



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1999 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO
CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2010-00044-00

Número interno: 1999

Referencia: MEDIDAS CORRECTIVAS DE POLICÍA EN NORMAS DISTRITALES Y DEPARTAMENTALES.

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

La Consulta

El Ministerio del Interior y de Justicia, a instancias del Alcalde Mayor de Bogotá, formula los siguientes interrogantes:

"1. ¿Son vigentes las medidas correctivas consagradas en el Código de Policía de Bogotá – Acuerdo Distrital 79 de 2003?"

"2. En caso que no se encuentren vigentes, ¿pueden los operadores jurídicos inaplicar las medidas correctivas del Código de Policía de Bogotá, con el argumento que son inconstitucionales, de conformidad con la Sentencia C-593 de 2005?" (Se subraya).

Sobre esta última pregunta, la Sala observa que la palabra "no" que antecede al signo de interrogación estaría indebidamente utilizada, pues si se concluyera que las medidas correctivas "no se encuentran vigentes", no habría necesidad de estudiar la hipótesis de la respectiva pregunta sobre la posible inaplicación por inconstitucionalidad de las medidas correctivas del Código de Policía de Bogotá. Por el contrario, es en el supuesto de que estas últimas *sí se encuentren vigentes*, en el que cabría estudiar si a pesar de dicha vigencia, es procedente su inaplicación por violación del ordenamiento constitucional. Por tanto, es en este último sentido en que la Sala entiende formulado el segundo interrogante de la consulta, por lo que eliminará de éste la palabra "no" que se subraya.

De acuerdo con la entidad consultante, los interrogantes planteados se originan en los siguientes antecedentes:

1. En Sentencia C-593 de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “en el reglamento” contenida en el artículo 226 del Código Nacional de Policía, el cual señalaba (se subraya):

“Art. 226. La medida correctiva aplicable será, en cada caso, la indicada en la ley o el reglamento”.

La Corte Constitucional señaló que las medidas correctivas de policía, en cuanto limitaciones de los derechos y libertades públicas, tienen reserva de ley, por lo que las autoridades administrativas carecen de competencia para establecer *medidas correctivas distintas* a las señaladas o autorizadas por el legislador. En ese sentido, se hizo énfasis en que la facultad de las autoridades territoriales en materia de policía debe entenderse subordinada a la ley y, en ningún caso, independiente o al margen de ella.

2. En Sentencia del 2 de noviembre de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de diversos artículos del Código de Policía de Bogotá, algunos de ellos relacionados con medidas correctivas, por considerar, entre otras cosas, que se violaba la reserva legal que protege las libertades públicas, al haberse consagrado por vía de reglamento restricciones y sanciones de manera autónoma y sin autorización legal. Con base en ello, se declaró la nulidad del numeral 5 del artículo 70 (prohibición a los menores de edad de utilizar el espacio público con fines comerciales o políticos); de los numerales 12 y 13 del artículo 164 (medida correctiva de retención y decomiso de bienes); del numeral 2 del artículo 170 (establecimiento de otras multas distintas a las previstas en el Código Nacional de Policía o en leyes especiales); y de las expresiones “cuando la rifa y espectáculo no estén autorizados” y “en el primer caso serán destruidos en presencia del tenedor y en el segundo se devolverá la taquilla” del numeral 2 del artículo 177, todos ellos del Código de Policía de Bogotá (Acuerdo 079 de 2003).

Señala la entidad consultante y así lo ha verificado la Sala, que esta sentencia *se encuentra apelada* y actualmente está en conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado, siendo la última anotación del proceso su entrada al Despacho para fallo el pasado 3 de noviembre de 2009.

4. En consecuencia, se han generado dudas sobre la vigencia y aplicabilidad de las medidas correctivas contenidas en el Código de Policía de Bogotá (amonestación en privado; amonestación en público; asistencia a programas pedagógicos de convivencia ciudadana y compromiso de cumplir las reglas de convivencia ciudadana; trabajo en obras de interés público, pedagogía ciudadana o asistencia humanitaria; multas; suspensión de autorización; cierre temporal de establecimiento; cierre definitivo de establecimiento; y retención y decomiso de bienes utilizados), dado que dicho Código no tiene fuerza de ley sino de acto administrativo.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la consulta busca dilucidar dos aspectos distintos en relación con las medidas correctivas previstas en el Código de Policía de Bogotá (Acuerdo 79 de 2003): su vigencia y su aplicabilidad. Con lo primero, se determinaría si desde el punto de vista formal ese acto administrativo general hace parte del ordenamiento jurídico en vigor o si, por el contrario, debe considerarse retirado del mismo y, por tanto, excluido de las fuentes formales del derecho aplicable; con lo segundo, se establecería si se dan las condiciones para aplicar la excepción de inconstitucionalidad en asuntos particulares y concretos (art. 4 C.P.), en los que se verifique por el operador jurídico que una medida correctiva de policía no está prevista en una norma con fuerza de ley.

1. Vigencia de los actos administrativos.

Como señalan Díez Picazo¹ (p.28) refiriéndose a las normas en general y Forsthoff² respecto de las normas jurídicas administrativas en particular, una característica general de unas y otras es su vigencia indefinida, es decir su obligatoriedad *sine día*, una vez que las mismas entran a regir. Por tanto, expedida una ley o un reglamento, su vigencia se mantendrá hasta el día que la misma norma lo establezca (si es una norma con efectos temporales como sucede con las leyes anuales de presupuesto, por ejemplo); hasta que sea derogada expresa o tácitamente.

Concepto Sala de Consulta C.E. 1999 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

por otra disposición posterior de igual o superior categoría; o hasta que la autoridad judicial la haya anulado a través de una decisión con efectos *erga omnes*.

En ese sentido, la seguridad jurídica impone que tanto leyes como reglamentos, en su condición de actos jurídicos, desplieguen sus efectos hasta tanto no se produzca alguna circunstancia que el mismo ordenamiento reputé apta para hacer cesar esa vigencia, pues como concluye el primero de los autores, la regla general en los sistemas de derecho legislado, es que “las leyes poseen una vigencia indefinida”.

En el caso del derecho colombiano, dicha regla de vigencia indefinida de los actos administrativos está prevista en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo y, claro está, mientras no hayan sido derogados o revocados por un acto posterior.

Por tanto, la vigencia de las normas y, en particular, de los actos administrativos generales, se ubica en un ámbito distinto al de su inaplicabilidad por oposición a la Constitución Política o a la Ley (excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, respectivamente). En uno y otro caso, se busca que frente a casos concretos y determinados de aplicación del derecho, el acto de inferior jerarquía no desplace o deje sin efecto las normas superiores en que debe fundarse, las cuales por su ubicación en el sistema de fuentes jurídicas tienen un valor prevalente y condicionante de las primeras.

Pero, como ha señalado esta Sala³ y se ha reiterado por la Corte Constitucional⁴, a diferencia de las figuras anulatorias, la inaplicación de un acto administrativo de carácter general en razón de su oposición a las normas superiores que condicionan su validez, *sólo tiene efectos para el caso concreto* y, por tanto, no afecta su vigencia, la cual se mantiene hasta tanto no sea declarada su nulidad o suspensión por la jurisdicción contenciosa administrativa, a quien corresponderá definir con efectos generales y *erga omnes*, sobre la validez o no del respectivo acto. En ese sentido, la inaplicabilidad de un acto administrativo general *en un caso concreto*, no tiene la virtualidad de hacer desaparecer su presunción de legalidad y, por ende, de afectar su vigencia:

“Como puede concluirse, a pesar de que exista una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de legalidad y de constitucionalidad, la Constitución debe prevalecer en el caso de incompatibilidad con la misma.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la vigencia de la norma no se controvierte; por tanto, los efectos de su inaplicabilidad no se traducen en nulidad. Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general.”⁵

Así, como advierte la doctrina administrativista⁶, la inaplicabilidad de los actos reglamentarios es una técnica de reacción contra el reglamento ilegal, pero no es suficiente para hacer desaparecer definitivamente sus efectos, pues aquél permanece vigente hasta que no sea formalmente excluido del ordenamiento jurídico. De ahí que se considere una técnica *pasiva de control* frente a las técnicas activas que se dirigen a la exclusión definitiva del ordenamiento jurídico del reglamento ilegal.

Lo anterior permite concluir para el presente caso que el Título III del Acuerdo 79 de 2003 o Código de Policía de Bogotá (Medidas Correctivas, artículos 156 a 185), al ser un acto normativo de vigencia indefinida, debe considerarse vigente mientras no sea anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa, o derogado o revocado por otra norma de igual o superior jerarquía.

La nulidad decretada en relación con algunos de tales artículos por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la Sentencia del 2 de noviembre de 2006⁷, no afecta dicha vigencia, en la medida que no se ha resuelto el recurso de apelación presentado contra esa decisión, el cual se concede, por regla general, en el efecto suspensivo (Art.181 del C.C.A).

Superado lo anterior, pasa la Sala a revisar el segundo interrogante planteado, relacionado con la eventual inaplicación por inconstitucionalidad de las medidas correctivas del Código de Policía de Bogotá.

2. Condiciones para aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Como se ha señalado, la figura de la inaplicación del acto administrativo de carácter general en un asunto particular y concreto tiene por objeto asegurar la primacía de la Ley y de la Constitución, cuyo contenido y fuerza obligatoria no pueden verse alterada por una norma de inferior categoría.

Sin embargo, como también señaló la Sala recientemente⁸, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de *incompatibilidad visible e indiscutible* entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico (art.4 C.P). En tal sentido, ha señalado la Corte Constitucional:

“Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí”.

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe (...)”⁹. (Resalta la Sala).

Esta exigencia se explica porque como ha dicho el mismo tribunal, la excepción de inconstitucionalidad, que busca preservar la supremacía del la norma superior, implica a su vez el sacrificio de otros principios constitucionales, como *la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y del deber de obediencia de unas y otras por parte de todas las autoridades* (arts. 6 y 122 C.P)¹⁰; por tanto, su invocación requiere *argumentos de plena evidencia de incompatibilidad* que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse en un caso concreto de normas de inferior jerarquía a la Constitución¹¹.

De lo contrario, en caso de existir dudas o argumentos plausibles a favor de la compatibilidad entre ambas normas, se impone el deber, también de raigambre constitucional, de aplicar la normatividad legal y reglamentaria vigente, que es un “principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y hace posible el funcionamiento de las instituciones dentro del esquema de organización jurídico-política previsto en la Constitución.”¹²

Ahora, valga aclarar que, evidenciada dicha incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y no una simple posibilidad discrecional del operador jurídico¹³.

De acuerdo con lo anterior, pasa la Sala a revisar argumentos plausibles a favor de la compatibilidad y si en un caso particular y concreto en que el operador jurídico enfrente a la aplicación de una medida correctiva de policía no prevista en una norma con rango de ley, se darían los supuestos para aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

3. La competencia exclusiva del Congreso de la República para dictar normas que limiten o restrinjan libertades públicas.

3.1. Distinción inicial: poder, función y actividad de policía.

La Corte Constitucional, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha diferenciado desde sus inicios los conceptos de *poder*, *función* y *actividad de policía*, lo cual es de vital importancia en la presente consulta, porque a partir de esa distinción se ha establecido cómo y en qué forman se reparten las competencias entre las diferentes autoridades del Estado para el mantenimiento y conservación del orden público.

Se ha señalado que el poder del Estado dirigido al mantenimiento del orden público en sus diversos componentes de seguridad, tranquilidad y salubridad pública, está limitado por la Constitución y por los fines mismos de dicha función pública, en tanto que el mantenimiento del orden público no es un fin en sí mismo, *sino una condición o un medio* para el libre ejercicio de las libertades públicas. Así, se ha indicado que en el Estado de Derecho colombiano, las diferentes autoridades que ejercen potestades de policía se gobiernan por los siguientes principios:

(i) Sujeción al principio de legalidad

(ii) Mantenimiento del orden público como fin determinante

(iii) Actuación y medidas de policía limitadas por ese fin de conservación y restauración del orden público

(iv) Razonabilidad y proporcionalidad de las medidas aplicables: no pueden implicar la supresión total de la libertad o el derecho regulado

(v) Interdicción de la discriminación

(vi) Respeto por quien ejerce legalmente sus libertades

(vii) Existencia de controles judiciales¹⁴

Con base en estos principios se han delimitado los referidos conceptos de poder, función y actividad de policía que la Sala pasa a desarrollar inmediatamente.

a) Poder de policía

El poder de policía corresponde a la *facultad normativa* de policía, esto es la competencia estatal de “regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal con fines de convivencia social”¹⁵. Es, en otros términos, “la facultad de hacer la ley policiva mediante la expedición de normas jurídicas objetivas de carácter general e impersonal dictadas por el órgano representativo con el fin de limitar los derechos individuales en función del bienestar general”¹⁶.

Al respecto señala Forsthoff que las leyes de policía son aquellas “que regulan cuándo y como puede y tiene que intervenir inmediatamente la Administración con medios coactivos contra personas y cosas”¹⁷.

De manera *uniforme y reiterada* se ha señalado por la Corte Constitucional que conforme a la Constitución Política y a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.), el poder de policía como facultad de limitación y restricción de las libertades públicas está sujeto a *un principio de reserva legal*; esto es, que las leyes de policía deben provenir de una norma con fuerza de ley (no de acto administrativo) y que ésta a su vez debe tener origen en el órgano de representación popular¹⁸.

En este contexto se ha reiterado que la determinación de los medios de policía que pueden utilizar las autoridades administrativas para el control del orden público y, en particular, el señalamiento de las medidas correctivas aplicables a los particulares, es una expresión del poder de policía y, por ende, está sujeta a reserva legal¹.

Como indica Cassagne, en los Estados de Derecho se instaura la regla de “la competencia objetiva derivada de ley expresa”, como condición que habilita y legitima el ejercicio del poder del Estado para limitar o restringir los derechos privados⁰, de manera que en garantía de las libertades fundamentales de las personas “se requiere que la medida limitativa de la libertad cuente con un respaldo legal inexcusable para fundar su legitimidad”².

Así que, de acuerdo con la Corte Constitucional, sólo ejercen poder de policía el Congreso de la República y excepcionalmente las Asambleas Departamentales de conformidad con el artículo 300-8 de la Constitución, aunque estas últimas con las limitaciones que revisa la Sala más adelante sobre la imposibilidad de que por esa vía se invadan materias constitucionalmente reservadas a la ley.

También lo ejercen los municipios para la reglamentación de los usos del suelo (art.313-7 C.P.) y la expedición de la normatividad para el control y defensa del patrimonio ecológico y cultural (art-313-9), aunque, igualmente, con la advertencia de que dichas facultades han de ser ejercidas de conformidad con la ley e interpretadas, según la Corte Constitucional, como la posibilidad de los municipios de responder administrativamente a las necesidades específicas y particulares de cada localidad, “y no como una potestad autónoma o residual para establecer limitaciones o restricciones a los derechos constitucionales, entre ellas las sanciones policivas, que no han sido previstas por el Congreso de la República”.²

b) Función de policía

La función de policía corresponde ya no al dictado de las normas generales de policía, sino a la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida por las autoridades administrativas a través de los medios de policía autorizados por el legislador y dentro del marco fijado por éste³. Así, se ha indicado:

“De otra parte, la función de policía implica la atribución y el ejercicio de competencias concretas asignadas de ordinario y mediante el ejercicio del poder de policía a las autoridades administrativas de policía; en últimas, esta es la gestión administrativa en la que se concreta el deber de policía y debe ser ejercida dentro de los marcos generales impuestos por la ley en el orden nacional”.⁴

Advierte claramente la jurisprudencia, que el ejercicio de la función de policía no otorga facultades de reglamentación ni de regulación de las libertades públicas, esto es, que *no es poder de policía*, el cual, como se dijo, está reservado a la ley⁵.

Se trata así del ejercicio de funciones típicamente administrativas que carecen, por tanto, del carácter material y formal de ley.

Los titulares naturales de esta función son el Presidente de la República a quien le compete “conservar en todo el territorio nacional el orden público” (art.189-4 C.P.), los gobernadores (art.303 C.P.) y los alcaldes (art.315-2), quienes “ejercen la función de policía “dentro del marco constitucional, legal y reglamentario”⁶. Igualmente estaría la atribución que el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 le da a los Concejos Municipales para “1. Disponer lo referente a la policía en sus distintos ramos, *sin contravenir las leyes y ordenanzas*, ni los decretos del Gobierno Nacional o del Gobernador respectivo”.⁷

En esa medida, las autoridades administrativas tendrán *los medios de policía autorizados por el legislador*, tales como órdenes, prohibiciones, medidas correctivas, permisos y *reglamentos de policía*, entre otros, en cualquier caso dentro de los límites fijados por la misma ley para su utilización.

En relación con los “*reglamentos de policía*” que se acaban de mencionar, los cuales constituyen uno de los medios de policía que el legislador

pone ordinariamente a disposición de las autoridades administrativa para el control del orden público (ante la imposibilidad de prever todas las circunstancias fácticas que se deben enfrentar en un momento dado), cabe decir que no son asimilables ni tienen el alcance del poder de policía que detenta el legislador para restringir y limitar las libertades públicas²⁸. Son reglamentos subordinados a la ley, nunca autónomos ni sustitutivos de ella y que tienen por objeto atender necesidades particulares que pueden afectar en un momento dado la situación de orden público en ámbitos específicos de la salubridad, la tranquilidad o la seguridad pública²⁹.

Así, mientras que en el ejercicio del poder de policía se restringen y delimitan derechos constitucionales de manera general y abstracta y se establecen las condiciones en que las autoridades administrativas pueden actuar sobre esos derechos, “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”.³⁰

Por tanto, a través de ellos no se podrían modificar o sustituir las leyes de policía, ni son tampoco un medio válido para crear medidas correctivas de policía, las cuales como se revisa más adelante, están sometidas a reserva de ley³¹.

c) Actividad de Policía.

Finalmente, se encuentra la actividad de policía. Esta se refiere ya a la actividad material de los cuerpos de policía, que tienen a su cargo la ejecución concreta e inmediata de mantenimiento del orden público (Art.218 C.P)³². Sobre ella se ha dicho:

(...) la actividad de policía se refiere a los oficiales, suboficiales y agentes de policía quienes no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor al hacer cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía. “³³

En ese sentido, el cuerpo de policía tiene una misión de ejecución material, que en cualquier caso, en virtud del principio de legalidad, está necesariamente subordinada al poder y la función de policía. Por su naturaleza ejecutora, la actividad de policía “no está orientada a la producción de actos jurídicos” y “tampoco es reglamentaria ni reguladora de la libertad.”³⁴

En sentencia C-492 de 2002, la Corte Constitucional resumió de la siguiente manera esta tridivisión del concepto de policía, que ha sido utilizada en general en todas sus sentencias sobre la materia para determinar la competencia del legislador y de las autoridades administrativas en relación con el control y mantenimiento del orden público:

“5. En síntesis, se puede afirmar que la Corte Constitucional frente a la función de proteger el orden público tiene como criterio de distinción:

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

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

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

3.2. El poder de policía de las entidades territoriales: el cambio que produjo la Constitución Política de 1991.

La Sala considera necesario detenerse en este punto, en la medida que permite contextualizar el alcance de las competencias de los departamentos y del distrito capital en materia de orden público, en especial, respecto a que ellas no alcanzan materias sujetas a reserva de ley, que es el fundamento de la Sentencia C-593 de 2005 a que alude la Consulta.

Sea lo primero decir que un principio esencial de la organización territorial del Estado Colombiano, es la autonomía administrativa reconocida a las entidades territoriales (art.1 y 287 C.P.) y la posibilidad de autogobernarse para la gestión de los asuntos locales, esto es, el “derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponden, administrar sus propios recursos y participar de las rentas nacionales”¹. Por tanto, las entidades territoriales tienen “capacidad de autoformación como de acción en el plano ejecutivo”, pues gozan de una aptitud suficiente “para la elección de una política propia en la elección de estrategias distintas para la gestión de sus propios intereses”³.

Sin embargo, se trata de una autonomía administrativa y no legislativa en la medida que la función de hacer las leyes se encuentra concentrada en el Congreso de la República (Art.114 C.P.) y no ha sido compartida con las entidades territoriales; por tanto, las competencias de autorregulación de estas últimas y su poder de autogobierno, tienen como límite natural aquéllas materias que son objeto de reserva de ley y que, por lo mismo, sólo pueden ser reguladas por normas de esa naturaleza³. Es así que, cuanto el artículo 287 de la Constitución Política se refiere a la autonomía de las entidades territoriales, señala que la misma se ejercerá “dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

En vigencia de la Constitución anterior se consideró con base en el numeral 9 del artículo 187 de la Constitución Política de 1886, según el cual correspondía a las Asambleas Departamentales “reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal”, que el poder de policía, esto es, la potestad de restringir y limitar las libertades públicas⁸, lo compartían el Congreso de la República y las Asambleas Departamentales. Esa regla aparece reproducida en el Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986), que en su artículo 60 señala:

“ARTÍCULO 60. Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas

9°. Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal;”

Se entendió en su momento que las Asambleas Departamentales tenían competencia normativa para todo aquello *que no hubiera sido objeto de regulación legal*, por lo que podían disponer la limitación y restricción de libertades públicas con la única condición que las mismas no hubieran sido reglamentadas previamente por una ley. Lo anterior, además, en el contexto de que la Constitución de 1886 no le daba el mismo alcance y cobertura a la reserva legal de ciertas materias, como cuando disponía que las penas podían imponerse con base no sólo en ley, sino también en orden o decreto previo (art.28) o que la detención de personas podía ordenarse por autoridad competente, incluyendo en este concepto también a las autoridades administrativas (art.23), todo lo cual permitía entender que a través de ordenanzas era posible ejercer *el poder de policía*.

En ese entendido, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable diversos apartes del Código Nacional de Policía que extendían la facultad de dictar normas para limitar las libertades públicas a otras autoridades diferentes a las Asambleas Departamentales, tales como el Presidente⁹ y los Concejos Municipales⁴; también declaró inexecutable otro aparte del mismo Código según el cual los reglamentos de policía adoptados por el Concejo de Bogotá “no están subordinados a las ordenanzas”⁴. A juicio de ese Tribunal, el poder de policía estaba atribuido, conforme a los artículos 167 y 187-9 de la Constitución Política de 1886, al Congreso y a las Asambleas Departamentales, de manera que las normas demandadas invadían las competencias exclusivas de estas últimas, “a quienes atañe complementar dentro del ámbito de su territorio lo que el legislador no ha dispuesto en lo nacional”⁴

Por tanto, se permitía la restricción de las libertades públicas a través de ordenanzas, al punto que la jurisprudencia del Consejo de Estado distinguía dos tipos de reglamentos de policía:

- Los *reglamentos autónomos o principales de policía*, por los cuales los Departamentos, a través de sus Asambleas, “estatuyen prohibiciones directas a las particulares, se configuran las contravenciones, se establecen sanciones, se determinan los órganos para imponerlas y se señalan los procedimientos para su cumplimiento”⁵.

Concepto Sala de Consulta C.E. 1999 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA - Gestor Normativo

los procedimientos correspondientes”⁴³(Se subraya); y

Bajo esta categoría se han expedido a lo largo del tiempo códigos departamentales de policía en los que se establecen medidas correctivas y sancionatorias, en algunos casos desplazando incluso lo dispuesto en el propio Código Nacional de Policía o en otras normas legales.

- Los *reglamentos secundarios o complementarios*, constituidos por las disposiciones indispensables para la cabal aplicación de los reglamentos autónomos, que corresponde expedir para el mantenimiento del orden público al “Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria” e igualmente a “los Gobernadores, los Alcaldes y los Concejos”.⁴⁴

Respecto de estos últimos, cabe decir que los mismos no representan en general ningún problema constitucional⁴⁵, pues a través de ellos simplemente se da cumplimiento a las normas legales de policía de acuerdo con las competencias asignadas por la Constitución y la ley para el mantenimiento y conservación del orden público⁴⁶. Según se vio, la Corte Constitucional los ubica dentro de la “función de policía”, en tanto que sirven para la aplicación de la ley de policía, pero no son paralelos ni sustitutivos de ella, pues no pueden por sí mismos establecer restricciones a las libertades públicas no autorizadas por el legislador⁴⁷.

Sin embargo, en relación con los llamados *reglamentos autónomos* y en general respecto de la posibilidad de que las autoridades administrativas establecieran directamente limitaciones y restricciones a las libertades públicas a través de un poder normativo de policía paralelo al del Congreso de la República, la situación cambió radicalmente con la Constitución Política de 1991, a partir de una nueva lectura de las facultades de las Asambleas Departamentales para dictar normas de policía, conforme al artículo 300-8 Superior que dispone:

“ARTÍCULO 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas: (...) “8. Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”.

En efecto, teniendo en cuenta el énfasis constitucional en la reserva de ley para la restricción de las libertades ciudadanas y lo dispuesto en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, la Corte Constitucional entendió desde sus primeras sentencias y lo ha venido ratificando insistentemente, incluso mucho antes de la Sentencia C-593 de 2005 citada por la entidad consultante, que la facultad de las asambleas departamentales en la Constitución Política de 1991 no es, como se sostenía con base en la anterior Carta Política, *para todo aquello que no está regulado en la ley*, sino respecto de aquello *que no sea materia de disposición legal*, es decir, *que no esté sujeto a reserva de ley*. Por tanto, las materias que conforme a la Constitución deben ser normadas exclusivamente por el legislador (como lo atinente al establecimiento de sanciones y medidas correctivas de policía), no pueden ser objeto de regulación autónoma por las entidades territoriales, ni siquiera por parte de las Asambleas Departamentales, cuya atribución constitucional no alcanza esa dimensión.

Así, en Sentencia C-024 de 1994, la Corte Constitucional señaló que el poder de policía que pueden ejercer subsidiariamente el Presidente y las Asambleas “no puede invadir esferas en las cuáles la Constitución haya establecido una reserva legal”, por lo cual un gran número de derechos y libertades sólo pueden ser reglamentados por el Congreso, lo cual deriva de la naturaleza misma del Estado colombiano como república unitaria (CP Art.1º).” Y señaló expresamente que:

“...en la Carta de 1991 ya no es de recibo la tesis de la competencia subsidiaria del reglamento para limitar la libertad allí donde la ley no lo ha hecho y existe reserva legal, la cual había sido sostenida bajo el antiguo régimen por el Consejo de Estado⁴⁸ y la Corte Suprema de Justicia⁴⁹”. (Se resalta)

Posteriormente, en Sentencia C-366 de 1996, la Corte Constitucional se refirió al poder de policía de las asambleas departamentales como una potestad residual para “expedir disposiciones *complementarias* a las previstas en la ley”, interpretación que fue reiterada en Sentencia C-825 de 2004, en la que además se aclaró que el poder subsidiario de ciertas autoridades administrativas “no puede invadir esferas en las cuales la Constitución haya establecido una reserva legal, por lo cual, en general los derechos y libertades constitucionales sólo pueden ser reglamentados por el Congreso”.

por autoridades distintas al poder legislativo, pues ello no sólo equivaldría a desconocer los límites que el constitucionalismo democrático ha establecido para la garantía de los derechos fundamentales de la persona, sino además porque se estarían desconociendo mandatos claros de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (...).

Es así que, por ejemplo, ante la vaguedad e indeterminación de las causales en que daban lugar a la medida correctiva de “prohibición de concurrencia a determinados sitios públicos” del Código Nacional de Policía, la Corte Constitucional indicó en Sentencia C-087 de 2000 que “aún si se considerara que las disposiciones acusadas son normas incompletas, ellas no pueden completarse con ordenanzas, acuerdos, u otra clase de disposiciones administrativas locales”, pues se trata de decisiones que sólo pueden ser adoptadas por el Congreso de la República.. Igualmente, al referirse en otra providencia a la limitación de la libertad de circulación, la Corte Constitucional anotó que:

“Desde otra óptica, resulta conveniente anotar, que la reserva de ley exigida para la limitación del derecho de circulación, implica que éste no puede ser objeto de regulación por otras autoridades; dichas autoridades sólo pueden expedir y ejecutar, dentro del ámbito de su competencia, las medidas jurídicas y materiales que autorice la ley, pero obrando igualmente con arreglo a los aludidos criterios”. “Se subraya)”⁵⁰

Nuevamente, en Sentencia C-492 de 2002 se hizo énfasis en las condiciones jurídicas que deben cumplir las normas que establecen *medidas administrativas de corrección*, en cuanto que, “deberán estar sujetas a un principio de estricta legalidad”. Y en sentencia C-790 de 2002 la Corte es perentoria al referirse a la imposibilidad de restricción de las libertades públicas por parte de las asambleas o concejos municipales, así estas corporaciones tengan carácter representativo; advirtió entonces, que no puede coexistir un poder de policía paralelo al del Congreso de la República en cabeza de las autoridades administrativas:

“Sobre este particular la Corte cree conveniente precisar que en el Estado Social de Derecho es lógico que la regulación de los derechos y las libertades públicas esté en cabeza del Congreso de la República, puesto que su protección supone que los actos estatales que los afecten estén rodeados de un conjunto de garantías mínimas, entre ellas la relacionada con la necesidad de que cualquier limitación o restricción se establezca por medio de una ley adoptada por el poder legislativo como expresión de la voluntad popular.

A la luz de los anteriores planteamientos resulta claro, entonces, que al lado del poder de policía que ejerce el Congreso de la República mediante la expedición de leyes que restringen los derechos y libertades ciudadanas, no puede coexistir un poder de policía subsidiario o residual en cabeza de las autoridades administrativas, así éstas sean también de origen representativo como el Presidente de la República, los Gobernadores y Alcaldes y las corporaciones administrativas de elección popular -asambleas departamentales y concejos municipales-, pues, se repite, el órgano legislativo es quien detenta en forma exclusiva y excluyente la competencia para limitar tales derechos y libertades públicas.

-

(...)

También es cierto que por mandato del artículo 300-8 de la Constitución Política, a las Asambleas departamentales les corresponde “*dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal*”, atribución que, según lo expuesto, no puede ser entendida como el reconocimiento a dichas corporaciones de un poder de policía autónomo y absoluto para limitar de manera general derechos y libertades públicas, pues no puede olvidarse que en materia de derechos fundamentales el poder de policía está reservado al legislador, y además porque conforme a lo dispuesto en el artículo 287 Superior las competencias de las autoridades locales deben ejercerse dentro de los límites de la Constitución y la ley.”

Así pues, que con estos matices deberá interpretarse y aplicarse por los entes territoriales lo que disponen normas anteriores a la Constitución de 1991, como el artículo 8 del Código Nacional de Policía según el cual las asambleas departamentales podrán regular las libertades públicas “en relación con lo que no haya sido objeto de la ley o reglamento legal”; o el ya citado artículo 60-9 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986), que le asigna a esas mismas corporaciones administrativas la función de “9o. Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal”. O, más aún lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 de acuerdo con el cual a los concejos municipales les corresponde “1. Disponer lo referente a la policía en sus distintos ramos, *sin contravenir las leyes y ordenanzas*, ni los decretos del Gobierno Nacional o del Gobernador respectivo”.

legal. Como se reiteró nuevamente en las Sentencias C-117 de 2006, C-1008 de 2008 y C-352 de 2009, en el Estado de Derecho se impone “la necesidad de que cualquier limitación o restricción se establezca por medio de una ley adoptada por el órgano legislativo como expresión de la voluntad popular”⁵¹.

En este punto hay que tener en cuenta entonces, como recuerda SCHMIDT-ASSMANN, que la existencia de materias reservadas a la ley, tiene un efecto directamente limitador en el poder ejecutivo, “ya que las materias alcanzadas por la reserva, que no hayan sido objeto de previa regulación legal, no pueden ser reguladas por la Administración”.⁵²

Por tanto, los códigos departamentales de policía *expedidos o que se expidan con posterioridad a la Constitución Política de 1991*, deberán observar y ajustarse a las limitaciones que se establecen en ella, especialmente respecto de las materias que por estar reservadas a la ley, no pueden ser objeto de regulación directa a través de actos de naturaleza administrativa.

4. Análisis particular de la Sentencia C-593 de 2005: reserva legal para establecer medidas correctivas de policía.

La Sentencia C-593 de 2005 en que se funda la consulta, recoge en gran medida la jurisprudencia constitucional antes expuesta, sobre la competencia exclusiva del Congreso de la República para limitar las libertades públicas, así como del alcance restringido de la atribución que en materia de policía conservó la Constitución a favor de los departamentos (art.300-8) y, por contera, del distrito capital. En ese sentido, no constituye un precedente novedoso y asilado, sino integrado a la reiterada línea jurisprudencial sobre ese tema.

Como ya se mencionó, la Corte Constitucional revisaba en esta sentencia una demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 226 del Código de Policía, según la cual *las medidas correctivas* de policía aplicables en cada caso serían las indicadas “en la ley o el reglamento”.

En su intervención, el Ministerio Público recordó que la norma acusada era vestigio del entendimiento que se tenía de la materia en la época en que se expidió el Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), pero que en el contexto de los principios y valores de la Constitución Política de 1991, “la posibilidad de que por medio de reglamentos se determinen medidas correctivas de policía desconoce abiertamente el principio de legalidad y por la misma vía el principio de separación de poderes, el debido proceso, la seguridad jurídica, y el derecho a la igualdad.” Y agregó: “Ningún precepto de la constitución le atribuye el poder de policía a un órgano diferente al Congreso de la República y, por lo tanto, las autoridades que no ostentan la potestad legislativa no tienen competencia para establecer medidas limitantes de la libertad individual”⁵³.

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional centró su estudio, precisamente, en determinar si la Constitución Política de 1991 permite que las autoridades administrativas establezcan “medidas correctivas” de policía a través de reglamentos, es decir, de decisiones de naturaleza administrativa⁵⁴.

Recordando lo dicho en las Sentencias C-825 de 2004 y C-790 de 2002 (antes citadas), ese tribunal reiteró la existencia de reserva legal en materia de limitación y restricción de libertades públicas, conforme a los artículos 1 (respeto a la dignidad humana), 5 (inalienabilidad de los derechos fundamentales), 6 (responsabilidad de los particulares únicamente por violación de la Constitución y la Ley), y 29 (legalidad de las sanciones) de la Constitución:

“En un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (art. 1, C.P.) y en la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5, C.P.), en el cual el principio constitucional de legalidad indica que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las leyes de la República (art. 6, C.P.), y en el que todas las personas son titulares del derecho fundamental al debido proceso, conforme al cual nadie podrá ser juzgado sino de conformidad con leyes preexistentes al acto que se le imputa (art. 29, C.P.), únicamente el Congreso de la República, en tanto órgano representativo y democrático por excelencia, puede establecer limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, mediante la adopción de normas generales de policía destinadas a preservar el orden público.”

derechos ciudadanos, deriva también de los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos:

“La reserva de ley en materia de limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales cuenta, así mismo, con un amplio sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, que es constitucionalmente relevante por virtud del mandato del artículo 93 Superior. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 30, dispone que sólo serán permisibles aquellas restricciones establecidas *“conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general”*. Según ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-06/86, citada en anteriores oportunidades por esta Corporación, la expresión “leyes” contenida en este artículo *‘significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes (...). La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.’*⁵⁵” (cursiva del texto original)

Con base en lo anterior y en el entendido que *las medidas correctivas de policía constituyen restricciones o limitaciones a los derechos constitucionales*⁵⁶, la Corte Constitucional concluyó que sólo el Congreso de la República puede crearlas o autorizar su creación:

“En aplicación de la doctrina constitucional precedente, considera la Corte que la disposición demandada, al establecer que las medidas correctivas aplicables a quienes cometan contravenciones de policía serán las que establezca la ley “o el reglamento”, es contraria a la Constitución Política, en la medida en que es únicamente el Congreso, como órgano democrático y representativo a quien se le ha confiado y reservado el poder de policía a nivel nacional, el que está constitucionalmente habilitado para dictar normas que limiten o restrinjan los derechos constitucionales de los asociados, función que no puede ser cumplida mediante un reglamento. En efecto, las medidas correctivas de policía constituyen restricciones o limitaciones de derechos constitucionales por varias razones atinentes a su naturaleza, su función y sus implicaciones, como puede concluirse de las previstas o autorizadas en las normas legales vigentes. Baste para este propósito citar lo dispuesto en el artículo 186 del Código Nacional de Policía, de conformidad con el cual son medidas correctivas, entre otras, la reprensión en audiencia pública, la expulsión de sitio público o abierto al público, la retención transitoria, la multa, el decomiso, el cierre de establecimientos, la suspensión de obras o la suspensión de permisos o licencias. Por lo tanto, sólo el Congreso mediante leyes puede crear legítimamente este tipo de medidas, o autorizar su creación; una norma que, como la demandada, atribuye a las autoridades administrativas la facultad de establecer medidas correctivas adicionales mediante reglamento contraría la reserva de ley en este campo y resulta, por lo tanto, inconstitucional.”

Así las cosas, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “en el reglamento” del artículo 226 del Código de Policía, el cual quedó entonces de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 226 La medida correctiva aplicable será, en cada caso, la indicada en la ley”. (Negrilla fuera del texto)

Cabe resaltar que en esta Sentencia C-593 de 2005, la Corte Constitucional reiteró nuevamente el alcance restringido de las competencias en materia de policía tanto de las Asambleas Departamentales (art. 300-8 C.P.) como de los concejos municipales (art.313-7 y 313-9), respecto de lo cual volvió a señalar que sus facultades constitucionales no comprenden materias reservadas a la ley, ni permiten desplazar o modificar el contenido de esta última:

“4. El alcance de las competencias reglamentarias de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, y los límites constitucionales de imperativa observancia. Reiteración de jurisprudencia.

Con base en la doctrina constitucional que se acaba de reseñar, la Corte concluye hasta este punto que en principio, es únicamente el Congreso el que está constitucionalmente habilitado para dictar normas de policía que limiten o restrinjan los derechos fundamentales de los asociados, y que dentro del marco normativo que éste señale, las corporaciones de elección popular en las cuales el Constituyente radicó expresa y específicamente la atribución de dictar normas de policía en ciertos ámbitos, pueden dictar normas generales y abstractas en la materia, sin exceder ni modificar lo establecido en la ley nacional. Es importante ahora que la Corte aluda a cuál es el ámbito propio de los reglamentos que pueden adoptar las Asambleas y los Concejos en esta materia.

Como se indicó anteriormente, las Asambleas Departamentales fueron investidas por el artículo 300-8 de la Carta, de una facultad en virtud del cual les corresponde *“dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”*. La doctrina constitucional que se reseñó en el acápite precedente indica, con toda claridad, que éste no es un poder de policía autónomo o residual en virtud del cual las Asambleas puedan limitar o restringir los derechos ciudadanos; por el contrario, es una facultad normativa que se ha de ejercer dentro del marco estricto de los principios de legalidad y constitucionalidad. Cuando la Carta Política autoriza a las Asambleas Departamentales para establecer normas de policía en *“aquello que no sea materia de disposición legal”*, no está facultando a estas corporaciones, en lo que respecta a la limitación o restricción de derechos constitucionales, para (i) reglamentar aquellos asuntos que no han sido regulados en absoluto por el Legislador, ni para (ii) reglamentar lo que el Legislador ha regulado sólo parcialmente en aquellos ámbitos no regulados por éste; cualquiera de estas dos interpretaciones implicaría desconocer la reserva estricta de ley que pesa sobre cualquier limitación o restricción normativa del ejercicio de los derechos fundamentales. Considera la Corte, a la luz de la jurisprudencia citada, que la cláusula constitucional en comento debe interpretarse como una autorización para que las Asambleas dicten reglamentos de policía en aquellos temas que no están sujetos a una reserva legal. Ello comprende, por ejemplo, los aspectos que son necesarios para responder a las especificidades departamentales, distritales o municipales, sin establecer limitaciones o restricciones adicionales a los derechos de los ciudadanos que no hayan sido previstas o autorizadas con anterioridad por el Legislador Nacional, y con pleno respeto por las normas legales y constitucionales pertinentes. “

Además, se refirió a la necesidad de que la ley señale de forma expresa y detallada las bases legales para el ejercicio de las funciones normativas en materia de policía por parte de las entidades territoriales:

“Esto significa que corresponde al Congreso de la República dictar (a) las bases que deben respetar las Asambleas al momento de dictar ordenanzas en materia de policía, (b) los ámbitos de acción dentro de los cuales las Asambleas pueden ejercer su facultad normativa, así como los parámetros que deben observar, y (c) las prohibiciones a las que están sujetas las Asambleas en ejercicio de dicha facultad. No pueden las Asambleas Departamentales, en consecuencia, dictar normas de policía que establezcan sanciones diferentes a las previstas o autorizadas por el Legislador nacional, dado que las medidas correctivas de policía, por su naturaleza, función e implicación, constituyen limitaciones o restricciones de derechos constitucionales.

-

(...)

Al igual que las Asambleas Departamentales, dentro del ámbito limitado de estas dos atribuciones policivas los Concejos Municipales deben obrar con pleno acatamiento de las normas legales y constitucionales aplicables, así como de las ordenanzas departamentales correspondientes, y sin ir más allá de las limitaciones o restricciones a los derechos que han sido previstas o autorizadas por el Legislador Nacional. Así mismo, también corresponde al Congreso de la República establecer, mediante el instrumento legal correspondiente, (a) las bases para que los Concejos dicten acuerdos en estas dos esferas, (b) la delimitación concreta del alcance de cada uno de estos dos ámbitos de reglamentación, y (c) las prohibiciones a las que están sujetos los Concejos en ejercicio de dicha atribución.

-

Con base en lo anterior, se concluyó que en cualquier caso, tanto las Asambleas Departamentales como los Concejos Municipales y Distritales, al momento de dictar normas de policía, “han de observar cuidadosamente los límites constitucionales que pesan sobre las limitaciones y restricciones de los derechos constitucionales en este campo.” (Se subraya)

De acuerdo con lo visto, es evidente que constitucionalmente las autoridades administrativas no pueden crear medidas correctivas de policía sino aplicar las autorizadas por el legislador en los supuestos y para los eventos señalados o autorizados por éste. No se trata solamente de un problema de legalidad, sino de las garantías que se consagran desde la Constitución Política de 1991 a favor de las libertades y derechos fundamentales de las personas (arts.1, 5, 6, 28 y 29, entre otros).

En esa medida, cuando se ejerza la función de policía en un caso concreto mediante la imposición de medidas correctivas o sancionatorias, la ausencia de una norma con fuerza de ley que respalde la actuación, planteará al operador jurídico un problema constitucional que deberá resolver en cada caso particular.

Es posible que las autoridades administrativas desarrollen materias de policía de acuerdo con las necesidades locales, pero siempre dentro del marco de la ley (como cuando ésta permite fijar horarios, dictar normas ambientales locales bajo un principio de rigor subsidiario, controlar el uso de la pólvora, etc.⁷) y no sobre la base de una posible competencia general y autónoma de regulación y restricción de las libertades

públicas a través de actos de naturaleza administrativa que la Constitución Política de 1991 no consagra.

5. El régimen especial de Bogotá: no permite ejercicio de competencias legislativas por parte de sus autoridades.

Visto entonces que la Constitución Política de 1991 reserva a la ley la limitación y restricción de las libertades públicas y no permite que las autoridades administrativas creen contravenciones de policía o modifiquen las leyes que las establecen, restaría por verificar si en el caso de Bogotá su régimen constitucional y legal permite llegar a una conclusión diferente.

El artículo 322 de la Constitución Política establece lo siguiente:

ARTÍCULO 322⁵. Bogotá, Capital de la República y el Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

- Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio. (Se subraya)

Sin embargo, como se observa, este régimen especial no conlleva el traslado de competencias legislativas al Distrito, pues la Constitución solamente autoriza al legislador para expedir un “régimen político, fiscal y administrativo” distinto al que rige para los municipios, lo que a su vez es coherente con el ya mencionado carácter unitario del Estado colombiano y la concentración de la función legislativa en el Congreso, que no fue objeto de descentralización a las entidades territoriales⁵. Así, el mismo artículo se refiere únicamente al reparto “de competencias y funciones *administrativas*” entre las autoridades distritales y a continuación señala que a éstas les corresponderá “el desarrollo armónico e integral de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del distrito”.

Así que, las autoridades distritales siguen siendo autoridades administrativas, como lo recordó el Consejo de Estado al referirse a las funciones del Concejo Distrital, en particular al estudiar una demanda contra la expresión “en materia administrativa sus atribuciones son de carácter normativo” del artículo 8 del Decreto 1421 de 1993 (Estatuto de Bogotá). El Consejo de Estado señaló:

“la Sala no aprecia la infracción de los artículos 30. y 312 de la Carta Política, por cuanto dicha norma no le está quitando al Concejo su condición de corporación administrativa sino que por el contrario le está reconociendo tal condición, la cual se manifiesta a través de la expedición de normas que participan de la misma naturaleza del ente que las expide, esto es, de naturaleza o carácter administrativo.”⁶ (Se subraya).

Por tanto, es claro el ámbito administrativo y no legislativo de la autonomía y régimen especial de Bogotá.

En consecuencia, el artículo 12-18 del Estatuto de Bogotá (Decreto Ley 1421 de 1993), según el cual el Concejo Distrital tendrá, entre otras, la función de expedir el Código de Policía de la ciudad⁶, debe interpretarse dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes que regulan la función de policía, y no como una autorización abierta y general para la sustitución de dichas leyes en el ámbito local, o para la regulación directa de aquellas materias sujetas a reserva legal, como las relacionadas con el establecimiento de medidas correctivas de policía.

Por extensión, la atribución del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, según la cual a los concejos municipales les corresponde “1. Disponer lo referente a la policía en sus distintos ramos, *sin contravenir las leyes y ordenanzas*, ni los decretos del Gobierno Nacional o del Gobernador respectivo”, es, como dice su texto, una competencia sujeta a la ley y a las ordenanzas, que tampoco, como ya se vio, asigna poder de policía a los municipios para crear medidas correctivas.

Incluso, si se asimilara la función del Concejo Distrital a la que constitucionalmente corresponde a las Asambleas Departamentales conforme al artículo 300-86² Superior, habría que remitirse a los límites a la que ésta se encuentra sujeta, en el sentido que, como se aclaró, a través de la misma no se abre la posibilidad regular materias sujetas a reserva de ley, pues se trata de una competencia limitada de carácter administrativo.

Por tanto, en el caso del Distrito Capital de Bogotá tampoco existe una autorización constitucional o legal que permita entender que el Concejo Distrital tiene competencia, especialmente después de la Constitución Política de 1991, para crear o modificar medidas correctivas de policía o extender sus supuestos de aplicabilidad a través de acuerdos distritales, los cuales no tienen una categoría mayor a la de actos administrativos locales.

No comparte la Sala la interpretación que se presenta en la consulta, en el sentido que la reserva legal se cumple por el hecho de que una ley cualquiera haya consagrado una medida correctiva para ciertas conductas (por ejemplo la medida correctiva de asistencia a cursos pedagógicos que actualmente está prevista en el Código Nacional de Tránsito para ciertas infracciones de tránsito), con lo cual, al estar consagrada la figura en una “una ley”, las autoridades locales estarían habilitadas para variar los supuestos en que se aplica o para extenderla por su propia cuenta y sin autorización legal a cualquier otra infracción de policía.

Es claro entonces que en los casos en que la autoridad local en desarrollo de la función de policía deba resolver sobre la aplicación de una medida correctiva de policía no prevista en una norma con rango de ley³, enfrentará necesariamente un problema constitucional (no sólo de legalidad) derivado de la protección que brindan los artículos 1, 5, 6, 28 y 29 a los derechos y libertades públicas.

Se reitera en todo caso, que la excepción de inconstitucionalidad sólo tiene efectos para el caso en que se aplica y no conlleva el retiro del ordenamiento jurídico de la norma inaplicada a esa situación particular, por lo que conforme se señala enseguida, la Sala recomienda concretar la reforma y modernización del Código Nacional de Policía y promover en lo que corresponda la actualización del Código de Policía de Bogotá y en general de los códigos departamentales de policía, conforme a los límites fijados a partir de la Constitución Política de 1991.

6. Recomendación final: insistencia en la necesidad de actualización del Código Nacional de Policía y de los códigos departamentales y distrital.

Después de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha venido declarando la constitucionalidad condicionada o la inconstitucionalidad de una cantidad importante de normas del Código Nacional de Policía de 1971 que no se ajustaban materialmente a los estándares constitucionales en materia de restricción de las libertades públicas, especialmente porque no delimitaban con precisión las condiciones par el ejercicio de la función de policía, o bien porque trasladaban a las autoridades administrativas competencias que constitucionalmente están reservadas a otras ramas del poder público (como la legislativa o la judicial)⁴.

Esa situación ha generado graves vacíos en el Código Nacional de Policía e importantes cambios en lo que antes de la Constitución Política de 1991 se aceptaba como regulable por las entidades territoriales, lo cual ha venido afectando la actuación de las autoridades administrativas nacionales y locales encargadas del control y mantenimiento del orden público.

Además, otras medidas correctivas y sancionatorias se han vuelto obsoletas y no responden a las exigencias actuales que enfrenta el orden público.

En ese contexto, la misma jurisprudencia constitucional ha instado al Congreso para que actualice el Código Nacional de Policía y lo adapte al nuevo marco constitucional vigente. El llamado más concreto se dio en la Sentencia C-720 de 2007, cuando al declarar inconstitucional la medida correctiva de “retención transitoria”, hizo un extenso resumen de las normas de dicho código que han tenido la misma suerte, con base en lo cual resolvió:

“Quinto.- Exhortar al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución. 6⁵

En particular, para el caso que ocupa a la Sala, la Corte Constitucional se refirió en esa Sentencia C-720 de 2007, al vacío que existe en relación con los parámetros legales que deben seguir las entidades territoriales para dictar normas de policía:

“Además, no debe perderse de vista que las autoridades de policía en el ámbito territorial deben guiarse por los parámetros fijados por el Legislador en el territorio nacional para poder dictar las normas de policía que se requieran en el respectivo nivel, atendiendo a las características de la vida social y comunitaria que le son propias. En la actualidad, la situación descrita con la normatividad nacional, ha hecho caer igualmente en desuso muchas de las normas de policía departamentales y locales, con lo cual se hace aún más evidente el vacío normativo y aún más imperiosa la necesidad de subsanarlo.”

Con ello se reiteraba lo señalado en la Sentencia C-593 de 2005 que ha sido objeto de análisis por la Sala, en la cual la Corte Constitucional también se refirió a la necesidad de que el legislador establezca: (a) las bases que deben respetar las Asambleas al momento de dictar ordenanzas en materia de policía, (b) los ámbitos de acción dentro de los cuales las Asambleas pueden ejercer su facultad normativa, así como los parámetros que deben observar, y (c) las prohibiciones a las que están sujetas las Asambleas en ejercicio de dicha facultad.

Por su parte, la Sala ha podido verificar que en la Gaceta 433 de 2008 aparece publicado el Proyecto de Ley de iniciativa gubernamental⁶ 011 de 2008 Cámara, por medio del cual “se expide el Código Nacional de Policía (Código de Convivencia)”, al que ya se le ha dado primer debate (Gaceta del Congreso 933 de 2008) y se ha radicado ponencia para el Segundo Debate (Gaceta 1110 de 2009), que fue incluida en el orden del día del 27 de abril de 2010. Entre sus motivaciones está, precisamente, el hecho de que al amparo de la Constitución anterior surgieron códigos departamentales de policía que no se avienen al nuevo marco constitucional y que entran en conflicto con éste y con el mismo Código Nacional de Policía⁷, lo que hace necesario unificar la ley de policía, sin perjuicio del espacio que cabe a las entidades territoriales para dictar medidas *complementarias* de alcance local, siempre que no se opongan al Código Nacional de Policía ni abarquen materias reservadas a la ley (art.3 del proyecto de ley) ⁸.

Por tanto, la Sala insiste en la necesidad de actualización del Código Nacional de Policía y, de contera, de los códigos expedidos por los departamentos y por el distrito capital de Bogotá, con el fin de hacerlos compatibles con el marco constitucional vigente que atribuye al legislador la competencia para la restricción y limitación de las libertades públicas, especialmente para el señalamiento de las medidas correctivas y demás medios de policía que pueden utilizar las autoridades administrativas y los cuerpos de policía para el mantenimiento y control del orden público.

Con base en lo anterior, la Sala responde:

“1. ¿Son vigentes las medidas correctivas consagradas en el Código de Policía de Bogotá – Acuerdo Distrital 79 de 2003?”

Respuesta. Sí, mientras no hayan sido anuladas o suspendidas, o revocadas o derogadas por un acto posterior, las medidas correctivas del Código de Policía de Bogotá se encuentran vigentes.

“2. En caso que se encuentren vigentes, ¿pueden los operadores jurídicos inaplicar las medidas correctivas del Código de Policía de Bogotá, con el argumento que son inconstitucionales, de conformidad con la Sentencia C-593 de 2005?” (Se subraya).

Respuesta. En los casos particulares y concretos en que los operadores jurídicos encuentren que la medida correctiva de policía no tiene fundamento en una norma con fuerza de ley o que se extiende a supuestos no previstos en ella, deberán examinar su compatibilidad con la Constitución y establecer la posibilidad de aplicar o no la excepción de inconstitucionalidad.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA

PRESIDENTE DE LA SALA

SALVO VOTO

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

MAGISTRADO

HERNANDO YEPES ARCILA

CONJUEZ

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

MAGISTRADO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARÍA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Díez-Picazo, Luis María. La Derogación de las leyes. Madrid, Civitas, 1990, p.143.

2 Forsthoff Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p.217.

3 “Por otra parte, en un punto crucial para este concepto como son los efectos de la excepción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia consultada es reiterada en señalar que la norma inaplicada lo será sólo para el caso concreto y que la misma subsiste en el ordenamiento jurídico y no pierde su vigencia, por lo que seguirá teniendo aplicación general, mientras no sea derogada por el órgano competente o declarada con efectos *“erga omnes”* su inexequibilidad” (Concepto 1956 de 2009, M.P. Luis Fernando Álvarez)..

4 “En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4° de la Carta, hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas.” (Sentencia T-389 de 2009). Al respecto pueden verse también de la Corte Constitucional las Sentencias C-803 de 2006 y SU 544 de 2001, entre otras.

5 Sentencia T-1015 de 2005.

7 Específicamente de los numerales 12 y 13 del artículo 164 (medida correctiva de retención y decomiso de bienes); del numeral 2 del artículo 170 (establecimiento de otras multas distintas a las previstas en el Código Nacional de Policía o en leyes especiales); y de las expresiones “cuando la rifa y espectáculo no estén autorizados” y “en el primer caso serán destruidos en presencia del tenedor y en el segundo se devolverá la taquilla” del numeral 2 del artículo 177, todos ellos del Código de Policía de Bogotá (Acuerdo 079 de 2003).

8 Concepto 1956 de 2009, M.P. Luis Fernando Álvarez.

9 Corte Constitucional, Sentencia C - 600 de octubre 21 de 1998.

1⁰ Sentencia C-803 de 2006. También en Sentencia T-389 de 2009, con base en Sentencia T-808 de 2007 se exige “clara evidencia” de incompatibilidad. Igualmente, en Sentencia T-1015 de 2005 se dijo lo siguiente citando la Sentencia T-614 de 1992 en cuanto a que: “En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”. (Se subraya)

1¹ Además se ha aclarado, que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad debe darse en el contexto de la violación de los derechos fundamentales en un caso concreto en que las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con el ordenamiento superior: “Lo que resulta relevante en este aspecto es entender las distintas competencias que se otorgan en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, y en virtud del control abstracto de constitucionalidad. La primera se implementa en el contexto de la vulneración de los principios constitucionales en casos concretos, y por ello suele referirse a la garantía de derechos fundamentales cuando estos se ven amenazados por la aplicación concreta de una norma de rango legal o reglamentario, y su ejercicio está en cabeza todos los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico. Y la segunda, es exclusiva de los jueces de control de constitucionalidad y tiene el alcance de declarar de manera definitiva la permanencia o la salida de una norma del ordenamiento jurídico.” Sentencia T-389 de 2009

1² Concepto 1956 de 2009, M.P. Luis Fernando Álvarez.

1³ Sentencia T-389 de 2009.

1⁴ Sentencia C-825 de 2004.

1⁵ Sentencia C-825 de 2004.

1⁶ Sentencia C-790 de 2002.

1⁷ Óp. cit. p. 392.

1⁸ Sentencia C-593 de 2005. Aquí se reitera la Sentencia C-825 de 2004 que señaló: “14- Desde esta perspectiva, no es admisible que los derechos constitucionales puedan ser restringidos, por vía general, por autoridades distintas al poder legislativo, pues ello no sólo equivaldría a desconocer los límites que el constitucionalismo democrático ha establecido para la garantía de los derechos fundamentales de la persona, sino además porque se estarían desconociendo mandatos claros de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, que hacen parte entonces del bloque de constitucionalidad (CP art. 93), para efectos de interpretar el alcance de los derechos previstos en la Carta. Así, el artículo 30 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse al alcance de las restricciones a los derechos amparados en dicho instrumento internacional, dispone que éstas sólo pueden ser aplicadas “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y a

el propósito para el cual han sido establecidas". Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión "leyes" contenida en este texto "significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes". La Corte Interamericana ha concluido entonces que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de "ley formal como norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado".

¹⁹ Sentencia C-492 de 2002. Así, se ha indicado que en el Estado Social de Derecho la protección adecuada de los derechos y libertades públicas "supone que los actos estatales que los afecten estén rodeados de un conjunto de garantías mínimas, entre ellas la relacionada con la necesidad de que cualquier limitación o restricción se establezca por medio de una ley adoptada por el órgano legislativo como expresión de la voluntad popular. Este procedimiento democrático imprime seguridad, publicidad y transparencia a las decisiones adoptadas en esta materia por el legislador. Adicionalmente ellas están sometidas a los controles establecidos en la Constitución a fin de proteger los derechos fundamentales. "(Sentencia C-117 de 2006)

²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Javeriana-Abeledo Perrot, 2009, p.441.

²¹ Ibídem, p.462. En la doctrina alemana moderna puede verse Schmidt- Asmann Eberhard, la Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003. P.198-199; igualmente MAURER, Hartmut, Introducción al Derecho Administrativo Alemán, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008. También, GARCIA de Enterría, Eduardo y TOMAS-RAMON FERNANDO, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1993.

²² Sentencia C-593 de 2005.

²³ Sentencia C-117 de 2006.

²⁴ Sentencia C-366 de 1996.

²⁵ Sentencia C-825 de 2004.

²⁶ Sentencia C-117 de 2006

²⁷ Concordante con el artículo 93 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), según el cual son atribuciones legales de los concejos: "3a. Arreglar la policía en sus deferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas, ni a los decretos del Gobierno, ni del Gobernador respectivo (...)"

²⁸ Sobre el alcance de estos reglamentos secundarios o complementarios, puede verse por ejemplo, Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, junio 10 de 1999, radicación 3881:

²⁹ Sentencia C-366 de 1996, al declarar exequible la facultad que le otorga a los alcaldes el artículo 111 del Código Nacional de Policía, para establecer horarios de funcionamiento para determinados establecimientos de comercio: "En el caso de la disposición acusada se trata de la atribución legal de competencias jurídicas concretas que permiten el ejercicio de la función de policía, propia de esa clase de autoridad administrativa en el orden local, en circunstancias y ámbitos previamente definidos y dentro de las limitaciones y delimitaciones legales de las libertades públicas relacionadas con los citados elementos del orden público policivo, que sirven a la autoridad de policía para cumplir sus funciones en esta materia como responsable del orden público local. Ciertamente, la normatividad que se autoriza expedir al Alcalde Municipal en virtud de la disposición acusada, no comporta la generalidad y abstracción características del ejercicio del poder de policía, pues se trata de la prescripción de unas determinadas norma de conducta, predicados de un tipo específico de actividad y dentro de un ámbito local de vigencia.

como es el horario de funcionamiento de unos establecimientos abiertos al público, aplicable a un concreto sector geográfico local; estas disposiciones son aplicables, además, a los usuarios de aquellos establecimientos, ubicados en el municipio respectivo, en los cuales se expenden bebidas alcohólicas en razón de la limitación de los mencionados elementos. Por otro lado, esta competencia se establece en la ley bajo la denominación de reglamentos de policía local, y a través de ellos es posible que se establezcan especificidades que den lugar al tratamiento diferenciado entre los establecimientos señalados (...). También en Sentencia C-825 de 2004.

³⁰ Sentencia C-366 de 1996.

³¹ En ese sentido, por ejemplo, se pronunció el Consejo de Estado al declarar la nulidad de un decreto distrital por el cual se establecía sin ningún fundamento legal la medida correctiva de retención transitoria por violación de las normas sobre posesión y manejo de pólvora (Sentencia de junio 10 de 1999, Sección Primera).

³² Sentencia C-024 de 1994.

³³ Sentencia C-825 de 2004.

³⁴ Sentencia C-825 de 2004, con apoyo en Sentencia de abril 21 de 1982 de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz

³⁵ Sentencia C-790 de 2002.

³⁶ *Ibídem*.

³⁷ "...Si bien la autonomía busca la autodeterminación de las entidades territoriales en la gestión de sus propios intereses, la propia Constitución la delimita a partir de la concepción unitaria del Estado y de la reserva que hace para el legislador para la regulación de ciertas materias que, como lo relativo al establecimiento del régimen de los servicios públicos, se consideran vitales para los intereses de la comunidad nacional y no sólo de los regionales y locales, en lo relativo a las situaciones generales que deben ser reglamentadas de manera uniforme, sin perjuicio de la especificidad de las regulaciones reglamentarias que deben hacerse por las entidades territoriales. (Sentencia C-284 de 1997). En el mismo sentido ha dicho el Consejo de Estado: "...la autonomía de que gozan las entidades territoriales, conlleva el derecho a definir la administración y disposición de sus recursos. La concreción de su ejercicio implica el desarrollo normativo de las previsiones contenidas en la ley, que deban ser reglamentadas por medio de actos administrativos emanados de las corporaciones de elección popular de dichas entidades; actividad para la cual las autoridades locales encuentran su límite propio en lo dispuesto en la constitución y la ley; por lo que debe entenderse que la autonomía que les garantiza la norma superior, no es absoluta, conforme al principio de República Unitaria". Consejo de Estado, Sentencia del 3/06/97, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo.

³⁸ Sentencia C-352 de 2009, C-1008 de 2008, etc.

³⁹ "ARTÍCULO 8. El Gobierno Nacional podrá reglamentar el ejercicio de la libertad en aquellas materias de que no se haya ocupado la ley."

⁴⁰ "ARTÍCULO 8. (...) Los Concejos podrán ocuparse de las materias no reglamentadas, por ley, decreto nacional u ordenanza."

⁴¹ "ARTÍCULO 8. (...) Es entendido que los reglamentos de policía acordados por el Concejo de Bogotá no están subordinados a las ordenanzas."

⁴² Sentencia del 27 de enero de 1977, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia: "Al examinar las disposiciones que ahora se tachan por inconstitucionalidad a la luz de los razonamientos anteriores, queda en claro que todos ellos tienden a atribuirse a autoridades y corporaciones distintas del Congreso y de las Asambleas Departamentales la potestad de reglamentar el ejercicio de las libertades individuales y que, como ello no está permitido por la Carta Fundamental, deben padecer tales preceptos la inexequibilidad". A su vez, el Consejo de Estado señalaba frente a la expedición de decretos municipales que establecían restricciones a las libertades públicas, estatuyendo prohibiciones, necesidad de licencias previas, procedimientos, medidas correctivas y sanciones (aspectos propios del poder y no de la función de policía), que el municipio

invadía por esa vía “un campo de acción exclusivamente reservado a la Asamblea del Departamento (en lo no regulado por la ley)” Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 25 de junio de 1988.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 13 de noviembre de 1979. Así mismo, puede verse Sentencia la Sección Primera del 25 de junio de 1988, Exp. 702.

⁴⁴ *Ibidem*. Igualmente, en Sentencia del 18 de febrero de 1983, el Consejo de Estado reitera la competencia de las Asambleas Departamentales para expedir *reglamentos autónomos de policía* que contengan contravenciones y sanciones en las materias no reguladas por el legislador: “Los llamados reglamentos autónomos o principales que establecen las prohibiciones directas a los particulares, configuran las contravenciones, señalan sanciones, determinan los órganos para imponerlas y los procedimientos que deben seguirse, únicamente pueden ser expedidos para el ámbito nacional por el legislador, y en el ámbito local o departamental, por las Asambleas pero en aquellas materias que no hayan sido tratadas por la ley. Los llamados reglamentos secundarios y complementarios, constituidos por las disposiciones indispensables para la cabal aplicación de aquellos, pueden ser instituidos, respecto de los nacionales por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria e igualmente para los locales o departamentales, por los Gobernadores, los Alcaldes y los Concejos. ...”

⁴⁵ Ver por ejemplo Sentencia del Consejo de Estado del 9 de junio de 1998, expediente 4894 o Sentencia del 17 de mayo de 2001, Exp. 1998-0707: “De acuerdo con lo anterior, el Alcalde Mayor del Distrito Capital tiene competencia para expedir reglamentos secundarios o complementarios, los cuales, al tenor del artículo 9 del Decreto ley 1355 de 1970 tiene por finalidad precisar el alcance y lograr la cabal aplicación de los reglamentos autónomos o principales de policía (...)”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp.5725, sobre la función de adecuación de la ley que cumplen este tipo de reglamentos.

⁴⁷ Sentencia C-336 de 1996 y C-117 de 2006, entre otras. En esta última se dijo: “Ciertamente, como lo ha señalado la Corporación frente a normas de similar contenido (Sentencias C-336 de 1996 y C-825 de 2004), las medidas que el Alcalde Municipal puede expedir en virtud de la disposición acusada, no conllevan el carácter general y abstracto que caracteriza el poder de policía, pues se trata de la prescripción de unas determinadas potestades, aplicables a un tipo específico de actividad y dentro del ámbito local de vigencia, estrechamente relacionadas con el orden público”. En el caso de Bogotá el artículo 35 del Decreto 1421 de 1993 faculta al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, como primera autoridad de policía de esta localidad, para dictar, entre otras cosas, “reglamentos...necesarios para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades públicas”; a ello se suma que de conformidad con el subaparte e) del numeral 2, literal B del art. 91 de la ley 136 de 1994, los Alcaldes tienen, entre otras funciones y en relación con el orden público, la de “Dictar dentro del área de su competencia, los reglamentos de policía local necesarios para el cumplimiento de las normas superiores, conforme al art. 9o. del decreto 1355 de 1970 y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen” (al respecto puede verse Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, 20/03/97, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola); igualmente Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, abril 13 de 2000, exp.5880, sobre facultades de los alcaldes municipales).

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia dic. 13 de 1979.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de enero 27 de 1977.

⁵⁰ Sentencia T-483 de 1999, reiterada en Sentencia C-110 de 2000 a propósito de la declaratoria de inexecutable de la medida correctiva de promesa de residir en otra zona o barrio.

⁵¹ Sentencia C-117 de 2006.

⁵² Schmidt-Assmann Eberhard, la Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003. p.198. Precisamente, el autor refiere como ejemplos típicos de reserva de ley las materias relacionadas con la limitación de las libertades ciudadanas y con el uso de

⁵³ Cita tomada de la Sentencia C-593 de 2005.

⁵⁴ La Sentencia definió el problema jurídico así: “¿El principio de reserva de ley para la regulación de los derechos constitucionales, así como para el establecimiento de sanciones, prohíbe que ‘en el reglamento’ se indiquen las medidas correctivas de policía aplicables a cada caso?”

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

⁵⁶ La naturaleza restrictiva de *las medidas correctivas de policía* se reiteró posteriormente en Sentencia C-117 de 2006, en la que también se señaló: “En este orden de ideas, las medidas correccionales de policía, no obstante que no constituyen en sentido formal una sentencia condenatoria, si comportan severas restricciones a la libertad, impuestas por la autoridad de policía como consecuencia de una falta que se aprecia como perturbadora del orden público”. (Se subraya) Igualmente, en Sentencia C-720 de 2007, en la que al referirse a la Sentencia C-593 de 2005 que ocupa a la Sala, se recordó: “La expresión “o el reglamento” del artículo 226 del Código de Policía fue igualmente declarada inexecutable por la Sentencia C-593 de 2005. La Corte reiteró que es únicamente el Congreso, como órgano democrático y representativo a quien se le ha confiado y reservado el poder de policía a nivel nacional, el que está constitucionalmente habilitado para dictar normas que limiten o restrinjan los derechos constitucionales de los asociados, función que no puede ser cumplida mediante un reglamento. En efecto, las medidas correctivas de policía constituyen restricciones o limitaciones de derechos constitucionales por varias razones atinentes a su naturaleza, su función y sus implicaciones, como puede concluirse de las previstas o autorizadas en las normas legales vigentes.” (Se resalta)

⁵⁷ Ver por ejemplo Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 22 de marzo de 2007 sobre el principio de rigor subsidiario en materia ambiental y las autorizaciones dadas expresamente a las entidades territoriales para adoptar (a partir de la ley) medidas administrativas más estrictas en la materia, por ejemplo respecto de la publicidad visual exterior: “De manera que es indiscutible que los concejos municipales y distritales son competentes para desarrollar de manera más estricta el tema de la publicidad exterior visual, sin que ello implique considerar que estén expidiendo reglamentos principales...”

⁵⁸ Modificado por el Acto Legislativo 1 de 2000. Se transcribe el texto vigente con la respectiva modificación.

⁵⁹ Sobre la autonomía de las entidades territoriales ha dicho la Corte: “Así, el modelo concebido por el constituyente de 1991 difiere del Estado unitario centralizado, pues a través de la descentralización y del concepto de autonomía se pretende hacer efectivo el respeto de la identidad comunitaria local a través de su autodeterminación, pero sin desconocer su sujeción al Ordenamiento Superior, que le da cohesión al Estado. El artículo 286 superior, establece como entidades territoriales a los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas y, en el artículo 287 ibídem, se señala que éstos gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. El carácter de entidad territorial implica pues, el derecho a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, por último, participar en las rentas nacionales. De esta forma, tal reconocimiento se traduce en *autonomía política*, esto es, la capacidad de elegir a sus gobernantes (alcalde, concejales, ediles, personero y contralor), *autonomía administrativa*, es decir, la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción, tales como la organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades y, finalmente, *autonomía fiscal*, que implica la potestad para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar sus recursos”. Sentencia C-1051 de 2001

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 9 de febrero de 1995, M.P. Miguel González Rodríguez. En otra sentencia posterior se señaló igualmente: “Ese régimen especial comprende, pues, el régimen administrativo, régimen que evoca la idea de “administración”, entendida como planear, organizar, manejar personal, coordinar y controlar (Diccionario de Uso del Español, de María Moliner), aunque referida no a cualquier tipo de administración, sino a una muy especial, la Administración Pública. (Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 18 de enero de 2000).

⁶¹ “ARTÍCULO 129. *Atribuciones.* Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley: (...) 18. Expedir los Códigos Fiscal y de Policía.”

⁶² Conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 12 (numeral 23) del Decreto-Ley 1421 de 1993, de acuerdo con los cuales (i) “las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital, en lo que fuere compatible con el régimen especial de este último” y (ii) corresponderá al Concejo “ejercer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del presente estatuto, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a las asambleas departamentales”, respectivamente.

⁶³ Bien sea el Código Nacional de Policía u otras leyes, como por ejemplo, la Ley 746 de 2002 sobre la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos; la Ley 670 de 2001 sobre manejo de juegos pirotécnicos y explosivos; la ley 232 de 1995 sobre funcionamiento de establecimientos comerciales; la Ley 1335 de 2009 sobre prevención de consumo de tabaco y venta a menores de edad; la Ley 1098 de 2005 o Código de la infancia y la adolescencia; etc.

⁶⁴ Pueden verse entre muchas otras la Sentencia C-024 de 1994, C-199 de 1998, C-087 de 2000, C-110 de 2000, C-1444 de 2000, C-046 de 2001, C-490 de 2002, C-692 de 2003, C-1175 de 2004, C-237 de 2005, C-593 de 2005, C-850 de 2005, C-117 de 2006, C-176 de 2007 y C-720 de 2007.

⁶⁵ En la parte motiva se dijo “La necesidad de establecer un nuevo régimen general de policía acorde con las normas constitucionales vigentes. 76. En el presente caso la Corte exhortará al Congreso de la República para que en ejercicio de su potestad de configuración, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución. En el aparte que sigue de esta providencia se explican las razones por las cuales la Corte adopta esta decisión. (...) En suma, como ya lo ha reiterado la Corte, las actuaciones policiales deben estar regidas por los principios constitucionales de legalidad y reserva judicial y por las garantías suficientes para asegurar la defensa del sujeto frente a una eventual arbitrariedad. En este sentido no puede olvidarse que según el principio de estricta legalidad, solo el legislador puede definir las circunstancias de aplicación de una medida restrictiva de derechos fundamentales y según la reserva judicial, sólo los jueces – por las garantías de imparcialidad y autonomía que les son propias – pueden imponer sanciones restrictivas de los derechos fundamentales, en particular, sanciones que afecten o comprometan el derecho a la libertad personal (...).”

⁶⁶ El proyecto de ley fue radicado por los Ministerios de Defensa y de Interior y de Justicia.

⁶⁷ “Con anterioridad al Estatuto Nacional de Policía vigente, Decreto 1355 del 4 de agosto de 1970, no se había dictado un Código Nacional de Policía unificado, este fue pionero en su materia; se conocían en la República de Colombia los códigos locales. La Carta Política de 1863, llamada la Constitución de Rionegro, proclamaba la organización federal, en ella los Estados miembros tenían la facultad de darse sus códigos penales y de policía.

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1886, durante casi todo el siglo XX las diversas codificaciones departamentales de policía fueron dictadas por las asambleas, mediante ordenanzas, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 187 de la Constitución Política, según el cual era competencia de estas: *Reglamentar la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal*. Primero fueron los Códigos Locales antes que el Nacional. Eran estatutos de Corte Contravencional.

Debido a esta situación, se ha presentado incluso hasta nuestros días cierta confusión por parte de las autoridades públicas respecto a si aplicar o no el estatuto nacional, o los de carácter local, pues ambas categorías normativas siempre han coexistido; todos estos aspectos de competencia e interrogantes ya han sido esclarecidos por la jurisprudencia constitucional, quien ya ha definido suficientemente que la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas de la ciudadanía compete al Congreso. Incluso dicho tribunal el año pasado hizo un serio llamado al Congreso de la República para que legisle un estatuto policivo nacional actualizado a través de la Sentencia C-720 de 2007 (difiriendo sus efectos hasta el pasado 20 de junio de 2008) razón por la cual urge la reforma al Decreto 1355 de 1970, es decir, el Congreso ya se encuentra en mora con la Corte Constitucional de expedir la nueva ley.” (Gaceta del Congreso 433 de 2008; ver también gaceta del Congreso 1110 de 2009 –ponencia para segundo debate).

⁶⁸ El texto que aparece para discusión en segundo debate, señala:

“ARTÍCULO 3°. *Poder de policía*. Es la facultad que tiene el Legislativo para expedir normas de orden policivo, con carácter general e impersonal, reguladoras del comportamiento de las personas, con el fin de reglamentar los derechos individuales, procurando garantizar el libre ejercicio de

Concepto Sala de Consulta C.E. 1999 de 2010 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA - Gestor Normativo

las libertades públicas, el bienestar de las personas y la convivencia.

El poder de policía principal lo ostenta de manera prevalente el Legislativo y excepcionalmente el Presidente de la República en estados de excepción. Las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales pueden ejercer un poder de policía subsidiario, mediante la expedición de disposiciones complementarias a las previstas en esta ley, siempre y cuando no impliquen limitación a los derechos individuales y libertades públicas de la ciudadanía y no contradigan la presente ley.” (Se subraya). (Gaceta del Congreso No. 1110 de 2009)

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá D.C., mayo veinte (20) de dos mil diez (2010).-

Referencia: MEDIDAS CORRECTIVAS DE POLICÍA EN NORMAS DISTRITALES Y DEPARTAMENTALES

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, me aparto parcialmente del concepto citado en la referencia, pues considero que la segunda respuesta dada al Gobierno Nacional debió ser distinta al no configurarse los elementos de la excepción de inconstitucionalidad en el caso preguntado, en especial porque los efectos de la sentencia C-593-2005 no pueden ser los anotados en el concepto, según los argumentos que en forma sucinta expongo enseguida.

El texto del artículo 226 del Código Nacional de Policía, antes de ser declarado parcialmente inconstitucional era del siguiente tenor: “*Artículo 226. La medida correctiva aplicable será, en cada caso, la indicada en la ley o en el reglamento*”

Esta norma no sólo permitía aplicar las sanciones contempladas en los reglamentos, sino que además facultaba a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Distritales y Municipales para expedir los “reglamentos secundarios o complementarios”, a los que se refiere la ponencia siguiendo la terminología comúnmente aceptada en estos temas⁶, esto es, reglamentos de policía, que incluían medidas correctivas. Según se expone en el cuerpo del concepto, la Corte Constitucional cambió la interpretación que traían la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sobre este particular, y decidió que las sanciones correctivas de policía estaban reservadas al legislador y no podían ser objeto de los reglamentos secundarios de policía. Como se observa, el cambio jurisprudencial consistió en negarle a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Distritales y Municipales, la posibilidad de expedir tales medidas sancionatorias en materia policiva. Asume la Corte Constitucional que no existe ahora competencia en dichos organismos de elección popular para adoptar tales medidas.

De este postulado se desprende que los reglamentos secundarios que fueron expedidos por las asambleas y concejos, mientras existió la competencia para hacerlo, son válidos y pueden ser aplicados, hasta que sean derogados por normas posteriores, en especial por un nuevo Código Nacional de Policía, como se explica también en el concepto.

Aplicando lo expuesto al caso concreto de la sentencia C – 593 de 2005, tenemos que en su parte resolutive decidió “*declarar INEXEQUIBLE la expresión “o en el reglamento”, contenida en el artículo 226 del Decreto 1355 de 1970 –Código Nacional de Policía-*.”

El artículo 226 del Código Nacional de Policía en su versión original, ordenaba a las autoridades de policía aplicar las sanciones que se encontraban en la ley o en el reglamento, y ésta última expresión fue declarada inconstitucional. Como se sabe, por regla general las sentencias de inconstitucionalidad producen efecto hacia el futuro⁷, esto es a las nuevas situaciones que ocurran después de la fecha de su expedición, de suerte que mientras rigió aquel Código, no sólo las autoridades de policía podían aplicar las sanciones contenidas en los reglamentos, sino que las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales podían expedir ordenanzas y acuerdos, que son reglamentos secundarios de policía, en los cuales definían las sanciones correccionales de policía aplicables en su jurisdicción territorial. Dicho de otra forma, el artículo 226 en su frase final, otorgaba competencia, pues autorizaba a estos órganos de elección popular, para expedir actos administrativos en los que se consagraran sanciones policivas, cuyo ámbito de aplