente

conducentes para proteger la vida y la integridad de las personas, por lo que la medida resulta constitucionalmente necesaria; y que la afectación a la inviolabilidad del domicilio se muestra estrictamente proporcionada, no sólo en razón de los evidentes beneficios que persigue, sino por su carácter excepcional y suficientemente determinado, que no permite un grado inadmisiblemente discrecional en su determinación por parte de la Policía. Por estas razones, la norma fue declarada conforme a la Constitución. (Corte Constitucional, C-212/2017)

Siguiendo lo anterior, si bien la órbita del derecho a la intimidad puede ser limitado según mandato constitucional, es menester e insoslayable que la limitación resulte de un análisis de proporcionalidad y devenga del contenido de la ley.

## 7. Conclusiones

El allanamiento y registro es una figura regulada en el Código de Procedimiento Penal, mientras que el ingreso a viviendas está regulado en el Código Nacional de Policía y Convivencia, que tiene como límite común el derecho fundamental al debido proceso y a la intimidad. Se diferencia, **por ser el primero**, un mecanismo para obtener evidencia física y material probatorio, por la posible comisión de una conducta punible, donde dichos elementos deberán primero ser presentados a un control de legalidad y constitucionalidad ante un Juez de control de Garantías, para luego ser incorporados a juicio oral y ser valorados como prueba, en procura de una condena o absolución, con fines de proceso penal. Mientras que el plurimencionado **ingreso a viviendas** sin orden escrita previa, tiene como finalidad, salvaguardar la vida y honra de las personas, facultando a la Policía Nacional para que pueda realizar dicha labor de manera inmediata. No obstante, la Corte Constitucional, denota la necesidad de un control posterior - como el que existe para los allanamientos en materia penal -, cuando declara la exequibilidad de la norma, exhortando al Congreso de la República a legislar sobre su control posterior.

Se puede colegir, que el sistema colombiano, no es el único ordenamiento que permite el ingreso al seno de la morada en situaciones plenamente definidas, pues la evolución internacional, ha marcado la posibilidad excepcional de la inviolabilidad del domicilio, en casos meramente necesarios, para cual ha definido sus criterios en normas republicanas.

Importante concluir poniendo de presente el gran reto que sobreviene para los jueces de control de garantías, pues de no legislarse sobre la materia, se verían fuertemente cargados de

elementos meramente policiales y aunque podría terminar en procesos penales, se puede decir que no sería una línea claramente constante. Por lo cual, se sugiere que dicha competencia sea atribuida a otras autoridades judiciales.

Por último, se debe reconocer la importancia que tienen tanto el allanamiento en materia penal, como el ingreso a viviendas en materia policial, pues dichas figuras jurídicas, practicadas con todo el apego a la ley, son beneficiosas para los ciudadanos, ya que aunque son de diferente naturaleza, ambas procuran la defensa de los derechos de los ciudadanos, y pretenda evitar la impunidad o ejercer una defensa (allanamiento).

## Referencias

Ahumada, O.A.M (2010). *El control jurídico de la administración pública*. Recuperado de: [http://oahumada.ublog.cl/archivos/4930/el\\_control\\_juridico\\_de\\_la.pdf](http://oahumada.ublog.cl/archivos/4930/el_control_juridico_de_la.pdf)

Ahumada-Mora O. Apuntes: EL control judicial de la administración pública. Universidad Central de Chile. Recuperado de: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:\\_9aeny1vlsoJ:oahumada.ublog.cl/archivos/4930/el\\_control\\_juridico\\_de\\_la.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_9aeny1vlsoJ:oahumada.ublog.cl/archivos/4930/el_control_juridico_de_la.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co)

Ambitojuridico.com (2017). Corte decide sobre ingreso a un inmueble sin orden escrita en el nuevo Código de Policía. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/corte-decide-sobre-ingreso-a-un-inmueble-sin-orden-escrita-en-el-nuevo-codigo-de-policia>

Aragón, M.A.R (1998). La Inviolabilidad del Domicilio. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2001827.pdf>

BETIN, T.B (2017). Recuperado de: Las demandas contra el nuevo Código de Policía, <https://www.elheraldo.co/barranquilla/las-demandas-contra-el-nuevo-codigo-de-policia-325900>.

Carrara, F.C. (1945). *'Programa del curso de derecho criminal'*, Ed. Depalma, Bs As.

Carrara, F.C. (1945). Programa del curso de derecho criminal, Ed. Depalma, Bs As.

Colombia. Rama del Poder Público. Corte Constitucional, (11 de julio del 2007). Sent.T-787 [CP Nilson Pinilla Pinilla.]



Colombia. Rama del Poder Público. Corte Constitucional, (18 de agosto del 2004). Sent.T-787 [CP Rodrigo Escobar Gil]

Colombia. Rama del Poder Público. Corte Constitucional, (20 de abril de 2017). Expediente D-11604 AC [CP Alberto Rojas Ríos]

Colombia. Rama del Poder Público. Corte Constitucional, (5 de abril de 2017). Expediente D-11630 [CP Alejandro Linares Cantillo]

Colombia. Rama del Poder Público. Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de marzo de 2007). Expediente D-6472 [CP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Colombia. Rama del Poder Público. Corte Constitucional, Sala plena (11 de julio del 2007). Expediente D-6559 [CP NILSON PINILLA PINILLA]

Congreso (1968). Ley 74. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, Civiles Y Políticos. Colombia: Rama Legislativa.

Congreso (1972). Ley 16 La convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". Colombia: Rama Legislativa.

Congreso (200). Decreto 1355. Colombia. Rama Legislativa.

Congreso (2000). Ley N° 1801. Colombia: Rama Legislativa.

Congreso (2000). Ley N° 599. Colombia: Rama Legislativa.

Congreso (2004). Ley N° 906. Colombia: Rama legislativa.

Congreso de la República de Colombia (23 de septiembre de 2004) Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. [LEY 909 DE 2004]. DO. 45.680. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14861>

Congreso de la República de Colombia (29 de febrero de 2016) Código Nacional de Policía y Convivencia. [Ley 1801 de 2016]. DO. 49.949. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1801\\_2016.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html)

Constitución Española. (1978). Madrid.

Constitución política de Colombia [Const.]. (1978). Recuperado de:  
[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html)

Corte constitucional (2017) comunicado 17. Recuperado de:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/>

Corte constitucional (2017) comunicado 21. Recuperado de:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/>

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de julio de 2007) Sentencia C-519-07 [MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional. (14 de marzo de 2007) Sentencia C-176/07. [MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-176-07.htm>

Corte Constitucional. (5 de abril de 2017) Sentencia C-212/17. [MP Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-212-17.htm>

El Universal (5 de abril de 2017). Corte condiciona Código de Policía sobre ingreso a viviendas sin orden judicial. Recuperado de:  
<http://www.eluniversal.com.co/colombia/corte-condiciona-codigo-de-policia-sobre-ingreso-viviendas-sin-orden-judicial-250290>

Federico. F.W.S. Juan. J. T Violación de domicilios y allanamientos ilegales. Recuperado de:  
[http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts.\\_150\\_a151\\_violacion\\_de\\_domicilio\\_y\\_allanamiento\\_ilegal\\_1.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts._150_a151_violacion_de_domicilio_y_allanamiento_ilegal_1.pdf)

GIL, G.E.G, (2016) *El nuevo código de Policía, ¿la gran solución o el camino a la arbitrariedad?* Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/el-nuevo-codigo-de-policia-la-gran-solucion-o-el-camino-la-arbitrariedad-229134>

Herrera, C.H. (2017). Ese Código es de Policía, no de convivencia. Recuperado de:  
<http://blogs.eltiempo.com/colombiador/2017/01/31/ese-codigo-es-de-policia-no-de-convivencia>.

Lalouel, H.L (1841) *Les Orateurs de la Grande-Bretagne* pCg.103-104, Recuperado de:  
[https://books.google.com.co/books?id=CEvbZoQra98C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.co/books?id=CEvbZoQra98C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

Ley 11.179, Código Penal Argentino. (1984). Buenos Aires.

Manuel Aragón Reyes. Catedrático de Derecho Constitucional y Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional de España

Rodríguez, B.J.P. (1981) EL Delito de Violación de Domicilio. Recuperado de: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones\\_y\\_ensayos\\_nro\\_0046-1.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0046-1.pdf)

Sánchez, A.S. (2016). Nuevo Código de Policía: ¿riesgo para la intimidad?, Recuperado de: <http://www.elcolombiano.com/colombia/nuevo-codigo-de-policia-riesgo-para-la-intimidad-BB440755>

Sevilla F.S.C(2016), Entrar en un Domicilio sin Consentimiento, Recuperado de: <http://www.mundojuridico.info/entrar-en-un-domicilio-sin-consentimiento/>

# LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES FISCALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE POLICÍA: UN CAMBIO DE PARADIGMA.

Carlos Enrique Ardila Obando<sup>20</sup>

## Palabras clave:

Bienes fiscales, protección jurídica, restitución de bienes, procedimiento policivo y actuación judicial

## Resumen:

Con la expedición de la Ley 1801 de 2016 que contiene el Código Nacional de Policía y Convivencia, se introdujeron grandes reformas a los mecanismos jurídicos de protección de los bienes fiscales, que permiten afirmar que se ha realizado un cambio de paradigma en el diseño jurídico de su protección, en cuanto ahora las principales herramientas jurídicas de protección son de orden administrativo y no judicial.

## Abstract

With the issuance of Law 1801 of 2016 containing the National Code of Police and Coexistence, major reforms were introduced to the legal mechanisms for the protection of Property owned by public entities, which allow to affirm that a paradigm change has been made in the legal design of Their protection, insofar as the main legal protection tools are now mainly administrative and not judicial.

## 1 introducción.

El objetivo del presente artículo es mostrar los cambios que introdujo el Código Nacional de Policía y Convivencia-Ley 1801 2016- en la protección de los bienes fiscales, a fin de establecer que con esta modificación normativa además de solucionar un vacío normativo y un debate jurisprudencial, se diseñó un modelo de protección que constituye un cambio de paradigma respecto de la garantía jurídica que dichos bienes tenían en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>20</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás, con especialización en derecho administrativo de la misma Universidad y en Derecho Ambiental de la Universidad Externado, Máster en Argumentación Jurídica y Derecho de Daños, actualmente es Magistrado del Tribunal Administrativo del Meta.

A efectos de realizar lo indicado en el párrafo anterior, en una primera parte en el artículo se analizará el concepto de bien fiscal, delimitando sus principales características y estableciendo los elementos definitorios de este concepto en el derecho colombiano.

Precisado lo anterior, se analizará cuales eran los mecanismos de protección jurídica que estaban previstos para la protección de los bienes fiscales con anterioridad a la expedición de la Ley 1081 de 2006 y la discusión jurídica que se suscitó en torno a los diversos planteamientos que se generaron.

Para finalizar se hará una presentación de la protección jurídica que el Código Nacional de Policía y Convivencia establece para los bienes fiscales, y el cambio de paradigma que esta nueva regulación supone, estableciendo unas conclusiones finales sobre el tema.

## **2. Los Bienes Fiscales.**

En nuestro ordenamiento jurídico ha sido el artículo 674 del Código Civil el cual ha delimitado el concepto de bien fiscal por oposición al de bien de uso público, y a partir de este precepto la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado las características de estos bienes y su alcance.

Dispone el artículo señalado:

***“ARTICULO 674. BIENES PUBLICOS Y DE USO PÚBLICO.** Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.*

*Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.*

*Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”*

A partir de esta definición, según la cual son bienes fiscales aquellos que perteneciendo a la república- entiéndase de propiedad de una entidad pública- su uso no está dispuesto para la generalidad de los habitantes, se han delimitado como características de este tipo de bienes las siguientes:

- **Son instrumentales**, en cuanto están destinados a servir como medios para el cumplimiento de las funciones de la entidad pública a la que pertenecen y por ende su uso no está dispuesto para todos los habitantes como sí acontece con los bienes de uso público.

-**Son enajenables**, es decir, están dentro del tráfico comercial y como tal pueden ser objeto de diversos negocios jurídicos tales como la compraventa, permuta, donación, entre otros, previo el cumplimiento de los requisitos que las normas del derecho privado prevén para este tipo de negocios y las normas propias del derecho administrativo en lo que corresponda.

-**Son imprescriptibles**, razón por la cual no pueden ser objeto de posesión ni de adquisición por *usucapión*, tal y como se previó por primera vez en el artículo 407 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil<sup>21</sup> y fue reiterado con total claridad en el artículo 375 del Código General del Proceso.<sup>22</sup>

No obstante lo anterior, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido dos excepciones a la imprescriptibilidad de los bienes fiscales para aquellos casos en los cuales: i) la posesión de la persona que reclama la prescripción adquisitiva se inició y término con anterioridad al 1 de julio de 1971, fecha en la cual entró a regir el Código de Procedimiento Civil; y ii) cuando el término de posesión se inició antes de la vigencia del CPC y culmina en vigor de esta norma pero con anterioridad a que la entidad pública adquiriera el dominio del bien, excepciones que han sido objeto críticas.<sup>23</sup>

-**Son embargables**, por lo que constituyen prenda de garantía de los acreedores de la entidad pública, sin embargo, tal característica de los bienes fiscales no es absoluta y por el contrario está sometida a fuertes restricciones inicialmente establecidas en el artículo 684 del CPC, hoy consagradas en el artículo 594 del Código General del Proceso.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> **“ARTÍCULO 407. DECLARACION DE PERTENENCIA.** En las demandas sobre declaración de pertenencia se aplicarán las siguientes reglas: 4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público.”

<sup>22</sup> **“ARTÍCULO 375. DECLARACIÓN DE PERTENENCIA.** En las demandas sobre declaración de pertenencia de bienes privados, salvo norma especial, se aplicarán las siguientes reglas: 4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público. El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación.”

<sup>23</sup> Ver, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/noti-131213-10-imprescriptibilidad-relativa>

<sup>24</sup> **ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES.** Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar: 3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje. Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

**-Son objeto de expropiación y de extinción de dominio**, si bien esta característica podría ser ubicada dentro del concepto de enajenabilidad, teniendo de presente que en estos supuestos no hay una *voluntariedad* es la transferencia del dominio, se decidió ubicarlas como una cualidad especial de los bienes, sumado al hecho que sobre estas características en principio existió discusión, la cual quedó zanjada cuando la jurisprudencia admitió que sobre los bienes fiscales era posible que operaran las figuras jurídicas de extinción de dominio y expropiación.<sup>25</sup>

**-Su régimen jurídico es mixto**, lo cual implica que las normas que rigen su disposición, enajenabilidad, y en general cualquier actuación sobre ellos se rigen por las normas del derecho privado y por los especiales previstas en el derecho público, especialmente por el derecho administrativo.

**-Sus mecanismos de protección y garantía son principalmente administrativos**, es decir, que es la propia administración a través de una actuación administrativa y no judicial la que dispone de los mecanismos para proteger los bienes fiscales cuando la entidad pública titular pierde el control o tenencia del mismo; no obstante, también se conservan mecanismos judiciales de protección, especialmente la acción popular.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> "4.6.15.- Sostener, a contrario sensu, que respecto de los bienes fiscales no es procedente la extinción de dominio agraria sería tanto como afirmar que ciertos bienes del Estado, por el solo hecho de su titularidad, están eximidos de satisfacer el principio de la función social de la propiedad y por tanto son portadores de un aval para ser viciosos [sic] e improductivos, una excepción carente de asidero jurídico y que, a todas luces, contraviene el espíritu y sentido del artículo 58 constitucional leído de manera sistemática con el preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º de donde se verifica el deseo de constituir una sociedad dentro de un "marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo", instituido a partir de un estado social de derecho, pluralista, dado a la prevalencia del interés general y con respeto y sujeción a la dignidad inherente al ser humano; precisamente el artículo 3º sujeta la actuación de los poderes públicos al cumplimiento de esos principios de suerte que su ejercicio sólo se justifica y puede calificarse como jurídicamente válido y legítimo cuando se encamina a hacerlos efectivos." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección b, consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá d. c., 12 de diciembre (12) de dos mil catorce (2014), radicación número: 11001-03-26-000-2008-0111-00(36251), actor: Universidad del Cauca, demandado: Unidad Nacional de Tierras rurales -unat-.

<sup>26</sup> Es necesario precisar que con anterioridad a la expedición de la Ley 1081 de 2016, los mecanismos de protección de los bienes fiscales era esencialmente de carácter judicial y este es tal vez el principal cambio introducido por la nueva ley, sobre lo cual más adelante se realizará un análisis más profundo. Para ver un análisis de los mecanismos de protección judicial de los bienes fiscales con anterioridad al Código Nacional de Policía y Convivencia ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (e), Bogotá, d.c., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), radicación número: 47001-23-31-000-2002-00443-01(31612), actor: Wilberth gustavo pareja lopez y otros, demandado: Distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta.

Algunos<sup>27</sup> han clasificado los bienes fiscales en: i) bienes fiscales adjudicables<sup>28</sup>; ii) concedibles;<sup>29</sup> iii) bienes fiscales propiamente dichos o comunes<sup>30</sup>; iv) bienes estrictamente fiscales<sup>31</sup>.

Definido el concepto y las principales características de los bienes fiscales, se hace necesario explicar cuáles eran los mecanismos de protección para este tipo de bienes con anterioridad a la expedición de la Ley 1801 de 2006.

### 3. La protección de los bienes fiscales con anterioridad a la expedición de la Ley 1801 de 2016.

Con anterioridad a la expedición de la ley 1801 de 2016, los mecanismos de protección de los bienes fiscales eran esencialmente de carácter judicial, pese a lo cual siempre existió una controversia por identificar cuáles eran las acciones procedentes para garantizar que la entidad pública no perdiera la tenencia o control de esta clase de bienes, o para recuperarla cuando se perdiera.

En efecto, el anterior de Código de Policía contenido en el decreto ley 1335 de 1970 no previó un procedimiento especial para garantizar el control y tenencia de los bienes fiscales, como sí se previó para los bienes de uso público en el artículo 130<sup>32</sup>, que ya tenía un antecedente en el artículo 1 de la decreto 640 de 1937<sup>33</sup>, lo anterior supuso que en la práctica muchas entidades recurrieran al proceso de restitución de bienes de uso público para garantizar el control y la

---

<sup>27</sup> La clasificación que se indica fue tomada de: Hernando, Urrutia Mejía, *Lanzamiento por Ocupación de Hecho*, 5 ed., Ediciones Doctrinal y Ley, 2005, Bogotá, páginas 509 y 510. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Javier Henao Hidrón, Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), consulta número: 745.

<sup>28</sup> Son los bienes fiscales que tiene el Estado para ser adjudicados a aquellas personas usen de ellos o los exploten económicamente, por ejemplo, los baldíos rurales.

<sup>29</sup> Por ejemplo, las minas que se entregan en concesión para particulares las exploten sin que existencia transferencia del dominio.

<sup>30</sup> Los dineros a disposición de las tesorerías, los impuestos, las multas.

<sup>31</sup> Edificios de oficinas públicas, escuelas, hospitales, vehículos oficiales, casas.

<sup>32</sup> **“ARTÍCULO 132.** Cuando se trate de restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el caso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición.”

<sup>33</sup> **“ARTÍCULO 1o.** Los alcaldes procederán inmediatamente a hacer que se restituyan las zonas de terreno que los particulares hayan ocupado o usurpado, en cualquier tiempo, a las vías públicas urbanas o rurales, conminándolos con multas de treinta pesos por cada mes de mora que transcurra después del término que se les conceda para cumplir dicha orden, término que no podrá pasar de dos meses, vencido el cual procederán dichos funcionarios a demoler las cercas y edificaciones y dar a las vías la anchura correspondiente, siendo los gastos por cuenta de los ocupantes de esas zonas.”



recuperación de los bienes fiscales e incluso algunos departamentos<sup>34</sup> incorporaron en sus códigos departamentales un proceso igual al de restitución de bienes de uso público para los bienes fiscales, a pesar de la evidente ilegalidad de esta posibilidad en cuanto el diseño de procesos de policía corresponde de manera exclusiva al legislador conforme al artículo 150 de la Constitución Política.

A pesar de esta distorsión de la práctica, en el año de 1995, el Ministerio de Desarrollo Económico consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre: *“¿cuál es el procedimiento que se debe seguir para la recuperación de los bienes fiscales que se encuentren en poder de terceras personas?”*

En providencia del 29 de noviembre de 1995<sup>35</sup>, la Sala de Consulta determinó que el procedimiento previsto en los artículos 130 del decreto ley 1335 de 1970 y 1 del decreto 643 de 1937 no eran aplicables para la recuperación de los bienes fiscales en la medida en que tales normas prevén como condición para la recuperación del bien que el mismo sea de uso público y por ende su ámbito de aplicación no comprende los bienes fiscales.

Definido lo anterior, la providencia indica que los mecanismos de protección de los bienes fiscales para recuperar su tenencia se concretan en dos: i) el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho y en general las acciones posesorias y de tenencia previstas en el libro II, capítulo V del Código Nacional de Policía teniendo de presente si el predio es urbano o agrario<sup>36</sup>, siempre que se presenten dentro de los términos que la norma policiva exige para la querrela; ii) en el supuesto en que los plazos para la presentación de la querrela policiva se hubieren vencido, la entidad pública debería iniciar el proceso abreviado de lanzamiento previsto en los artículos 425 y 426 del Código de Procedimiento Civil y no el proceso reivindicatorio en la medida en que este supone que el tercero es poseedor, lo cual no es posible respecto de los bienes fiscales conforme lo disponía el artículo 407 numeral 4 del C.P.C.

---

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, el Código de Policía y Convivencia Ciudadana del Meta, adoptado por la ordenanza 507 de 2002, prevé en su artículo 182 numeral 11.4 como de competencia de los alcaldes: *“11.4 de los procesos de restitución del espacio público, de bienes de uso público o **de bienes fiscales** o de propiedad del municipio o de entidades de derecho público, cuando no los hubiere delegado.”* (negrilla fuera de texto)

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Javier Henao Hidrón, Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), consulta número: 745.

<sup>36</sup> En especial el proceso a seguir era el previsto en la Ley 57 de 1905 y su decreto reglamentario 992 de 1930 que regulaba el trámite de lanzamiento por ocupación de hecho y en el caso de ser rural el trámite era el previsto en la Decreto ley 2303 de 1989.

En palabras de la providencia:

*“De manera que, inicialmente, procederán las acciones policivas, por perturbación o por despojo, según el caso. Y con posterioridad, es decir, una vez transcurrido el término de prescripción que la ley establece para el ejercicio de aquéllas, habrá que acudir ante las autoridades judiciales. Las acciones de protección jurisdiccional fueron, tradicionalmente, la posesoria y la de reivindicación o acción de dominio. Hoy en día, dotados los bienes fiscales de la prerrogativa de la imprescriptibilidad, el ocupante de hecho del bien fiscal ya no podrá alegar posesión. A lo sumo se convertirá en un mero tenedor que por ministerio de la ley está reconociendo dominio ajeno. Por ello, en sede jurisdiccional lo pertinente será el ejercicio por la entidad estatal propietaria del bien fiscal, de la acción correspondiente al proceso de lanzamiento, con fundamento en los artículos 425 y 426 del Código de Procedimiento Civil; en tratándose de bienes agrarios, el lanzamiento por ocupación de hecho compete a los juzgados agrarios como consecuencia de la creación de la jurisdicción agraria por el Decreto - ley 2303 de 1989 y lo preceptuado en sus artículos 2º, numeral 6, 3º y 8º, numeral 2.”*

En síntesis, los mecanismos de protección y recuperación de los bienes fiscales por parte de la entidad pública titular del dominio eran de naturaleza policiva y judicial<sup>37</sup> diferenciándose ostensiblemente de la protección de los bienes de uso público cuya acción era de naturaleza administrativa policiva, lo cual hacía más eficiente y eficaz la protección de estos últimos.

Si bien nada se indicó sobre la jurisdicción competente para adelantar el proceso abreviado de lanzamiento, la jurisdicción contenciosa asumía la competencia en la medida que una entidad pública reclamaba la recuperación de la tenencia y control de un bien fiscal y en consecuencia por la calidad de la parte era ella la competente para conocer de estos procesos.

Parecía que el debate estaba zanjado a partir de este concepto y en consecuencia eran estas opciones las posibilidades que el orden jurídico colombiano establecía para la protección de los bienes fiscales.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional en varias decisiones proferidas con posterioridad a la decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil, asumió posturas disímiles que no ayudaron a esclarecer el debate y por el contrario lo hicieron más incierto.

---

<sup>37</sup> Lo protección era esencialmente judicial, toda vez que los procedimientos de protección de la tenencia y posesión previstos en el decreto ley 1335 de 1970, son considerados juicios civiles de policía y en consecuencia tiene la calidad de actuaciones judiciales excluidas del control judicial de la jurisdicción contenciosa.

En sentencia T-075 de 2012, la Corte Constitucional al definir un asunto en el cual el Inspector de Policía No 1 categoría municipal “Los Mangos” de la ciudad de Cali inició un proceso de restitución de espacio público para recuperar un predio que tenía la calidad de bien fiscal, que estaba en tenencia de una persona por más de 26 años, procedió a tutelar el derecho del accionante a la vivienda digna y la confianza legítima ordenando la suspensión de la diligencia de lanzamiento hasta tanto se cumplieran las órdenes impartidas que básicamente consistían en reubicar a las personas a desalojar en un programa de vivienda del municipio, sin que la Corte Constitucional cuestionara o advirtiera la imposibilidad de recuperar un bien fiscal a través del procedimiento de restitución de bienes de uso público.

Con posterioridad en sentencia T-314 de 2012, la Corte conoció de un caso en el cual la Caja de Vivienda Popular presentó una demanda reivindicatoria con el fin de obtener la restitución de un bien inmueble ocupado desde 1974 por veinte personas y en este caso la Corte protegió los mismos derechos que en el caso anterior, y ordenó la suspensión del proceso ordinario adelantado por el Juzgado 15 Civil del Circuito, sin tampoco cuestionar si este era el camino jurídico correcto, desconociendo lo que había indicado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

No obstante, lo anterior, en esta sentencia se indicó:

*“La Sala estima que las anteriores reglas jurisprudenciales son también aplicables a los casos en los que las autoridades están en la obligación de proteger los bienes fiscales, pues, aunque por destinación no pueden equipararse a los bienes de uso público, ambos coinciden en que cumplen una “utilidad pública”, pertenecen al Estado y son inembargables, imprescriptibles e inalienables.*

*En este sentido, la obligación que tiene la administración de recuperar los bienes que le pertenecen no puede sustraerse únicamente a una categoría específica de ellos, ya que como se expuso, tanto los **de uso público como los fiscales, están destinados a la “utilidad pública”; es decir, ambos comparten esta especial connotación, pues forman parte del mismo patrimonio, lo que permite concluir que las reglas jurisprudenciales aplicables a la protección del espacio público son igualmente asimilables cuando se trata de bienes fiscales, en tanto ambos radican en cabeza del Estado y tienen objetivos idénticos, en función del servicio público.***

Las anteriores consideraciones suponen que además que las reglas del principio de confianza legítima se aplican a la recuperación de los bienes fiscales, también los mecanismos de protección deberán ser iguales en la medida en que están destinados a la “utilidad pública.”

En sentencia T-637 de 2013, la Corte amparó los derechos a la vivienda digna y ordenó la reubicación de las personas que vivían en un bien de uso público y en sus consideraciones señaló:

*“Sin embargo, los precedentes de este Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado también han precisado que las decisiones que se tomen en el curso de un proceso policivo **que se adelanta para solicitar la restitución de un bien fiscal o de un bien de uso público, no son decisiones de carácter jurisdiccional, sino de carácter administrativo que pueden ser controvertidas en la jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo.** Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que en esos casos “no hay conflicto entre dos partes que sea dirimido por la autoridad policiva, como bien puede suceder en los amparos posesorios”. Y ha establecido que en estos eventos:*

*“la Administración no actúa en ejercicio de competencias jurisdiccionales, sino como autoridad administrativa en ejercicio del poder de policía; en consecuencia, dichos actos están sometidos a control jurisdiccional, el cual se ejerce por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Finalmente, para no hacer un extenso recuento jurisprudencial, en reciente decisión que muestra que la confusión y la dicotomía que existía hasta la expedición de la Ley 1801 de 2016, la Corte Constitucional en sentencia T-544 de 2016, ordenó que la alcaldía de Yopal incorporara a las personas que iban a ser materia de desalojo en un programa de vivienda que garantice la reubicación de los accionantes.

En sus consideraciones indicó:

*“3.3. En relación con los procesos policivos de desalojo, la Corte **ha indicado que las decisiones que se tomen en el curso de un proceso para solicitar la restitución de un bien fiscal o un bien de uso público son decisiones de carácter administrativo que pueden ser controvertidas en la jurisdicción de***

**lo Contencioso- Administrativo.** *Por esta razón, la Corte ha señalado que “cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con actos administrativos adoptados por autoridades administrativas en juicios de policía de restitución de bienes de uso público, la acción de tutela es, por regla general, improcedente, debido a la existencia de otro medio de defensa judicial”. (Negrilla y subrayado propio)*

De lo antes indicado, se puede sin duda alguna concluir que para la Corte Constitucional era posible la recuperación de bienes fiscales por medio de una actuación administrativa de policía que normalmente era el proceso de restitución de bienes de uso público y aunque no se conoce sentencia donde hubiera abordado el problema jurídico planteado de manera directa, las consideraciones citadas no dejan duda alguna sobre su postura que va en contra a lo que se había precisado por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Por su parte, la sección tercera del Consejo de Estado en reciente decisión<sup>38</sup> reiteró la postura de la Sala de Consulta al indicar que la administración para recuperar los bienes fiscales cuenta con la actuación policiva de lanzamiento por ocupación de hecho y vencidos los plazos se deberá iniciar el proceso de restitución de la tenencia para lo cual citó como argumento de autoridad lo señalado en el año de 1995 por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

De manera enfática se precisó:

*“Por manera que, en principio, con el fin de recuperar sus bienes, la Administración Pública tiene a su disposición dos tipos de instrumentos policivos según la naturaleza jurídica del bien, en tratándose de bienes de uso público se podrá hacer uso del mecanismo de la restitución de bienes de uso público, mientras que si lo que se busca es recuperar un bien fiscal se habrá de acudir al mecanismo del lanzamiento por ocupación de hecho con las particularidades que se explicarán más adelante.”*

Sin embargo en esta decisión se hizo una precisión que antes la jurisprudencia no había establecido, según la cual cuando la recuperación del bien fiscal se realice a través del procedimiento de lanzamiento por ocupación de hecho, tal actuación no tiene la connotación de un juicio civil de policía y como tal excluido del control judicial de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino por el contrario al no existir dos partes en conflicto sino tan solo

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (e), Bogotá, DC., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), radicación número: 47001-23-31-000-2002-00443-01(31612), actor: Wilberth Gustavo Pareja Lopez y otros, demandado: Distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta.

la entidad pública y un particular, la actuación es de naturaleza administrativa y el acto expedido tiene control jurisdiccional ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En palabras del Consejo de Estado:

*“Sin embargo, ocurre que en el caso del lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales, la entidad territorial no actúa como un tercero frente a la parte querellada; por el contrario, dado el carácter de la protección que requieren los bienes públicos -en general, por su inclusión en el patrimonio público-, esa medida policiva, al erigirse en una prerrogativa del poder público, detenta un evidente carácter administrativo, cuyo control le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según la línea jurisprudencial antes reseñada.”*

Como fácilmente se advierte, las posturas del Consejo de Estado y la Corte Constitucional son por decir lo menos contradictorias en torno a los mecanismos jurídicos para proteger los bienes fiscales, lo que resulta sorprendente en un Estado Social de Derecho si tenemos en cuenta que estos bienes constituyen parte del patrimonio público y como tal su protección debería tener un procedimiento claro, definido y no confuso, ambiguo y discutible.

En este contexto jurídico se expidió la ley 1801 de 2016 que contiene el Código Nacional de Policía y Convivencia.

#### **4. La protección de los Bienes Fiscales en el Código Nacional de Policía y Convivencia.**

La Ley 1801 de 2016-Código Nacional de Policía y Convivencia-, introdujo varios cambios en la protección de los bienes fiscales, a tal punto que podríamos indicar que la misma constituye un cambio de paradigma respecto de la guarda de este tipo de bienes.

En primer lugar, el artículo 139 al definir el concepto de espacio público incluye dentro del mismo a los bienes fiscales, en una clara definición estipulativa de origen legal, al disponer:

**“ARTÍCULO 139. DEFINICIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO.** *Es el conjunto de muebles e inmuebles públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, áreas protegidas y de especial importancia ecológica y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, usos o afectación, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los*

*límites de los intereses individuales de todas las personas en el territorio nacional.”*

En la misma disposición, el párrafo primero define el concepto de bienes fiscales<sup>39</sup> para efectos de la comprensión del artículo, recurriendo a la clásica definición del artículo 674 del Código Civil y recogiendo de manera sintética la idea general que tanto jurisprudencia como doctrina han establecido sobre esta clase de bienes al indicar que son aquellos “*de propiedad de entidades de derecho público, cuyo uso generalmente no pertenece a todos los habitantes y sirven como medios necesarios para la prestación de las funciones y los servicios públicos.*”

La inclusión de los bienes fiscales dentro del concepto de espacio público para efectos del Código Nacional de Policía y Convivencia trae como consecuencia que la protección que este código establece para el espacio público se hace extensiva a los bienes fiscales, circunstancia que como se explicará constituye un cambio radical en los mecanismos de protección de estos bienes.

Así el artículo 140 del Código<sup>40</sup> establece los comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público, actuaciones que de recaer sobre bienes fiscales generaran las

---

<sup>39</sup> **“PARÁGRAFO 1o.** Para efectos de este Código se entiende por bienes fiscales, además de los enunciados por el artículo 674 del Código Civil, los de propiedad de entidades de derecho público, cuyo uso generalmente no pertenece a todos los habitantes y sirven como medios necesarios para la prestación de las funciones y los servicios públicos, tales como los edificios, granjas experimentales, lotes de terreno destinados a obras de infraestructura dirigidas a la instalación o dotación de servicios públicos y los baldíos destinados a la explotación económica.”

<sup>40</sup> **ARTÍCULO 140. COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS AL CUIDADO E INTEGRIDAD DEL ESPACIO PÚBLICO.** Los siguientes comportamientos son contrarios al cuidado e integridad del espacio público y por lo tanto no deben efectuarse: **1.** Omitir el cuidado y mejoramiento de las áreas públicas mediante el mantenimiento, aseo y alumbramiento de las fachadas, jardines y antejardines de las viviendas y edificaciones de uso privado. **2.** Realizar obras de construcción o remodelación en las vías vehiculares o peatonales, en parques, espacios públicos, corredores de transporte público, o similares, sin la debida autorización de la autoridad competente. **3.** Alterar, remover, dañar o destruir el mobiliario urbano o rural tales como semáforos, señalización vial, teléfonos públicos, hidrantes, estaciones de transporte, faroles o elementos de iluminación, bancas o cestas de basura. **4.** Ocupar el espacio público en violación de las normas vigentes. **5.** Ensuciar, dañar o hacer un uso indebido o abusivo de los bienes fiscales o de uso público o contrariar los reglamentos o manuales pertinentes. **6.** Promover o facilitar el uso u ocupación del espacio público en violación de las normas y jurisprudencia constitucional vigente. **7.** Consumir bebidas alcohólicas, sustancias psicoactivas o prohibidas en estadios, coliseos, centros deportivos, parques, hospitales, centros de salud y en general, en el espacio público, excepto en las actividades autorizadas por la autoridad competente. **8.** Portar sustancias prohibidas en el espacio público. **9.** Escribir o fijar en lugar público o abierto al público, postes, fachadas, antejardines, muros, paredes, elementos físicos naturales, tales como piedras y troncos de árbol, de propiedades públicas o privadas, leyendas, dibujos, graffitis, sin el debido permiso, cuando este se requiera o incumpliendo la normatividad vigente. **10.** Drenar o verter aguas residuales al espacio público, en sectores que cuentan con el servicio de alcantarillado de aguas servidas y en caso de no contar con este, hacerlo incumpliendo la indicación de las autoridades. **11.** Realizar necesidades fisiológicas en el espacio público. **12.** Fijar en espacio público propaganda, avisos o pasacalles, pancartas, pendones, vallas o banderolas, sin el debido permiso o incumpliendo las condiciones establecidas en la normatividad vigente.

sanciones que en este artículo se prevén, lo cual constituye una ampliación en el ámbito de protección de los bienes fiscales.

A título meramente ejemplificativo, resultan relevantes para explicar este nuevo modelo de protección, los comportamientos previstos en los numerales 1,5, 6 y 12, que indican:

*“1. Omitir el cuidado y mejoramiento de las áreas públicas mediante el mantenimiento, aseo y enlucimiento de las fachadas, jardines y antejardines de las viviendas y edificaciones de uso privado.*

*5. Ensuciar, dañar o hacer un uso indebido o abusivo de los bienes fiscales o de uso público o contrariar los reglamentos o manuales pertinentes.*

*6. Promover o facilitar el uso u ocupación del espacio público en violación de las normas y jurisprudencia constitucional vigente.*

*12. Fijar en espacio público propaganda, avisos o pasacalles, pancartas, pendones, vallas o banderolas, sin el debido permiso o incumpliendo las condiciones establecidas en la normatividad vigente.”*

Cualquiera de estos comportamientos que recaiga sobre un bien fiscal será objeto de la correspondiente medida correctiva a través del procedimiento policivo y no como anteriormente se debía realizar acudiendo a un juez, sumado al hecho que para estos comportamientos se diseñaron medidas correctivas que suponen obligaciones de hacer tales como: reparación o mantenimiento del inmueble, construcción, cerramiento, reparación y mantenimiento del inmueble, programa o actividad pedagógica de convivencia, remoción o destrucción de bienes.

En efecto, dentro del catálogo de medidas correctivas que el artículo 173 del Código Nacional de Policía y Convivencia diseñó, se previeron unas especiales tendientes a garantizar la protección de manera general a los bienes, y entre ellos de manera especial a los bienes fiscales, los numerales 8, 9, 10, 11, 12, 13 del señalado artículo establecen:

*“8. Construcción, cerramiento, reparación o mantenimiento de inmueble.*

*9. Remoción de bienes.*

*10. Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles.*



*11. Reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles o muebles.*

*12. Restablecimiento del derecho de servidumbre y reparación de daños materiales.*

*13. Restitución y protección de bienes inmuebles.”*

Lo anterior implica que cuando un bien fiscal sea objeto de una actuación que atente contra su integridad, tenencia o posesión, la entidad pública titular del dominio del bien podrá recurrir a la autoridad de policía, para que a través del proceso único de policía se proceda a imponer una de las medidas correctivas ya indicadas según el tipo de acción o perturbación que se esté ejecutando en contra del bien fiscal.

El legislador definió el alcance de cada una de estas medidas correctivas en los artículos 181 a 196 del Código, en especial respecto de la protección de los bienes fiscales, los artículos 188 y 190 definieron el alcance de las medidas de *reparación de daños materiales de muebles e inmuebles y restitución y protección de bienes inmuebles* en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 188. REPARACIÓN DE DAÑOS MATERIALES POR PERTURBACIÓN A LA POSESIÓN Y TENENCIA DE INMUEBLES O MUEBLES. Es la orden de Policía por medio de la cual se exige a una persona, reparar un daño material causado en un bien inmueble o mueble, sin perjuicio de los procedimientos y las acciones civiles a las que haya lugar.*

*Quien sea objeto de esta medida deberá probar su cumplimiento a la autoridad que la ordenó.*

*ARTÍCULO 190. RESTITUCIÓN Y PROTECCIÓN DE BIENES INMUEBLES. Consiste en devolver la posesión o tenencia a quien tiene el legítimo derecho sobre los bienes inmuebles de particulares, baldíos, fiscales, de uso público, área protegida y de especial importancia ecológica, bienes de empresas destinados a servicios públicos cuando hayan sido ocupadas o perturbadas por vías de hecho.”*

Nótese que, en la definición de la medida de restitución y protección de bienes inmuebles, el legislador hizo énfasis en hacer claridad que ella incluía a los bienes fiscales.

No cabe duda entonces que, a partir de la vigencia del Código Nacional de Policía y Convivencia, cuando una entidad pública pierda la tenencia o posesión de un bien fiscal deberá acudir al procedimiento policivo para recuperarlo, quedando de esta manera zanjada la discusión antes expuesta sobre si debía o no acudir al juez para obtener la restitución del bien, pues ahora la competencia recae de manera exclusiva y excluyente en las autoridades de policía.

A fin de no dejar duda alguna sobre el nuevo paradigma en la protección de los bienes fiscales, que consiste en trasladar al ámbito policivo la protección general de los mismos, el artículo 226<sup>41</sup> del nuevo código estableció que cuando se trate de la perturbación de bienes fiscales “*no existe caducidad de la acción policiva.*”, con lo cual se supera el inconveniente que se presentaba en el anterior código que exigía para la recuperación de los bienes a través del proceso de lanzamiento por ocupación de hecho que la querrela se presentara dentro de los treinta días siguientes al acto de perturbación.

La ausencia de caducidad de la acción policiva respecto a la protección de la perturbación de los bienes fiscales, trae como consecuencia que será la actuación policiva la vía jurídica adecuada para proteger y lograr la restitución de los bienes fiscales, excluyendo de esta forma el inicio de procesos de naturaleza judicial tales como el reivindicatorio o el de restitución de bienes, con lo cual como ya se precisó, la protección de los bienes fiscales se concentra en actuaciones administrativas tal y como siempre ha acontecido con los bienes de uso público.

Este cambio de paradigma puede justificarse por varios motivos:

En primer lugar, si sobre los bienes fiscales no es posible ejercer posesión y por ende solicitar la declaratoria de pertenencia en sede judicial, no tendría razón de ser que la recuperación de un bien fiscal sobre el que no es posible tal circunstancia deba realizarse ante un Juez, por el contrario, resultaría más coherente con el sistema jurídico que correspondiera a una autoridad administrativa la recuperación de esta clase de bienes tal y como quedó diseñado en el nuevo código.

---

<sup>41</sup> “ARTÍCULO 226. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. Cuando se trate de hechos de perturbación de bienes de uso público, bienes fiscales, zonas de reserva forestal, bienes de propiedad privada afectados al espacio público, bienes de las empresas de servicios públicos, o bienes declarados de utilidad pública o de interés social, cultural, arquitectónico o histórico, **no existe caducidad de la acción policiva.** La autoridad de Policía comunicará la iniciación de la actuación al personero, quien podrá pedir directamente, o por intermedio de delegado, que se le tenga como interesado en el proceso. Las medidas correctivas prescribirán en cinco (5) años, a partir de la fecha en que quede en firme la decisión de las autoridades de Policía en el proceso único de Policía.”(negrilla fuera de texto)

En segundo lugar, estando destinados los bienes fiscales a la prestación de un servicio público o al ejercicio de una función administrativa, además de constituir o integrar el patrimonio público, resulta más eficaz y eficiente entregar a una autoridad administrativa la recuperación de estos bienes que están afectos al interés público, sin perjuicio del control judicial que sobre la actuación policiva se pueda realizar.

Por último, y a fin de dar una visión general de la protección de los bienes fiscales en el Código Nacional de Policía y de Convivencia, debe indicarse que el proceso policivo que debe adelantarse para su protección y recuperación es el denominado *Proceso Verbal Abreviado*, establecido en el artículo 223, de naturaleza preponderantemente oral y que está integrado por las etapas de *iniciación de la acción, citación, audiencia pública, argumentos, conciliación, pruebas, decisión, recursos y cumplimiento de la medida*, con la idea que ser un trámite ágil y expedito, circunstancias que solo el tiempo podrá corroborar.

Respecto de la competencia para conocer de este tipo de procesos de protección a bienes fiscales, el mismo corresponde a los inspectores urbanos, rurales o corregidores, en única instancia si la medida correctiva a imponer es la de *reparación de daños materiales de bienes muebles e inmuebles*<sup>42</sup>, o en primera instancia si la medida a imponer es la *reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles* o la *restitución y protección de bienes inmuebles, diferentes a los descritos en el numeral 17 del artículo 205*<sup>43</sup>, siendo de competencia del alcalde municipal cuando no existe una autoridad especial a la cual se le haya asignado esta función tal y como lo indica el numeral 8 del artículo 205 del Código.

---

<sup>42</sup> **ARTÍCULO 206. ATRIBUCIONES DE LOS INSPECTORES DE POLICÍA RURALES, URBANOS Y CORREGIDORES.** Les corresponde la aplicación de las siguientes medidas: 5. Conocer, en única instancia, de la aplicación de las siguientes medidas correctivas: a) Reparación de daños materiales de muebles o inmuebles;"

<sup>43</sup> **ARTÍCULO 206. ATRIBUCIONES DE LOS INSPECTORES DE POLICÍA RURALES, URBANOS Y CORREGIDORES.** Les corresponde la aplicación de las siguientes medidas: 6. Conocer en primera instancia de la aplicación de las siguientes medidas correctivas:d) Reparación de daños materiales por perturbación a la posesión y tenencia de inmuebles) Restitución y protección de bienes inmuebles, diferentes a los descritos en el numeral 17 del artículo 205;

La importancia que el legislador le dio a la protección de los bienes públicos y dentro de ellos a los bienes fiscales en el nuevo código adquirió tal magnitud que en el artículo 203<sup>44</sup> previó una especial competencia de los gobernadores, según la cual en los supuestos de perturbación a la tenencia o posesión de bienes públicos o privados y a solicitud del alcalde o la persona que solicitó la protección policial y por razones de orden público que impidan adelantar el proceso policivo o ejecutar la orden de restitución, la gobernación deberá asumir el trámite del procedimiento policivo o ejecutar la orden de restitución, igual medida-asumir la competencia-deberá tomarse por el gobernador cuando la autoridad municipal no se pronuncie dentro de los términos que señale el gobierno nacional.

De manera general hemos expuesto las modificaciones que en el régimen de protección de los bienes fiscales introdujo la Ley 1801 de 2016 por la cual se expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia, con las cuales se puso en evidencia el cambio de paradigma frente a la legislación anterior.

## 5. Conclusiones.

La expedición de la Ley 1801 de 2016 introdujo grandes modificaciones en el régimen jurídico de protección de los bienes fiscales, a tal punto que no resulta exagerado indicar que tales cambios constituyen un cambio de paradigma.

En efecto, con anterioridad al Código Nacional de Policía y Convivencia la protección de los bienes fiscales oscilaba entre una protección policiva a través del proceso de lanzamiento por

---

<sup>44</sup> **“ARTÍCULO 203. COMPETENCIA ESPECIAL DEL GOBERNADOR.** En caso de actos de ocupación o perturbación por vías de hecho a la posesión o tenencia de bienes inmuebles de particulares, fiscales, de uso público, áreas protegidas y de especial importancia ecológica, de empresas de servicios públicos, de utilidad pública o de interés social, o en actividades consideradas de actividad pública o de interés social, en que a las autoridades de Policía distrital o municipal se les dificulte por razones de orden público adelantar un procedimiento policivo o ejecutar las órdenes de restitución, por solicitud del Alcalde Distrital o Municipal, o de quien solicita la intervención de la autoridad de Policía, asumirá la competencia el gobernador o su delegado, para que se proteja o restituya la posesión o tenencia del bien inmueble, o la interrupción de la perturbación de la actividad de utilidad pública o de interés social. También, ejecutará la orden de restitución de tierras ordenada por un juez, cuando por razones de orden público a la autoridad de Policía distrital o municipal se le dificulte materializarla. De igual manera, cuando el alcalde distrital o municipal, no se pronuncien dentro de los términos establecidos en las normas que para tal fin expida el Gobierno nacional, a solicitud del accionante, o de oficio, el Gobernador del Departamento o su delegado asumirá la competencia y procederá a hacer efectivo sin perjuicio de las investigaciones disciplinarias a que haya lugar, conforme al Código Disciplinario Único o las normas que lo adicionen, modifiquen o substituyan. Cuando el Gobernador del Departamento ante quien se eleva la solicitud, no asuma la competencia especial en el término establecido en las normas que para tal efecto establezca el Gobierno nacional, este asumirá la competencia a través de su delegado, y pedirá a la Procuraduría General de la Nación, las investigaciones disciplinarias pertinentes.”

ocupación de hecho o en algunos casos por el proceso de restitución de bienes de uso público y los procesos judiciales reivindicatorios o de restitución de la tenencia.

Ni la jurisprudencia del Consejo de Estado ni la Corte Constitucional fueron coincidentes en tornos a los mecanismos jurídicos de protección de los bienes fiscales, y por el contrario en algunos casos fueron contradictorias, lo cual generó una incertidumbre sobre en torno a las actuaciones que debían surtir las entidades públicas para la protección y recuperación de estos bienes.

El nuevo código zanja esta discusión y adopta con total claridad un paradigma de protección que se centra en concentrar en el proceso policivo la protección de las diversas perturbaciones que sobre la tenencia y posesión de los bienes fiscales pueda tener la entidad pública titular del dominio del mismo. Para ello, incorpora en la definición de espacio público a los bienes fiscales haciendo extensiva a estos la protección de aquél y estableciendo la no existencia de caducidad del trámite policivo cuando de la recuperación o protección de los bienes fiscales se trate, lo cual implica que será este el mecanismo idóneo de protección sin que haya lugar a acudir a la vía judicial.

Tal cambio de paradigma encuentra su fundamentación en la afectación que al interés público tienen los bienes fiscales, además de su integración al patrimonio público con lo cual las medidas policivas se convierten en las eficaces y eficientes para garantizar esta protección, sin perjuicio del control judicial posterior de la actuación policiva.

Sumado a lo anterior, no resulta coherente que la recuperación de los bienes fiscales se centrara en sede judicial, cuando sobre los mismos no es posible ejercer posesión y por ende no pueden ser objeto de adquisición por la prescripción adquisitiva del dominio.

Corresponde ahora a las autoridades hacer valer este *plus* de protección sobre los bienes fiscales, a efectos de garantizar su control y tenencia con el propósito de alcanzar el interés general que por medio de ellos se pretende obtener.

## **Referencias**

Ley 1801 de 2016, Nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, Legis, primera Edición, Bogotá, 2016.

Hernando, Urrutia Mejía, *Lanzamiento por Ocupación de Hecho*, 5 ed., Ediciones Doctrinal y Ley, 2005, Bogotá.

<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/noti-131213-10>  
imprescriptibilidad-relativa

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, (15 de febrero de 2012), sentencia T-075 de 2012, (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, (30 de abril de 2012), sentencia T-314 de 2012, (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, (13 de septiembre de 2013), sentencia T-637 de 2013, (MP Maria Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, (07 de octubre de 2016), sentencia T-544 de 2016, (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección b, consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá d. c., 12 de diciembre (12) de dos mil catorce (2014), radicación número: 11001-03-26-000-2008-0111-00(36251).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Javier Henao Hidrón, Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), consulta número: 745.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (e), Bogotá, d.c., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), radicación número: 47001-23-31-000-2002-00443-01(31612).



## ¿DEBEN LOS INSPECTORES DE POLICIA ADELANTAR LAS DILIGENCIAS DE SECUESTRO Y ENTREGA POR COMISION JUDICIAL?

Octavio Augusto Tejeiro.<sup>45</sup>

### 1. Generalidades.

Con la promulgación del nuevo Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016) entró a regir - por lo menos, en apariencia- una nueva concepción sobre la convivencia ciudadana y sus categorías de seguridad, tranquilidad, ambiente sano y salud pública, caracterizada por la necesidad de hacer prevalecer, para su satisfacción y cumplimiento, los valores de solidaridad social, tolerancia, responsabilidad, honradez, respeto, bondad, libertad, justicia, igualdad, fraternidad, lealtad, prudencia y paz, y bajo la idea de adecuar las normas a las circunstancias y a la época singular por la que atraviesan las sociedades modernas, en especial ésta llena de expectativas y de contradicciones.

Para la debida aplicación se acordó que uno es el poder de policía principal ejercido por el Congreso de la República, otro el subsidiario a cargo de las asambleas departamentales y otro el residual que corresponde a los concejos municipales, todos los cuales establecen normas de distinta índole, aunque enmarcadas dentro de ese único fin tuitivo de la convivencia ciudadana.

Igualmente, se recordó el concepto de función de policía, dirigido a hacer cumplir las disposiciones proferidas, del que se encarga el presidente de la República ora el Gobernador de Departamento ya el Alcalde Municipal, según el caso, mediante reglamentos que han de emitir para la satisfacción del objeto. Del mismo modo se enfatizó que la actividad de policía es la labor estrictamente material, y no jurídica, de concreción de las disposiciones proferidas en ejercicio del poder y de la función de policía, que deben adelantar los uniformados de la Policía Nacional a fin de preservar la convivencia y restablecerla cuando resulte alterada.

De la misma manera, en el artículo 198, dispuso que son autoridades de policía el Presidente de la República, los gobernadores, los Alcaldes Distritales o Municipales, los inspectores de Policía y los corregidores, las autoridades especiales de Policía en salud, seguridad, ambiente, minería, ordenamiento territorial, protección al patrimonio cultural, planeación, vivienda y espacio público, entre otros, así como los comandantes de estación, subestación y centros de atención inmediata de la Policía y demás personal uniformado.

---

<sup>45</sup> Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia



## 2. El problema.

El artículo 206 se destinó a señalar las atribuciones de los inspectores de Policía rurales, urbanos y corregidores y, entre ellas, en el numeral 4, indicó que deben adelantar las "...demás que les señalen la Constitución, la Ley, las ordenanzas y los acuerdos", esto es, las indicadas el inciso 3° del artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso, cuyo texto admite "...comisionar a los alcaldes y demás funcionarios de policía..." cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas o, a voces del inciso 1° del artículo 37, de medidas cautelares extraprocesales. Huelga decir, es permisible la figura siempre que no se procure confección probatoria ni cautelas extraprocesales.

Luego, en aparente antinomia, en el párrafo 1° sostuvo que los "...inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia"; esto es, pese a que están llamados a efectuar las actuaciones que les indique la Ley, entre las que se halla la comisión de origen judicial, no las deben cumplir, aunque la misma Ley lo ordene. Empero, eso sí, tal incumplimiento debe producirse "...de acuerdo con las normas especiales sobre la materia", que, como se vio, permiten la comisión de los jueces, salvo en dos eventualidades.

No es un galimatías. Es el fruto de la inicial mirada al texto legal, que de entrada autoriza pensar en algún desacierto legislativo o, cuando menos, en un descuido de redacción, dada la contrariedad que sugiere la presencia de tres frases en apariencia expresivas de ideas distintas: los inspectores tienen las funciones que determine la Ley, entre las que se halla la realización de diligencias judiciales en algunos específicos eventos, pero no están llamados a realizarlas merced a la prohibición que posteriormente la regla encarna, la que debe ser satisfecha conforme a las normas especiales sobre la materia, que autorizan la comisión para específicas diligencias judiciales. Mas, este no es el resultado único de la lectura del precepto, como en seguida se ha de ver.

Con asiento en la disposición del párrafo primero, y dejando de lado el resto normativo, ha emergido una interpretación literal según la cual está prohibido de modo absoluto que los inspectores de policía cumplan las comisiones que les hacen los jueces para efectuar diligencias de entrega y secuestro de bienes; se apoya especialmente en el texto de la norma: los inspectores "...no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces...", hermenéutica que ha servido a las administraciones municipales para intentar abandonar un conjunto de actividades consideradas extrañas a su finalidad en tanto, se afirma, pertenecen al ámbito judicial exclusivamente.

Cualquiera de estas dos posturas puede haber incurrido, como seguramente se advirtió en su momento, en yerros interpretativos originados por inadecuada expresión de ideas del legislador o en lectura incompleta del conjunto legal llamado a regular la materia. Véase.

### **3. Ligera mirada teórico constitucional.**

La función legislativa está destinada a la confección de las leyes y se agota por lo general en ella, de manera que producida la Ley ya no es el Congreso el encargado por la Constitución para la materialización de su contenido, sino que le corresponde a la función ejecutiva, que cuenta, además, con las herramientas apropiadas y necesarias, entre ellas, pero no únicamente, la fuerza pública como ejemplo mejor. La función jurisdiccional es la llamada a resolver litigios o, como expresaran los clásicos, a decir el derecho *-juris dicere-*, a proferir sentencias mediante las cuales se componen los conflictos llevados a su consideración; se termina, por lo general, con la emisión del fallo, de suerte que la concreción práctica de cada uno en línea de principio pertenece a la función ejecutiva, encargada para ese efecto por la Carta y armada con los instrumentos necesarios, entre ellos la fuerza pública como notable muestra.

La función ejecutiva, que corresponde al Presidente de la República y por ese camino a todos los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, en sus diversos niveles, es la delegada constitucionalmente para hacer efectivas las decisiones de carácter general, impersonal y abstracto que toma el Congreso y las de estirpe particular, personal y concreto que emiten los Jueces de la República, salvo aquellos casos en que uno y otros por excepción, deben satisfacer el cometido directamente.

Desde esa visión es claro que cuando el Congreso y los Jueces requieren, entre otros, la fuerza pública para llevar a cabo el destino final de cada providencia es el poder ejecutivo el llamado a "ejecutarla", en tanto es su atribución esencial, razón por la que cuenta con los medios o materiales indispensables para su imposición. Así nació el concepto de tridivisión del poder público y de colaboración armónica entre sus ramas para el logro de las finalidades del Estado.

Cuando un Juez decide, es el ejecutivo en principio el indicado para la realización de lo resuelto, pero el postulado no es absoluto, por modo que si ella fuera posible sin ese comportamiento no es menester el llamado, pero la puerta ha de estar siempre abierta para que no se trunquen ni desmejoren los derechos de los ciudadanos que puedan depender de ella, al punto que debe haber siempre la posibilidad de acudir a la rama del poder que se halle en mejores condiciones para llevarla a efecto.

Así, constitucionalmente, las inspecciones de policía, en cuanto delegadas del Alcalde para la consecución de los fines propios de convivencia ciudadana y para los de ejecución de los fallos judiciales, en orden a la colaboración armónica están vinculadas a la tarea que a ellos correspondería y deben, si les es pedido, realizar la conducta necesaria, siempre, claro está, que no se adentren a decir el derecho o, lo que es lo mismo, a resolver definitivamente los litigios, como que tal asunto es del resorte exclusivo del juzgador, lo que no obsta para que asuman decisiones transitorias indispensables para el cumplimiento de la función. Deben pues, adelantar las diligencias de secuestro y de entrega de bienes, que no suponen estrictamente función judicial sino ejecutiva y allí asumir las resoluciones que correspondan para la consecución de la finalidad.

En ese orden, cuando el párrafo 1 del artículo 206 del Código Nacional de Policía sostuvo que los inspectores de Policía "...no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces..." prohibió, con cimiento constitucional, comisionarlos para hacer tareas de carácter reservado a estos y propias de su atribución sustancial, como emitir sentencias o practicar diligencias de práctica de pruebas, pero no para el secuestro y entrega de bienes que no son labores típicamente jurisdiccionales sino ejecutivas, en la medida que tienden a cumplir ya tomadas decisiones judiciales.

Así lo deja ver el inciso 2° del artículo 38 del Código General del Proceso, al establecer que cuando "...no se trate de recepción o práctica de pruebas podrá comisionarse a los alcaldes y demás funcionarios de policía...", huelga reiterar, es lícito ordenar a esos servidores el adelantamiento de secuestros y entregas de bienes, en la medida que no constituyen recepción o práctica de pruebas, norma que se aviene perfectamente con la señalada antes si es que a aquella se le mira con el enfoque constitucional que allí anida, según fluye.

#### **4. Aspectos meramente legales.**

De otro lado, puesto que la norma en cita -párrafo del 206 del CNP- dice que los inspectores no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces "...de acuerdo con las normas especiales sobre la materia", no está diciendo cosa distinta a la que ya se expuso, pues al remitir a esas reglas para acondicionar la prohibición admite que lo ilegal es lo que ellas estimen indebido y que lo autorizado es lo que ellas autorizan. Entonces, como una de las normas especiales sobre la materia es precisamente la anunciada -artículo 38 del CGP- y ella quiere la comisión a los inspectores de policía con los límites expresados, aflora clara la conclusión que, además, tiene cabida en la Carta, según ya se dejó dicho.

Adicionalmente, como atrás se expuso, el numeral 4 del mismo artículo 206 enfatiza que a los inspectores corresponde todas las atribuciones indicadas en ese precepto, a las cuales debe sumarse las "...demás que señale la Constitución, la Ley... ...las ordenanzas y los acuerdos", aparece sin duda y por mención expresa de la misma norma, la remisión al ordenamiento superior y al legal a fin de orientar la hermenéutica en busca de las finalidades que el código procura. Si allí se manda a tales servidores a seguir la Constitución y la ley, y estas dicen que deben hacer las diligencias de secuestro y entrega de bienes pues no constituyen recepción o práctica de pruebas, y dado que no son típicamente jurisdiccionales porque no resuelven litigios de manera definitiva, es lo cierto que constituye su atribución ineludible.

## **5. Conclusiones.**

En suma, como el numeral 4 del artículo 206 del Código Nacional de Policía impone a los inspectores de policía, además de las atribuciones que en ese precepto se indican, las demás que la Ley señale, y en la ley -artículo 38 del Código General del Proceso- se dispone la comisión para adelantar diligencias distintas de las de recepción de pruebas, que lo son las de secuestro y entrega de bienes, esa se erige en atribución suya por doble referencia y por remisión expresa normativa. Igualmente, como el parágrafo del artículo 206 mencionado, muestra la prohibición de hacer diligencias jurisdiccionales conforme con las normas especiales sobre la materia, y estas -artículo 38 del Código General del Proceso- establecen la comisión siempre que no sea para practicar pruebas, como ocurre con las de secuestro y entrega de bienes, es evidente la permisión y el deber de adelantarlas. De similar manera, puesto que lo prohibido por el parágrafo es la comisión para diligencias jurisdiccionales y las de secuestro y entrega de bienes no lo son, porque son meramente ejecutivas de las judiciales, la veda no las envuelve y, por ello, están autorizadas y son obligatorias.



## EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. LÍMITES EN EL MARCO DE LA POLICÍA AMBIENTAL <sup>46</sup>

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE. LIMITS IN THE FRAMEWORK OF THE ENVIRONMENTAL POLICY

Andrés Mauricio Briceño Chaves<sup>47</sup>

**Resumen.** El principio de precaución es esencial para las decisiones administrativas en materia de policía ambiental, bien sea de control, vigilancia y seguimiento, o de sanción. No obstante, en la actualidad se ha convertido en una herramienta que puede permitir el desbordamiento de la discrecional administrativa, por lo que es razonable exponer los límites que pueden operar para ajustar las mismas al orden jurídico.

**Abstract.** The precautionary principle is essential for administrative decisions on environmental policing, whether for monitoring, surveillance and monitoring, or for sanctioning. However, at present it has become a tool that can allow the administrative discretion to overflow, reason why it is reasonable to expose the limits that can operate to adjust them to the legal order.

**Palabras clave.** Administración pública-ambiente-decisión administrativa-discrecionalidad-límites-precaución-protección-razonabilidad

### 1. El principio de precaución entre política y regla jurídica.

Se considera que el principio de precaución no es una regla jurídica, sino que se trata de una política<sup>48</sup>, que se refleja con carácter programático en las misiones o deberes que deben ser cumplidas por el Estado. Siendo esto es así, su raíz de este tipo le impone a las administraciones públicas incorporarla en las políticas de desarrollo, en sus despliegues programáticos y en la planificación de las actividades. No se agota en el ejercicio de las facultades de las

---

<sup>46</sup> Este artículo se extrae de la investigación post-doctoral realizada y sustentada en 2016, la que fue publicada como libro por la Universidad Externado de Colombia bajo el título "El principio de precaución en la sociedad de riesgos ambientales".

<sup>47</sup> Colombiano. Docente e investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Post-doctorado por las Universidades Carlos III de Madrid y Externado de Colombia (7 de abril de 2016). Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid (11 de julio de 2007). Diploma de Estudios de Avanzados en Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid (abril de 2004). Abogado de la Universidad Externado de Colombia (noviembre de 1999). Investigador de la Universidad Externado de Colombia desde 2002 y hasta la fecha. Docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia desde enero de 2008 y hasta la fecha. Profesor de pregrado, especializaciones, maestrías y doctorado en la Universidad Externado de Colombia. Par académico de las Universidades Nacional, Andes y del Norte de proyectos de investigación académico. Profesor invitado a las Universidades Carlos III de Madrid, Universidad de Alicante, Universidad de Limoges.

<sup>48</sup> AGUILAR, Susana; JORDAN, Andrew J., "Principio de precaución, políticas públicas y riesgo", en *Política y Sociedad*, V.40, No.3, 2003, p.66.

autoridades públicas ambientales, sino que transversalmente se irradia en todos los ámbitos de la administración pública.

Pero la precaución puede expresarse, también, como regla jurídica ya que posee un valor normativo en sí mismo, pese a que no esté consagrado en ningún texto normativo<sup>49</sup>. Como regla jurídica, la precaución plantea la obligación de anticiparse a la concreción de daños significativos, ya que en caso de violarse aquella intervendría el derecho de la responsabilidad patrimonial<sup>50</sup>. Como regla jurídica el principio de precaución se aprecia como herramienta de anticipación y de distribución, enfrentándose a la vocación curativa de la responsabilidad patrimonial.

En la consideración del principio de precaución como regla jurídica debe apreciarse el conjunto de pasos que deben operar: (1) aseguramiento de la existencia de los riesgos en juego; (2) estudio los datos científicos; y, (3) apreciación de las medidas de precaución a tomar para evitar la realización de los daños, lo que plantea todo un reto desde la perspectiva del ejercicio discrecional de la administración pública de acciones para su aplicación.

El principio de precaución se impone esencialmente al momento de la decisión pública. Las reglas de conducta elaboradas por los poderes públicos con fundamento en el principio de precaución no producen directamente obligaciones que tengan como destinatarios a los particulares, pero comportan un módulo diferenciado en cuanto al control de la discrecionalidad, ya que se amplían los supuestos de actuación para el Estado, teniendo como límite la razonabilidad.

El principio de precaución interesa prioritariamente a las personas públicas, teniendo en cuenta la naturaleza colectiva, nacional y universal de los riesgos. Sin embargo, cuando se trata de

---

<sup>49</sup> SHPAIRO, Scott J., *Legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p.334. (Trad., de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña; título original: "Legality"). "(...) En los casos difíciles, en que las normas primarias con pedigrí se han agotado, los jueces estadounidenses simplemente tienen una obligación jurídica de aplicar estándares extra-jurídicos. En otras palabras, el hecho de que los jueces estadounidenses tengan la obligación de aplicar normas sin pedigrí no implica que estén obligados a aplicar derecho preexistente; en lugar de ello, sencillamente tienen una obligación de ir más allá del derecho y aplicar las normas de la moral. De esta manera, cuando el tribunal en *Henningsen* aplicó el principio según el cual los fabricantes de automóviles tienen un deber de cuidado con respecto a la fabricación, publicidad y venta de sus automóviles, estaba cumpliendo con su deber jurídico de ir más allá del derecho y observar la moral para decidir el caso". Se pregunta: ¿esa es la solución cuando se aplica el principio de precaución?

<sup>50</sup> SADELEER, Nicolás de, "Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución", en GARCÍA URETA, Agustín (Coord.), *Estudios de derecho ambiental europeo*, ob., cit., p.335. "(...) Los principios de prevención y de precaución no pueden pretender que la presencia de regímenes de procedimiento de estructuras administrativas eviten siempre el fracaso. Sin embargo, estos podrían ganar consistencia a través de la responsabilidad civil: la amenaza que pesa sobre el explotador al comprometer su responsabilidad debería inducirle a incorporar comportamientos preventivos que irían más allá de lo que prevé el estricto respeto de las normas y de los procedimientos. Visto desde este ángulo, 10%:val="20si="AriaszCs u:val="20"/>

riesgos de daños graves e irreversibles, la anticipación impone la movilización de múltiples actores, lo que no obsta para afirmar que la respuesta no se encuentra solamente en el sistema normativo que resulta con frecuencia inadecuado, incompleto y poco eficaz para lograr ese objetivo anticipatorio.

## **2. Su operatividad inicial conceptual en el derecho administrativo ambiental.**

Puede que sea necesario una cuota mayor de intervención estatal, puede que el Estado acogiendo los mismos esquemas de gestión participe más activamente en estos<sup>51</sup> y, la aplicación y fomento de medidas de precaución, como pieza clave ante la degradación y destrucción ambiental fruto de los mismos, sin perjuicio de la incertidumbre subyacente.

Si bien el papel del Estado como garante y como responsable de la tutela y de derecho público del ambiente se viene instaurando, debe quedar claro que la temática ambiental, especialmente de los daños ecológicos o ambientales, y de la situación fáctica que los origina, la contaminación, no permite avanzar de manera constante e impone limitaciones en cuanto a las medidas de protección, a la aplicación de los principios de prevención y de precaución (que de entrada deben distinguirse ya que el primero tiene como base conceptual el conocimiento de la naturaleza peligrosa de la actividad y de los riesgos que en ella se pueden desencadenar, en tanto que la precaución tiene como base la incertidumbre científica y técnica hacia los riesgos y amenazas que pueden concretarse en el despliegue de actividades sujetas a aplicaciones tecnológicas, científicas o de la simple evolución en toda sociedad), en cuanto a su valoración en el evento de producirse los citados daños. Se trata del papel que juega el propio ambiente globalmente entendido, los avances de la ciencia y el progreso del conocimiento en relación con sus propiedades, procesos, características y capacidad de absorción del nivel de desarrollo y producción industrial a la que los ecosistemas y recursos naturales se encuentran sometidos desde hace mucho tiempo.

Incluso, puede pensarse que en el ámbito del principio de precaución pueda resultar un sistema integrado de protección donde la aplicación de este principio se encuentre encadenado al principio de prevención, y en todo caso deba responder a los postulados del principio de participación<sup>52</sup>: se trata, pues, de la definición de la tutela o protección del ambiente como

---

<sup>51</sup> EWALD, François, "Philosophie politique du principe de précaution", en EWALD, François, GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de, *Le principe de précaution*, 2<sup>ème</sup> éd, Paris, PUF, 2008, p.40.

<sup>52</sup> ARAGAO, Alexandra, "El principio de precaución y la aceptabilidad social del riesgo. La busca del nivel adecuado de protección en una Europa diversificada", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Año 2010-2, No.18, pp.81 y 82.



materialización del “*paradigma ecológico*”, y de definir si sólo se trata de controlar o, si cabe mejor proteger adoptando todas las medidas de prevención y precaución de las que se disponga, para así anticiparse a la irreversibilidad (es en este un elemento determinante para que opere el principio de precaución, más cuando se trata de la protección del ambiente) que puede comprender los impactos en el desencadenamiento de daños ambientales y ecológicos.

Por tanto, siendo el Estado obligado principal de la “*protección del ambiente*” y, debiendo incorporarla en el ejercicio de la actividad administrativa, de modo que se tenga en cuenta tanto los criterios de precaución, como de prevención de los daños ecológicos y ambientales, especialmente cuando se trata de la realización de obras o infraestructuras que entrañan riesgos para el ambiente, para los ecosistemas o para los recursos naturales de la zona en donde se desarrollen.

### **3. La necesidad de limitar el principio de precaución en su alcance y aplicación en el derecho administrativo ambiental**

Cuando se aborda la aplicación, incorporación y ejercicio eficaz del principio de precaución en el derecho administrativo ambiental se debe examinar la influencia que puede tener en la construcción de la decisión pública, su influencia en el acto administrativo ambiental, en la ordenación y planeación ambiental y en el ejercicio de otras manifestaciones de la protección del ambiente<sup>53</sup> como función pública esencial y principal en Estado Social de Derecho y en el Estado de Bienestar actual.

La actividad administrativa ambiental tiene como rasgos ser compleja, sistémica, progresiva, relativa y transformadora constantes, afectando derechos, libertades y situaciones jurídicas constantemente. Bajo esa configuración de la discrecionalidad, el principio de legalidad, la eficacia con principio sustancial, el debido proceso, la participación, la seguridad<sup>54</sup> y la preservación del orden público tienen que adaptarse, adecuarse y evolucionar cuando interviene el principio de precaución, sin perjuicio que la actividad sea o no de tracto sucesivo en el marco de la racionalidad ordinaria que impera, y en atención al universo de riesgos ambientales en el que se desarrolla una sociedad cada vez más tecnológica y tecnificada, que debe ser objeto de regulación<sup>55</sup>, de control, de vigilancia, de supervisión, entre otros, partiendo

---

<sup>53</sup> EWALD, François, “Philosophie politique du principe de précaution”, en EWALD, François, GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de, *Le principe de précaution*, ob., cit., p.28.

<sup>54</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p.88.

<sup>55</sup> SUNSTEIN, Cass R., *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, 1º ed, Madrid, Katz, 2009, p.46.

de la premisa operativa para el derecho administrativo según la cual a toda actividad le son inherentes e intrínsecos peligros<sup>56</sup>, derivados de la producción de un (os) fenómeno (s) de contaminación, pero no todos ellos permiten establecer con certeza plena su alcance, los efectos en personas, derechos, intereses y bienes ambientales, pese a lo cual se preserva la obligación de desplegar una actividad administrativa concreta y “prudente”<sup>57</sup> para la protección de los derechos y libertades conexos y cuyo contenido depende de la protección del ambiente<sup>58</sup> si se quiere como lo propone SADELEER desde un modelo.

La prevención y la vigilancia del peligro se realizan por medio de la normación y la intervención de las actividades. De lo anterior resulta que la policía en sentido estricto opera con carácter subsidiario en relación con los supuestos de acción preventiva, ya que sólo procede “cuando el peligro abstracto se actualiza en situaciones concretas de peligro público”. El grado de peligro determina un desarrollo diferente de la potestad: a) si el riesgo o peligro es ordinario la acción de policía será normal: vigilancia, prevención y represión de los hechos con base en la aplicación vigente; b) si el riesgo o peligro es extraordinario, la acción será extraordinaria: suspensión o excepción de la legalidad, estados excepcionales, habilitación de poderes exorbitantes; c) si el riesgo o peligro es extraordinario, pero de características singulares o circunstanciales, se procede a una acción de protección específica, articulada sobre una legislación especial.

Lo anterior ratifica la definición como de intervención de la potestad pública de protección del ambiente ante los peligros constantes, continuadas, progresivos y mutables, que siendo la regla general puede por virtud del principio de precaución exacerbarse, distorsionarse o determinar ejercicios discrecionales contrarios a la oportunidad<sup>59</sup>, proporcionalidad y a la razonabilidad (uno de cuyos fundamentos de respuesta es el estado de necesidad<sup>60</sup>), esto es, arbitrarios e irracionales<sup>61</sup>. Debe tenerse en cuenta que el principio de precaución está indisolublemente ligado al de proporcionalidad, bien sea ponderando valores sustanciales y prevalente como a

---

<sup>56</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; DROMI, Roberto, *Seguridad pública y derecho administrativo*, pp.85, 86, 88 y 89.

<sup>57</sup> ANDORNO, Roberto, “Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos”, en ROMEO CASABONA, Carlos (ed), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada, Comares, 2004, p.18

<sup>58</sup> SUNSTEIN, Cass R., *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, ob., cit., p.48.

<sup>59</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y derecho administrativo*, pp.104 y 105. “

<sup>60</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y derecho administrativo*, p.89.

<sup>61</sup> EWALD, François, “Philosophie politique du principe de précaution”, en EWALD, François, COLLIÉ, Christian; SADELEER, Nicolas de, *Le principe de précaution*, ob., cit., p.54.

la salud, fijando objetivos de calidad en la protección del ambiente y suprimiendo todo tipo de fenómenos de contaminación.

Lo anterior puede implicar, bajo el razonamiento actual, que lo pretendido por superar con la aplicación del principio de precaución al ejercerse las amplias potestades de protección del ambiente puede ser tanto restrictivo o prohibitivo, como generador de los denominados “*riesgos sustitutos*”, esto es, aquellas situaciones que por virtud de la anticipación invocada genera hechos que retornan al estado inicial de un problema resuelto por la regulación y actividad administrativa, o a crear uno nuevo sobre el que las potencialidades pueden ser más gravosas, o igual de incierta.

En cuanto al acto administrativo ambiental, concebido como un instrumento cuyas bases iniciales son el principio de legalidad, la división de poderes y la sujeción al control de la actividad administrativa<sup>62</sup>, pero que particularmente aquel de contenido ambiental responde a la configuración del moderno derecho administrativo donde la participación, la controversia y el debate está su esencia.

Como se sostiene en el derecho constitucional, para poder armonizar debidamente la aplicación, incorporación y operatividad del principio de precaución a la actividad administrativa ambiental, en todas sus manifestaciones, puede acudir a la función de justicia de los valores con la que se permite agregar el principio de legitimidad al de legalidad, procurando anular la arbitrariedad en la administración pública ambiental ante la indeterminación e indefinición que dicho principio ofrece.

De otra parte, la administración pública tiene que observar en sus actividades, acciones y decisiones la integración de las técnicas y mecanismos para la evaluación de los riesgos como componente inicial para la operatividad del principio de precaución. En primer lugar, examinar la carga de la prueba que surta como efecto el de liberar de la obligación de realizar un inventario exhaustivo de riesgos, como se produce en la “*evaluación de impacto ambiental*”, sin descartar que pueda optarse o por invertir la carga de la prueba, o por fijar estándares de investigación de los riesgos.

#### **4. La decisión administrativa ambiental fundada en el principio de precaución.**

El principio de precaución en su esencia inicial promueve la adopción de medidas de protección pese a que no haya pruebas científicas completas que demuestren la existencia de

---

<sup>62</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*, 4a ed., 1a reimp, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.121

un riesgo<sup>63</sup>. Luego, teóricamente la “aplicación del principio de precaución plantea así la relación temporal entre la decisión y el conocimiento, y la tensión inevitable entre dos errores posibles, actuar muy tarde es muy débil, y actuar muy pronto es muy fuerte”<sup>64</sup>. De esta manera, su formulación en el marco de la racionalidad jurídica impone serias dificultades tanto para su comprensión, como para su aplicación.

La consideración de la precaución en la sociedad moderna se incardina, especialmente, en el análisis del riesgo y de la incertidumbre que surge bien de la aplicación de los constantes avances científicos y tecnológicos<sup>65</sup>, de manera que “se contempla la idoneidad de situar el problema en el marco de los estándares de regulación, lo que da a entender que los análisis del riesgo han de ser completados por nuevas formas de gobernar los impactos del avance científico-técnico”<sup>66</sup>. Pero se trata de una postura que ha sido objeto de críticas planteando como contra-criterios (1) la uniformidad de criterios como máxima aplicable a todos los bienes, productos y servicios, rompiendo con singularidades; (2) reafirma la seguridad, pero desvirtuando la evidencia científica que subyace al riesgo; (3) produce una aceptación limitada política, social y económicamente del riesgo; y (d) se impone “la máxima <<guilty until proven innocent>>”.

La aplicación del principio de precaución no puede entenderse como una barrera, restricción o limitación indebida a las actividades económicas, sino que exige ponderar si ejercicio de las mismas por virtud de la libertad económica puede comprometer en el futuro el ejercicio de derechos fundamentales y de otras libertades de no considerarse la amenaza representada en las esferas de incertidumbre o “zonas grises” y la volatilidad del riesgo en la cada vez más dinámica de la sociedad tecnológica. A lo que se agrega su incidencia colectiva, ya que las incertidumbres derivadas de los riesgos ambientales son en masa.

Lo cuestionable es si las decisiones públicas de las administraciones quedan sujetas a

---

<sup>63</sup> UNIÓN EUROPEA, COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas 2 de febrero de 2000.

<sup>64</sup> TREICH, Nicolás, “Le véritable enjeu des débats sur le principe de précaution”, en

[<http://www.lemonde.fr/idees/article/2014/10/07/le-veritable-enjeu-des-debats-sur-le-principe-de->

[precaution\\_4502097\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2014/10/07/le-veritable-enjeu-des-debats-sur-le-principe-de-precaution_4502097_3232.html); consultado 7 de octubre de 2014]. UNIÓN EUROPEA, COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas 2 de febrero de 2000

<sup>65</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2005, pp.193 y 194.

<sup>66</sup> EIZAGIRRE, Andoni, “La precaución como principio de acción sostenible”, en *Isegoría*, No.44, enero-junio, 2011, p.303.

presupuestos científicos y técnicos que pueden derivar en posiciones especulativas frente a probables o posibles impactos, efectos o daños ambientales y ecológicos, lo que no sería ajustado a la vocación del principio de precaución con el que no se puede amparar las meras suposiciones.

La aplicación del principio de precaución no puede provocar la deformación de las instituciones público-administrativas, la degradación de la base de legalidad de los actos de autorización (licencias, permisos, concesiones, etc.), ni representar un modelo reduccionista de protección del ambiente y de los recursos ecológicos que implique la prohibición, la restricción o la limitación excesiva que produzca como primer paradoja la coerción definitiva ante toda actividad económica, productiva o de desarrollo que pueda provocar afectaciones ambientales y ecológicas sobre las que se ciernen riesgos de los que no hay plena certeza de los efectos, su intensidad, y su alcance, y como segunda paradoja una parálisis en la evolución de las soluciones tecnológicas, científicas y técnicas para abordar el manejo, gestión y dosificación de los fenómenos contaminantes de los que se puedan ocasionar daños ambientales y ecológicos.

En cuanto a las actividades vigilancia, control y seguimiento, la administración pública se ampara en el principio de precaución para concretar excesos consistentes en i) inspecciones e intervenciones puntuales en actividades, lugares y desarrollos productivos sin contar con un principio de conocimiento científico, el cual sólo se viene a formar con la visita, con la inspección o con las tareas de vigilancia que se surte; ii) la determinación del cierre, la cesación o la suspensión temporal o definitiva de actividades de las que se presume, más que se evidencie científicamente que puedan ser generadoras de riesgos o amenazas inminentes, irreversibles e irremediables; iii) la determinación de nuevas condiciones técnicas con posterioridad a visitas e inspecciones, sin tener en cuenta la cláusula de “mejores tecnologías disponibles”.

Cada vez que una decisión, o una actividad de la administración pública de protección del ambiente se pretenda amparar o fundar en el principio de precaución de manera excesiva, se estará atentado contra los principios de legalidad, de razonabilidad y de proporcionalidad, y se desfigura el papel de la administración pública, impidiendo que los procesos evolutivos de la ciencia y de la técnica permitan superar situaciones de riesgo o amenazas, o desplacen el ámbito de los riesgos socialmente aceptados, ya que examinados los sistemas jurídicos europeos y el colombiano se aprecia que la administración pública en este último está facultada a adoptar como regla general la prohibición, la restricción y la limitación, mientras que en el escenario europeo se trata de armonizar y superar los estados conflictivos de la ciencia, porque de lo contrario un caso como el de las “vacas locas”, o una Directiva como la Seveso II no apostaría en el derecho de la Unión Europea por la afirmación del proceso evolutivo de la ciencia como garante derechos, libertades y situaciones jurídicas.

## 5. Reflexiones finales.

De todo lo anterior puede afirmarse la aplicación indiscriminada, irracional y arbitraria del principio de precaución deforma la policía ambiental, la cual no está concebida ni para restringir o prohibir como regla, ni mucho menos abstenerse ante actividades y situaciones que comprendan riesgos sobre los que opere incertidumbre ante su concreción o no en fenómenos contaminantes desencadenantes de graves, inminentes, irreversibles e irremediables daños ambientales y ecológicos.

Por lo que debe examinarse con más detenimiento si la revocatoria de un acto administrativo de habilitación de una actividad otorgada sobre una base científica y técnica puede estar conforme con ordenamiento jurídico con sustento en el principio de precaución, puesto que la tensión que se crea sin resolver es con el principio de seguridad jurídica, ya que las reglas y exigencias legales se someten a súbitos cambios por virtud de aquel principio, sin haber racional, razonable y ponderadamente balanceado el peso que cada uno de estos tiene al momento de dotar de efectos jurídicos a las decisiones administrativas, pese a la posición de la jurisprudencia constitucional según la cual en materia de actividades mineras, por ejemplo, *“se desarrollaran con plena observancia de las regulaciones ambientales no es más que el cumplimiento de un elemental deber que imponen las normas constitucionales y legales que gobiernan este tema, las cuales, como bien se sabe, enfatizan en que el principio de la precaución necesariamente debe orientar la valoración de todo tipo de actuaciones que puedan obrar en detrimento del entorno ecológico el cual, hoy por hoy, cuenta con una muy intensa protección constitucional debido a la importancia que representa en la conservación de la vida y demás derechos inherentes a la condición humana. Puntualmente caber recordar que el artículo 80 Superior ordena prevenir y controlar todo tipo de factores que supongan un eventual deterioro ambiental”*<sup>67</sup>.

Por todo lo anterior, se hace un llamado a todas las administraciones públicas para ser rigurosas al momento de aplicar el principio de precaución obedeciendo a sus elementos básicos<sup>68</sup>: 1) que exista peligro que no se haya concretado en un daño; 2) existiendo, por lo tanto, una amenaza inminente, irreversible e irremediable; 3) respecto de los cuales es esencial la incertidumbre científica; 4) que exige la adopción de medidas eficaces que se anticipen a la degradación del ambiente; 5) con lo que la policía ambiental logra su cometido de hacer más eficaz la protección del ambiente.

---

<sup>67</sup> Corte Constitucional, sentencia C-389 de 2016.

<sup>68</sup> Corte Constitucional, sentencias C-293 de 2002, C-339 de 2002, C-692 de 2003, T-634 de 2005, T-1077 de 2012 y C-389 de 2016.

## Referencias

AGUILAR, Susana; JORDAN, Andrew J., "Principio de precaución, políticas públicas y riesgo", en *Política y Sociedad*, V.40, No.3, 2003, p.66.

ARAGAO, Alexandra, "El principio de precaución y la aceptabilidad social del riesgo. La busca del nivel adecuado de protección en una Europa diversificada", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Año 2010-2, No.18, pp.81 y 82.

BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2005, pp.193 y 194.

Corte Constitucional, sentencia C-389 de 2016.

Corte Constitucional, sentencias C-293 de 2002, C-339 de 2002, C-692 de 2003, T-634 de 2005, T-1077 de 2012 y C-389 de 2016.

EIZAGIRRE, Andoni, "La precaución como principio de acción sostenible", en *Isegoría*, No.44, enero-junio, 2011, p.303.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p.88.

ROMEO CASABONA, Carlos (ed), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada, Comares, 2004, p.18.

SADELEER, Nicolas de, "Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución", en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de derecho ambiental europeo*, ob., cit., p.335.

SADELEER, Nicolas de, *Le principe de précaution*, 2<sup>ème</sup> éd, Paris, PUF, 2008, p.40.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*, 4a ed, 1a reimp, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.121

SHPAIRO, Scott J., *Legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p.334. (Trad., de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña; título original: "Legality").

SUNSTEIN, Cass R., *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, 1<sup>ª</sup> ed, Madrid, Katz, 2009, p.46.

TREICH, Nicolas, "Le véritable enjeu des débats sur le principe de précaution", en [[http://www.lemonde.fr/idees/article/2014/10/07/le-veritable-enjeu-des-debats-sur-le-principe-de-precaution\\_4502097\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2014/10/07/le-veritable-enjeu-des-debats-sur-le-principe-de-precaution_4502097_3232.html)]; consultado 7 de octubre de 2014].

UNIÓN EUROPEA, COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas 2 de febrero de 2000.

## CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA CIUDADANA: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA INTERACCIÓN SOCIAL Y LA CULTURA CÍVICA

NATIONAL POLICE CODE AND CITIZEN COEXISTENCE: A NEW PERSPECTIVE OF THE SOCIAL INTERACTION AND CIVIC CULTURE.

Maria Fernanda Cohecha y Daniel Vizcaino

Colombianos, egresados no graduados de la Universidad Santo Tomás, auxiliares judiciales *ad-honorem* en el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta.

*«Hablar de policía es referirse a la paz, a la convivencia pacífica, a la armonía, a la vida cotidiana de las personas en comunidad, llegando a considerarla como una extensión del gobierno que va por la calle, donde el servicio de policía se convierte en un verdadero sistema nervioso del Estado, respondiendo a las exigencias ciudadanas con rapidez y rectitud, para que los habitantes convivan en paz».*

*Roberto Pineda Castillo, Director de la Escuela de Policía General Santander (1945-1947).*

### **Resumen**

El nuevo régimen de convivencia ciudadana que trae consigo la Ley 1801 de 2016 ha suscitado rechazo entre algunos sectores de la sociedad, debido a la prohibición de conductas hasta hace poco permitidas y a las sanciones desproporcionadas, resultado de aquellas, lo cual significa un desafío para el Estado colombiano en la formación de una nueva ciudadanía para la construcción de una convivencia ciudadana armónica y una paz estable y duradera.

### **Palabras claves**

*Policía, derechos fundamentales, Estado, autoridad, cultura ciudadana, convivencia, Código.*

### **Abstract**

*The new regime of civic coexistence law 1801/2016 brings, has aroused the rejection among some society sections, due to the prohibition it has about behaviours no long were allowed and*



*disproportionate sanctions as result, which means a challenge for the Colombian State into the creation of a new civic culture to build a harmonic coexistence and a stable and lasting peace.*

**Key words**

*Police, civil rights, State, authority, civic culture, coexistence, Code.*

Cuarenta y seis años habían pasado ya desde expedición del Decreto-Ley 1355 de 1970, cuando el legislador decidió promulgar la Ley 1801 de 2016, mediante la cual expidió una nueva normatividad de policía y convivencia ciudadana. Sin lugar a dudas, la promulgación de una nueva codificación policiva que actualizara y estuviera acorde con la *nueva onda* de constitucionalización trazada por la Corte Constitucional en las demás ramas del derecho, en virtud de la *Carta Magna*, se tornaba necesaria para nuestra comunidad, teniendo de presente los cambios sociales originados por los avances y transformaciones tecnológicos, culturales y políticos, que la misma ha experimentado en los últimos 50 años, y afín con las obligaciones internacionales que en materia de ejercicio y promoción de derechos humanos Colombia ha suscrito, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en atención a la naturaleza de la materia.

En razón a que el derogado Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana, expedido mediante el Decreto-Ley 1355 de 1970, se mostraba insuficiente para atender la finalidad de las reglas del control civil, se hizo necesario que se procurara el establecimiento de un nuevo régimen policivo, puesto que, de manera general, aquellas disposiciones eran, en gran medida, obsoletas ante una sociedad primordialmente urbana, tecnológica y de riesgo, además de ser aquellas restrictivas de la libertad personal y demás derechos fundamentales, propios del régimen presidencialista del Estado de Derecho en vigencia de la Constitución de 1886, lo que condujo a la declaratoria de inexecutable de un gran número de dichas disposiciones, resultando en vacíos jurídicos suplidos por interpretaciones judiciales en sede constitucional (Corte Suprema de Justicia, 1977; Corte Constitucional, 1994, 2005).

De este modo, con la expedición de la Ley 1801 de 2016, se puso en el debate social y jurídico la reconsideración de la naturaleza dogmática y constitucional de las normas policivas, siendo ésta una materia olvidada por el derecho público moderno en Colombia. Allí radica la importancia social de todo el cuerpo normativo que comporta la codificación citada, toda vez que aquél está llamado a regular comportamientos individuales dirigidos al ejercicio de libertades individuales y derechos colectivos, escenarios en los cuales, eventualmente, se pueden

traspasar límites que afectarían el desarrollo de la interacción interpersonal entre los miembros de una comunidad, en detrimento de algunos y beneficio de otros.

Siendo ello así, y aceptando la importancia y necesidad de regulación de esta materia para un orden justo, surgen cuestionamientos en atención a las disposiciones sancionatorias contenidas en la nueva norma, y a la reacción popular que ha ocasionado sus controvertidos preceptos. El primero de ellos es, tal vez desde el punto de vista dogmático, lo relativo a la adecuación filosófica de estos cánones de derecho policivo al modelo de Estado fijado por la Constitución Política Nacional, y lo establecido en pronunciamientos de la Corte Constitucional. Seguidamente, la concepción de lo que la misma Corte ha definido como «policía» y su función constitucional; posteriormente se abarcará lo relacionado con los poderes generales que al cuerpo policial fueron otorgados en la nueva codificación, a partir de un análisis realizado desde el concepto de dignidad humana y la posibilidad que los mismos generen graves violaciones a los derechos humanos.

Como sustento axiológico para apoyar la iniciativa para la redacción de un nuevo Código de Policía y Convivencia Ciudadana, el Gobierno Nacional (2015), en exposición de motivos del proyecto de ley, fundó sus argumentos en la imperiosa necesidad de producir una norma jurídica que se ajustara al contexto social actual, debido a las variadas limitantes que presentaba el Código anterior y a las declaratorias de inexecutable por parte del Tribunal Constitucional, necesidad que para el Gobierno era inaplazable, y que de todos modos tardó en manifestar ante el Congreso de la República, como autoridad ejecutiva y de policía.

La exposición hace una breve reseña de las limitaciones que existían con la codificación anterior que impedía que la fuerza policial, como autoridad encargada de proveer por la seguridad, salubridad, convivencia ciudadanas y protección del espacio público de la comunidad, actuara de manera autónoma y práctica; lo que, en efecto, busca el Código vigente, pues el pilar fundamental de la Ley es definir qué es «policía», señalar las funciones acordes con su naturaleza y otorgarle facultades reglamentadas al cuerpo uniformado para poder ejercer la autoridad ejecutiva y de control civil, que en vigencia del Decreto-Ley 1355 de 1970 se hacía extensamente limitada y superflua, dirigidas aquellas al establecimiento de la convivencia ciudadana armónica, sustentada en tres ejes: un supuesto de hecho, una consecuencia y un procedimiento único.

De conformidad con lo manifestado por el Gobierno en el documento citado *ut supra*, unas de las razones en las que radica la innovación legal es ajustar la normatividad policiva al modelo de Estado Social de Derecho, adoptado con la Carta de 1991 y desarrollado por el Alto

Tribunal Constitucional a través de las acciones públicas de las que conoce, en orden a propender por un ejercicio responsable de los derechos.

Ello implica un cambio estructural en la institución policial y en la educación de los administrados para la formación de una nueva cultura cívica. Sin embargo, el Estado democrático y social de Derecho, cimentado sobre el respeto a la dignidad humana, se convierte en óbice para la aplicación eficaz del nuevo Código, debido a que éste contiene supuestos de hecho y disposiciones que facultan a las autoridades para ejecutar actuaciones que chocan con lo desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional respecto al control del poder del Estado a través del ejercicio lícito de los derechos y libertades fundamentales (derechos humanos como mecanismo de control y limitación del poder estatal).

Por ende, a pesar que el propósito de la codificación es compatible con el modelo de Estado a la luz de la Carta, el método para alcanzarlo no es el adecuado, puesto en algunos escenarios de la vida cotidiana nos encontraríamos ante la afectación de las libertades individuales, y desde una perspectiva meramente jurídica, ante la trasgresión del principio de cosa juzgada constitucional, en razón a los pronunciamientos que sobre la materia ha hecho el Tribunal Constitucional, cuyos efectos son *erga omnes*.

Ahora bien, antes de debatir, resulta necesario precisar qué se entiende frente al concepto de «derecho de policía», para lo cual, a manera de bosquejo, traemos la definición que aporta Leonel Olivar Bonilla (como se citó en Jiménez, 2011), quien expresa que el *derecho policivo* es el conjunto de normas jurídicas dirigidas a garantizar el ejercicio de derechos individuales y colectivos para asegurar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, definición cuyo alcance apoya el rediseño y adaptación jurídica de las disposiciones policivas al contexto social actual.

Del mismo modo, es necesario señalar que la doctrina del derecho policivo reconoce la existencia de multiplicidad de definiciones acerca de lo que debe entenderse como tal (Jiménez, 2011), que posteriormente a la promulgación de la Constitución de 1991 no se ajustó a un determinado aspecto legal, sino a lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-024 del 1994 y las sentencias que posteriormente la reiteraron. Así, se parte de la amplia idea de que el derecho de policía no se contrae exclusivamente a los uniformados del cuerpo de la Policía Nacional como institución a la que hace referencia el artículo 128 de la Constitución Política, sino que, por el contrario, en términos constitucionales (ley 1801 de 2017; Corte Constitucional, 1996), por *policía* se entiende:

- Una actividad del estado (poder, función y actividad de policía administrativa).
- Autoridades encargadas del desarrollo de esta actividad.
- Un cuerpo civil armado.
- Colaboración de los cuerpos para algunas autoridades (policía judicial).

En cuanto al poder, función y actividad de *policía*, la Corte Constitucional (2006) ha señalado:

El ejercicio del poder de policía, a través de la ley, delimita derechos constitucionales de manera general y abstracta y establece las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo, mientras que a través de la función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía. Finalmente, la actividad de policía es la ejecución del poder y la función de policía en un marco estrictamente material y no jurídico, corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y se encuentra necesariamente subordinada al poder y a la función de policía.

A partir de lo definido por la Corte Constitucional, nos centraremos en la *actividad de policía*, especialmente la Ley 1801 de 2016, la cual, en principio, parece desarrollar estos postulados mediante la especificación de las contravenciones, entendidas éstas como la facultad de limitar derechos fundamentales mediante una ley, función reservada constitucionalmente al Congreso de la República, tendiendo de presente que éste y los demás cuerpos colegiados que expiden normas tienen funciones policivas bajo la concepción amplia fijada por el Tribunal Constitucional, con las que se pretenden la interacción pacífica, respetuosa y armónica de las relaciones interpersonales.

No obstante, el diseño de estas normas parece contravenir la naturaleza jurídica ya fijada en la sentencia citada. Ejemplo de ello es el artículo 160 del Código de Policía - Ley 1801 de 2016, en el que se faculta al personal uniformado de la institución para registrar vehículos con el fin de garantizar la convivencia y seguridad en los casos determinados en la misma disposición, de la cual se destaca su parágrafo segundo, en el que se observa que la diferencia entre la actividad de policía y la función de policía judicial se torna confusa, donde, *contrario sensu* a lo fijado jurisprudencialmente, no se efectuaría vigilancia por parte de alguna autoridad judicial.

En consecuencia, sólo se llega al control judicial en el evento en que el uniformado encuentra elementos materiales probatorios que indiquen la probable existencia de una conducta punible, pero si no se llega hasta ese punto, es decir, cuando el uniformado no posee los hallazgos que contravengan la ley penal, la intromisión subjetiva en algunos casos puede llegar a ser abusiva y desproporcional, violando sin justa causa derechos fundamentales de los ciudadanos. Con lo expresado, no se busca restar valor al artículo 95 constitucional, que señala que todo ciudadano está obligado a colaborar a las autoridades y con la administración de justicia.

La crítica se dirige a la autoridad similar a la de un juez que se otorgó a los uniformados para establecer cuándo una conducta, por legal y común que parezca, tenga el potencial de amenazar la convivencia ciudadana y el ejercicio de libertades individuales, disposición que podría llegar a convertirse en una violación grave de los derechos humanos, toda vez que se dejó al arbitrio del uniformado la intervención de un derecho fundamental sin la obligación de justificar el raciocinio de aquella actuación, además del dominio y control de las armas o la valoración de los indicios conforme a la sana crítica, obligación que si le es impuesta a los jueces de la República (Castañeda, 2017).

Estos criterios de valoración subjetiva, como se dijo, representan una amenaza en razón a que se asemejan las facultades que tienen los jueces de la República para limitar y restringir derechos y garantías fundamentales, pues los controles jurisdiccionales y el acto de administrar justicia requieren el estudio minucioso en derecho de los asuntos que se ponen a su disposición, sin embargo, las facultades que se han otorgado a la Policía Nacional son de tal envergadura que significan una regresión en el ejercicio de las libertades individuales de los ciudadanos, que ajenos a circunstancias que surgen de las operaciones y controles de seguridad, podrían convertirse en víctimas de conculcación de derechos fundamentales por equivocados indicios o eventuales abusos de la autoridad de policía, sea ya por culpa o dolo, puesto que, si bien es apenas obvio que la institución de policía debe poseer todas las herramientas emanadas de la Ley para el ejercicio pleno de su función como fuerza civil, ello se desborda en cuanto el legislador ahora atribuye facultades que exceden lo que tradicionalmente se conoce como actividad de policía, y presenta rechazo en una sociedad en la cual la autoridad policiva no goza de respeto como institución de control civil.

Otro aspecto que ha llamado la atención, es la autorización que otorga la Ley al cuerpo uniformado para acceder a los domicilios sin una orden judicial escrita, bastando una orden escrita emitida por el alcalde como máxima autoridad de policía municipal, sin control previo o posterior de legalidad, lo cual está reservado a los jueces de la República por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, lo que en su momento significó un gran avance en materia de derechos fundamentales respecto al régimen de la constitución anterior y lo que apunta a una

regresión en materia de derechos fundamentales y control al ejercicio del poder estatal, toda vez que está prohibido violar el domicilio de una persona si ésta no lo ha autorizado, a menos que el acceso se deba por la autorización que presta el juez competente de manera escrita, en cumplimiento de los requisitos que establece la ley y la jurisprudencia, en la restricción lícita de garantías acorde al Derecho Penal y el Derecho Constitucional. El legislador ha desbordado sus facultades en el ejercicio de su *poder de policía* al establecer sanciones (Libro Tercero: medios de policía, medidas correctivas, procedimiento) que se muestran desproporcionadas e irrazonables en relación a la conducta descrita en el supuesto de hecho (contravención), pues aquéllas no guardan relación con éstas toda vez que algunos comportamientos, si bien deben ser prohibidos y corregidos para garantizar la convivencia comunitaria, su consecuencia jurídica excede lo que una persona está obligada a soportar según el sentido común de la idiosincrasia colombiana (art. 8°, núm. 6).

No obstante lo anterior, de ninguna manera se desconoce la importancia de la necesidad del mejoramiento de la convivencia ciudadana: en primer lugar, en Colombia, culturalmente se presenta un ejercicio abusivo de los derechos y libertades fundamentales, que se reflejan en un *desorden social evidente* en una cultura que propende individualmente por el ejercicio irresponsable de los derechos y libertades propios e irrespeta los ajenos, de donde parte el rechazo de un sector de la ciudadanía al nuevo Código, debido a la imposición que implica la limitación al ejercicio desbordado de los derechos, lo que conlleva a preguntar, desde una esfera global ¿es necesaria una ley para optimizar la convivencia ciudadana? La respuesta, la cual es afirmativa, se fundamenta en la necesidad que existe de que los miembros de la comunidad interactúen y ejerzan sus derechos de manera responsable y educada, respetando el régimen constitucional vigente y los derechos de los demás, sin embargo, muchas de las conductas que están establecidas como contravencionales no deberían estarlo, puesto que son acciones que los individuos no deberían desplegar por simple consciencia social y reglas éticas de la convivencia en sociedad, por lo que no sería necesario que se prohiban.

Sumado a lo anterior, se requiere una reforma estructural para la formación de una *nueva ciudadanía*, consciente y respetuosa de la cultura de la ley, que ante un Estado permisivo y descuidado, como lo ha sido el colombiano, rechaza ahora la imposición de normas en materia de conductas que el legislador considera contrarias a la convivencia y al orden público, la salubridad y seguridad comunitarias, y que, adicionalmente, contienen consecuencias desproporcionadas; no es bien recibida la implementación de una cultura de la convivencia en el término de 6 meses, lapso existente entre la promulgación hasta la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016, puesto que muchas de las conductas descritas se desarrollan por costumbre debido a la permisión negligente de la autoridad de policía (en sus diferentes ámbitos y niveles:

en función o actividad de policía, lo que crea una tensión con el principio de confianza legítima.

El Estado colombiano no puede pretender imponer y prohibir conductas a sus administrados con la finalidad de establecer una cultura cívica que nunca promovió y que en determinado momento abandonó, pues ahora es un tema neural debido a que en ejercicio del poder de policía, más allá de regular actividades, organizar el Estado e imponer gravámenes, se están regulando el ejercicio de libertades y garantías constitucionales que se concretan en actividades, hábitos y comportamientos cotidianos de los ciudadanos y que involucran un entramado de derechos fundamentales interdependientes.

La concepción de la formación de una nueva *cultura cívica* tiene una doble finalidad: por un lado, dirigida hacia el ejercicio responsable de los derechos y libertades constitucionales, y la construcción de una paz estable y duradera, fin último que no simplemente se consigue con la suscripción de unos acuerdos y su reconocimiento de rango constitucional, sino desde la conducta desplegada por cada individuo dentro de la sociedad, la forma en que interactúa, de manera responsable, con la libertad de poder ejercer sus derechos mientras simultáneamente respeta los ajenos. De ahí que debamos preguntarnos, desde una esfera individual ¿es necesaria una ley que nos diga qué hacer y qué no? y para aquellos que se comportan de conformidad con las reglas de una sociedad ordenada y civilizada ¿es admisible que una ley nos diga qué hacer si ya nos determinamos de acuerdo a aquellas reglas?

Adicionalmente, la naturaleza preventiva general y especial que tienen las normas policivas respecto de conductas contravencionales, son una manera adecuada para la disminución de delitos, puesto que en los escenarios judiciales se exigen y realizan fuertes controles en la intervención y restricción de garantías fundamentales, y con mayor severidad aquellos deben ser empleados en este aspecto del derecho policivo, máxime cuando el argumento para diversificar y anular principio de reserva judicial, pilar en nuestro modelo de Estado, es fácilmente traspasado bajo cortinas de legalidad.

A manera de conclusión, una nueva normatividad de policía y convivencia ciudadana es absolutamente necesaria. Sin embargo, el nuevo Código Nacional de Policía no responde a las necesidades de nuestra cultura, puesto que, si bien contempla todo un inventario de conductas afectantes de la convivencia ciudadana, también podría dar lugar al eventual ejercicio abusivo de la potestad reguladora y la intromisión grave al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de una institución que aún requiere un mayor fortalecimiento como autoridad estatal dotada con poderes de coacción y coerción, pues se cuenta con el riesgoso evento de caer en la discrecionalidad que se advierte, y más allá de la promulgación de una norma jurídica de carácter policivo para la regulación de los comportamientos y gestión de las relaciones

comunitarias, se requiere de los asociados el determinar su actuar en virtud de los parámetros establecidos por la ética de la sociedad occidental, pues el proceder ético, educado y respetuoso en el ejercicio de libertades fundamentales y en el manejo de las relaciones interpersonales de los miembros de la sociedad son el pilar fundamental para la promoción y establecimiento de una convivencia armónica, que resulta en la paz estable y duradera que predicen los acuerdos firmados en La Habana, el preámbulo y el artículo 22 constitucionales, pues "la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento".

## Referencias

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

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (27 de enero de 1977). Sentencia de constitucionalidad [Luis Sarmiento Buitrago].

Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994.

Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de enero de 1994) Sentencia C-024/94 - D350. [Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 1996.

Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de agosto de 1996) Sentencia C-366/96 - D1263. [Julio César Ortiz Gutiérrez].

Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 2005.

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de marzo de 2005) Sentencia C-237/05 - D5401. [Jaime Araújo Rentería].

Ministerio de Defensa Nacional de Colombia. (15 de Mayo de 2015). [www.senado.gov.co](http://www.senado.gov.co). Obtenido de:  
[http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=22&p\\_numero=99&p\\_consec=41739](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=99&p_consec=41739)

Castañeda, H. (2017). Procedimiento penal especial abreviado y la figura del acusador privado. Villavicencio: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Illera, M., & Guardela, L. (2010). *Convivencia ciudadana como norma policiva*. Temis S.A.

Jiménez, W. (s.f.). *Elementos para la constitucionalización del derecho de policía*. Obtenido de:  
<http://www.bdigital.unal.edu.co/4317/1/697332.2011.pdf>





## EL NUEVO CÓDIGO DE POLICÍA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

(THE NEW POLICE CODE IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT)

Diana Fabiola Millán Suárez  
Colombiana, Procuradora 17 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bucaramanga,  
Presidenta del Colegio Nacional de Procuradores Judiciales, abogada de la Universidad  
Nacional de Colombia, especializada en derecho procesal en la misma Universidad, en  
constitucional y en administrativo en la Universidad del Rosario y en tributario en la  
Universidad Externado de Colombia y máster en derecho público de la Universidad  
Panthéon Assas (Paris I)

**Resumen:** Una rápida revisión de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional respecto del nuevo Código de Policía permite concluir que en sede de control abstracto de constitucionalidad sigue desconociéndose la especificidad del derecho de policía.

**Abstract:** A quick review of Constitutional Court's decisions, in use of the abstract control, about the new Police Code, allows to conclude the specificity of the police right is still disregarded.

**Palabras clave:** Nuevo Código Nacional de Policía, Corte Constitucional.

**Key words:** National Police Code, Constitutional Court.

Mediante la Ley 1801 de 2016 el Congreso Nacional expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia, que se encuentra vigente en todo el territorio nacional desde el 29 de enero de 2017, por así disponerlo su artículo 243.

Luego de su promulgación, que se produjo mediante publicación en el Diario Oficial 49.949 del 29 de julio de 2016, varias han sido las demandas que se han presentado contra el Código en ejercicio de la acción pública de inexecutableidad y que han provocado en la Corte Constitucional un buen número de sentencias cuya *ratio decidendi* bien vale la pena conocer a fin de identificar, en lo posible, los lineamientos de la jurisprudencia que desde muy temprano empezó a producirse en relación con el nuevo Estatuto y, se supone, con el derecho policivo. Para cumplir ese propósito iniciaremos con un breve repaso, en orden cronológico, de los pronunciamientos conocidos hasta el momento en que comenzó la preparación de este artículo:

## 1. Sentencia C-211 del 5 de abril de 2017:

De acuerdo con el comunicado número 17 del 5 de abril de 2017, mediante esta sentencia la Corte declaró *exequible* el numeral 4 del artículo 140 y condicionalmente *exequibles* el numeral 4 del párrafo 2º y el párrafo 3º de ese mismo artículo. En dichos artículos del nuevo Código se definía como conducta contraria al cuidado e integridad del espacio público la de “Ocupar el espacio público en violación de las normas vigentes” (primer numeral acusado), sancionada con multa (segundo numeral acusado) y, en caso de reiteración, con el decomiso o la destrucción del bien con el que se incurra en tal ocupación (tercer numeral acusado).

Consideró la Corte en esta oportunidad que la definición de tal conducta como reprochable se ajusta al contenido de los artículos 24, 82 y 313-7 de la Constitución que establecen, respectivamente, que: (i) todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, (ii) el deber del Estado de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular, y (iii) la competencia de los Concejos Municipales de reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, la de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

En relación con el deber estatal de velar por la integridad del espacio público, explicó que se trata de una carga impuesta por el Constituyente en favor del respeto de estas áreas y evitar que sufran menoscabo en los aspectos físico, social, cultural, urbanístico e incluso jurídico, para que la comunidad pueda desarrollar actividades lúdicas, recreacionales e incluso para valerse de ellas con el fin de transportarse empleando las zonas habilitadas para este propósito, - peatones y ciclistas-, en aras de una convivencia pacífica.

No obstante lo anterior, declaró la *exequibilidad* condicionada de las sanciones fijadas en los dos restantes numerales acusados, pues entendió que la preservación del espacio público no es incompatible con la protección que, en los términos de la jurisprudencia constitucional, cabe brindar a las personas que, amparadas en el principio de confianza legítima, se han dedicado a actividades informales en zonas consideradas como espacio público y frente a las cuales, al momento de aplicar las medidas correctivas y siempre y cuando estén en condiciones de vulnerabilidad, deben tenerse en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad; es decir, la protección que, para los efectos de tales numerales, consistirá en que “no serán afectados con las medidas de multa, decomiso o destrucción del bien, hasta tanto las autoridades competentes hayan ofrecido programas de reubicación o alternativas de trabajo formal que materialicen los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital y al trabajo”.

## 2. Sentencia C-212 del 5 de abril de 2017:

Mediante esta sentencia la Corte declaró exequible el artículo 163 del nuevo Código, el cual se ocupa de regular las causales y el procedimiento de control administrativo conforme a los cuales la Policía fue habilitada para penetrar en los domicilios, sin mandamiento escrito.

No obstante, la regla de procedimiento prevista en el primer párrafo de ese artículo quedó condicionada a que *“el cumplimiento de las garantías allí previstas no excluye la realización de un control judicial posterior de la actuación policial”*, razón por la cual y ante la inexistencia de una norma que regule dicho control, la Corte exhortó al Congreso de la República para que adopte la ley que regulará todos los aspectos relativos al control judicial posterior de los accesos a inmuebles por parte de autoridades administrativas sin orden judicial previa, sin perjuicio de que en el entretanto dicho control sea solicitado a los jueces de control de garantías.

En cuanto a lo primero, la Corte Constitucional precisó la naturaleza no absoluta del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, por lo que se trata de un derecho que puede resultar limitado cuando el mismo entre en colisión con otros derechos o valores constitucionales, siempre y cuando se trate de una medida razonable y proporcionada, como ocurre en todos los eventos contemplados en la norma examinada.

Y, en cuanto a lo segundo, teniendo en cuenta que, según el artículo 28 de la Constitución Política, *“Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”*, recordó que la intervención de una autoridad judicial competente para proteger la inviolabilidad del domicilio, es una garantía que hace parte del núcleo esencial de este derecho fundamental. De modo que el procedimiento de control administrativo previsto en la norma demandada resultaba constitucional siempre y cuando ello no excluyera el control judicial, rogado y posterior, de la actuación policial.

## 3. Sentencia C-223 del 20 de abril de 2017:

De acuerdo con el comunicado número 21 del 20 de abril de 2017, mediante esta sentencia la Corte declaró inexecutable, pero con efectos diferidos hasta antes del 20 de junio de 2019, los artículos 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74 y 75 del nuevo Código, referidos a limitaciones a los derechos fundamentales de reunión y protesta pública pacífica.

Igualmente, declaró inexecutable, sin condicionamiento alguno, el artículo 162 del mismo Estatuto, que facultaba a los alcaldes para dictar mandamiento escrito para el registro de domicilios y de sitios abiertos al público.

En el primer caso, la Corte recordó el carácter fundamental de los derechos de reunión y manifestación pública pacífica, según el reconocimiento expreso así hecho por el artículo 37 de la Constitución y el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y, atendiendo a esa especial naturaleza, concluyó que lo regulado en el Título VI del Libro Segundo del nuevo Código contenía en realidad una regulación integral de esos derechos fundamentales, con incidencia sobre los derechos de libertad de expresión y los derechos políticos, lo que obliga a que esa regulación sea expedida por los procedimientos de la ley estatutaria y no por los de la ley ordinaria, razón por la cual otorgó un plazo al Congreso de la República para que expida la normatividad respectiva.

Por otra parte, la Corte encontró que la habilitación para que los alcaldes dictaran mandamiento escrito para el registro de domicilios y de sitios abiertos al público era violatorio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y de la garantía de la reserva judicial que lo avala, contenidas en el artículo 28 de la Constitución Política.

#### **4. Sentencia C-225 del 20 de abril de 2017:**

Mediante esta sentencia la Corte declaró parcialmente inexecutable el artículo 220 del nuevo Código, que reguló la carga de la prueba en materia ambiental y de salud pública, exclusivamente en el aparte de ese artículo que imponía al presunto infractor la carga de probar que no incurrió en la conducta reprochada, dejando a salvo la presunción de dolo y culpa allí prevista.

La Corte consideró que la presunción de dolo y culpa prevista en materia ambiental y de salud pública, construida a partir de la lógica y la experiencia, no genera una afectación desproporcionada al beneficio obtenido, en cuanto éste siempre será mayor al sacrificio generado. Y porque por tratarse de una presunción *iuris tantum*, no limita las posibilidades de defensa del investigado, máxime si se advierte que requiere la previa demostración, por parte de la entidad pública, de la tipicidad e imputabilidad del comportamiento, respecto de la persona investigada.

Sin embargo, la expresión “a quién le corresponde probar que no está incurso en el comportamiento contrario a la convivencia correspondiente” la consideró contraria al artículo 29 superior, por imponer al investigado toda la carga probatoria sobre la ausencia de responsabilidad.

## 5. Sentencia C-281 del 3 de mayo de 2017:

De acuerdo con el comunicado número 24 del 3 de mayo de 2017, mediante esta sentencia la Corte se ocupó de examinar la constitucionalidad de varias normas del nuevo Código, así:

(i) Declaró *exequible* el párrafo 3º del artículo 39, que se ocupa de determinar sitios con una infraestructura adecuada para la permanencia de los menores que reciben una medida correctiva por comportamientos contrarios a la convivencia. No obstante, condicionó esa *exequibilidad* a que el traslado que se efectúe a los niños, niñas y adolescentes deba realizarse conforme con las reglas aplicables del Sistema Nacional del Bienestar Familiar, toda vez que no es posible su aplicación sin los estándares de protección de los niños, niñas y adolescentes.

(ii) Declaró *inexequible* el párrafo 3º del artículo 41, que trata sobre la posibilidad de traslado de habitantes de la calle a hogares o centros de atención dispuestos para estos fines, por considerarla discriminatoria, toda vez que no existen criterios que justifiquen trato distinto y diferenciado entre los habitantes de calle, a quienes se les aplicaría condiciones distintas y menos exigentes para su traslado que a los demás ciudadanos. El artículo 41 permitiría el traslado de los habitantes de calle, por el solo hecho de haber consumido drogas y de alterar la convivencia.

(iii) Declaró *exequible* la expresión “con 48 horas de anticipación” del inciso tercero del artículo 53, referido al plazo dentro del cual debe comunicarse a la primera autoridad administrativa del lugar el ejercicio que se hará del derecho a la manifestación pública y pacífica en el espacio público. Ello, porque tal exigencia no tiene una finalidad distinta que la de permitir que las autoridades tomen las medidas necesarias para facilitar y proteger de forma prioritaria el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

(iv) Declaró *exequible* el inciso cuarto del artículo 53, según el cual “*Toda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta*”, pero lo condicionó para indicar que la disolución solo podría operar en el momento en que se determine, por una parte, una grave e inminente alteración a la convivencia y, por otra, que no exista otro medio menos gravoso para el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación pública y pacífica.

(v) Declaró *exequible* el artículo 55, que estableció la prohibición de “*divulgar mensajes engañosos en torno a quienes convocan o participan en las manifestaciones, así como hacer públicamente señalamientos falsos de la relación de los manifestantes con grupos armados al margen de la ley o deslegitimar por cualquier medio el ejercicio del derecho constitucional de*

*reunión y manifestación pública y pacífica*”. En criterio de la Corte, el no señalamiento del incumplimiento de la norma, si bien es un ejercicio imperfecto del poder de policía, no por ello hace inconstitucional la prohibición.

(vi) Declaró *exequible* el artículo 56, que estableció que solo en casos de excepción autorizados por la Constitución y la ley las Fuerzas Militares podrán intervenir en el desarrollo de operativos de control, contención o garantía de la realización de las movilizaciones terrestres. No obstante, condicionó esa *exequibilidad*, en el entendido de que la excepción solo es aplicable a los operativos de garantía allí consagrados. Además, comoquiera que, según los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, la interacción del Estado con la ciudadanía para efectos de garantizar la convivencia y preservar el orden público corresponden a la Policía Nacional, la Corte precisó que es fundamental que la intervención principal del Estado sea realizada y supervisada por las autoridades civiles.

(vii) Declaró *exequibles* determinadas expresiones del numeral 9 del artículo 103 y del numeral 9 del parágrafo del mismo artículo, que incluyeron *las reuniones* dentro de los comportamientos que podrían afectar las áreas protegidas del sistema nacional de áreas protegidas (SINAP) y áreas de especial importancia ecológica. Consideró que la restricción del derecho a la manifestación es razonable en la medida en que no se está anulando sino que se impone carga adicional en materia de protección al ambiente, y es que quienes desean participar en actividades que impliquen aglomeraciones masivas en ecosistemas deben previamente acudir a solicitar la respectiva autorización ante las autoridades ambientales competentes quienes son las llamadas a determinar qué actividad afecta o no la integridad del medio ambiente, carga que no parece desproporcionada.

(viii) Declaró *exequible* el numeral 1º del artículo 149 por considerar que la figura denominada *“traslado por protección”* es uno de los varios medios materiales de policía que apenas se enuncia en la norma, sin definirlo ni establecer sus características.

(ix) Declaró *exequible* la expresión *“traslado por protección”* del artículo 155, pero sometido a tres condiciones: La primera, que el traslado de protección *“a un lugar destinado para tal fin”* solo se podrá aplicar en los municipios que cuenten con los lugares adecuados de atención y protección de personas trasladadas, pues de lo contrario la medida resultaría desproporcionada. La segunda, que en el informe escrito exigido se deberá incluir, además de la causal invocada, los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal. Y la tercera, que la persona sujeta al traslado podrá solicitar la cesación del mismo al superior jerárquico que haya recibido el informe.

(x) Declaró inexecutable el párrafo 1º del artículo 155, por no ser claro el sentido de la norma y dar lugar a considerársele como causal autónoma para el “*traslado por protección*”, en la que dicha figura procedería sin la verificación de los requisitos de estricta necesidad o de protección de vida e integridad de la persona o de terceros, bastando que el comportamiento se dirija contra una autoridad de Policía.

(xi) Declaró la exequibilidad del inciso tercero del artículo 155, según el cual el “*traslado por protección*” procede “*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*”. Ello porque, en criterio de la Corte, la medida tiene una finalidad legítima y está condicionada a que ella sea el único medio posible para evitar el riesgo a la vida o integridad de la persona o terceros.

(xii) Declaró la exequibilidad del numeral 12 del artículo 205, que le atribuye al Alcalde la competencia para “*Establecer, con el apoyo del Gobierno nacional, centros especiales o mecanismos de atención y protección de personas trasladadas o conducidas por el personal uniformado de la Policía y coordinar y desarrollar programas pedagógicos para la convivencia, de conformidad con los lineamientos que para tal efecto establezca el Gobierno nacional*”.

## **6. Sentencia C-282 del 3 de mayo de 2017:**

De acuerdo con el comunicado número 24 del 3 de mayo de 2017, mediante esta sentencia la Corte declaró executable la norma del párrafo 1 del artículo 222 del nuevo Código que consagró el “*efecto devolutivo*” como modo en el que se concede el recurso de apelación contra la medida correctiva de suspensión temporal de actividad que se impone en desarrollo del proceso verbal inmediato de policía.

La Corte consideró que la norma no afectaba de forma desproporcionada el derecho de impugnación, pues si se advierte que la medida correctiva de suspensión temporal de actividad se dirige sobre eventos relacionados con el amparo a la seguridad y tranquilidad públicas, el medio ambiente, a la salud, a la dignidad y a los derechos de los niños, fácil se entiende que la orden de policía adoptada debe tener fuerza ejecutoria inmediata y expedita, pues, en caso contrario, se podrían afectar derechos fundamentales y colectivos que gozan de prioridad en el régimen constitucional.



## **7. Sentencia C-286 del 3 de mayo de 2017:**

Mediante esta sentencia la Corte declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 191 del nuevo Código, el cual había consagrado una excepción a la posibilidad del infractor, propietario, tenedor o poseedor de imputar responsabilidad patrimonial por acción u omisión al Estado o a sus agentes, derivada de la inhabilitación total de los bienes empleados para actividades ilícitas que atenten contra los recursos naturales, o ingresen, permanezcan, operen en áreas protegidas y de especial importancia ecológica.

Lo anterior por considerarlo contrario a la cláusula general de responsabilidad del Estado prevista en el artículo 90 superior, pues la definición de si un daño tiene o no la connotación de antijurídico debe estar en cabeza del juez contencioso administrativo para cada caso concreto, no siendo válida la consagración legal de una cláusula que excluye *ad initio* la posibilidad de reclamar y probar la ocurrencia de daños antijurídicos por una acción u omisión del Estado.

## **8. Sentencia C-349 del 25 de mayo de 2017:**

Mediante esta sentencia la Corte declaró executable el parágrafo 1º del artículo 223 del nuevo Código, según el cual, si el presunto infractor a las normas de convivencia no comparece injustificadamente a la audiencia del proceso verbal abreviado de policía, la autoridad respectiva *“tendrá por cierto los hechos que dieron lugar al comportamiento contrario a la convivencia”*.

Sin embargo, la executableidad de dicha norma quedó condicionada a que, *“en caso de inasistencia a la audiencia, el procedimiento se suspenderá por un término máximo de tres (3) días, dentro de los cuales el presunto infractor deberá aportar pruebas siquiera sumaria de una justa causa de inasistencia, la cual de resultar admisible por la autoridad de policía, dará lugar a la programación de una nueva audiencia que será citada y desarrollada de conformidad con las reglas previstas en el artículo 223 del Código Nacional de Policía y Convivencia”*.

En criterio de la Corte, en aplicación del principio de conservación del derecho, una interpretación razonable de la norma, como la que surge del condicionamiento, preserva su finalidad, que no es otra que reforzar la carga de comparecencia de los presuntos infractores a la audiencia del proceso verbal abreviado como una medida necesaria para garantizar la celeridad e inmediatez que resultan esenciales en procedimientos de esta naturaleza.

## 9. Conclusiones:

De acuerdo con el artículo 1 del nuevo Código, las normas allí contenidas *“son de carácter preventivo y buscan establecer las condiciones para la convivencia en el territorio nacional al propiciar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, así como determinar el ejercicio del poder, la función y la actividad de Policía, de conformidad con la Constitución Política y el ordenamiento jurídico vigente”*.

Ciertamente, el objeto del derecho de policía no es otro que el de proteger el orden público a fin de hacer posible la convivencia ciudadana mediante la solución rápida de conflictos que, por su naturaleza, no requieren la intervención de una autoridad judicial.

Por ello, a pesar de su naturaleza eminentemente preventiva, una de las principales problemáticas constitucionales que plantea el poder de policía es la validez de las limitaciones de derechos que, en la práctica, son impuestas por parte de una autoridad cuyas competencias son meramente administrativas.

Sin embargo, tal vez porque aún no se conocen las consideraciones de las providencias más relevantes, en este momento no es posible identificar en las sentencias de control abstracto de constitucional hasta ahora producidas respecto del nuevo Código, lineamientos que den cuenta de que la solución en cada caso se construyó desde la especificidad propia del derecho policivo: sus principios, fines, instituciones y nociones esenciales.

Así, por ejemplo, el comunicado correspondiente a la sentencia C-211 de 2017 informa que la tensión entre la preservación del espacio público y la protección constitucional de las personas que de buena fe se han dedicado a actividades informales en el espacio público, no parece haber sido resuelta a la luz de algún principio exclusivo del derecho policivo.

En el mismo sentido, el salvamento de voto de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado a la sentencia C-212 de 2017 pone en evidencia un problema jurídico que desde el punto de vista del derecho policivo quedó sin resolver: ¿cuál es el fundamento constitucional que permite el transitorio traslado de la figura del juez de control de garantías del escenario penal al escenario de un proceso resultante del eventual exceso de una función de policía?

Similar omisión se presentó en la sentencia C-223 de 2017, pues según el comunicado de prensa no es claro si la Corte Constitucional se ocupó de delimitar qué aspectos de los derechos fundamentales de reunión y de manifestación pública pacífica podrían ser regulados por leyes ordinarias que se enmarquen dentro del concepto técnico de derecho de policía.

Corresponderá, entonces, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo producir la jurisprudencia que, aunque limitada al marco de la revisión de legalidad de las actuaciones policivas, asuma la tarea de reivindicar la especificidad del derecho policivo.

## Referencias

Código Nacional de Policía y Convivencia o Ley 1801 de 2016 [Código]. (2017). 1ra ed. Legis.

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de abril de 2017) Comunicado número 17 de 2017. Presidencia.

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de abril de 2017). Sentencia C-212 de 2017 [MP Alejandro Linares Cantillo]

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de abril de 2017) Comunicado número 21 de 2017. Presidencia.

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de abril de 2017). Sentencia C-225 de 2017 [MP Alejandro Linares Cantillo]

Corte Constitucional, Sala Plena (3 de mayo de 2017). Comunicado número 24 de 2017. Presidencia

Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de mayo de 2017). Sentencia C-286 de 2017 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de mayo de 2017). Sentencia C-349 de 2017 [MP Carlos Bernal Pulido]

Jiménez Schroeder, William Gabriel (2011) Elementos para la constitucionalización del Derecho de Policía. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.





## **REVISTA DE DERECHO PÚBLICO**

### **DEL DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL META**

#### NOTA DEL EDITOR

Revista De Derecho Público Del Distrito Judicial Administrativo Del Meta es un proyecto de iniciativa de sus integrantes a título personal. Fue financiada exclusivamente con recursos particulares y no fue utilizado ningún tipo de recurso público para su diseño e impresión.

La opinión de los autores es personal y no compromete su responsabilidad institucional. Tampoco constituye la opinión ni la postura oficial de los operadores judiciales del Distrito Judicial del Meta.

SEGUNDA EDICIÓN



**REVISTA DE DERECHO PÚBLICO**  
DEL DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL META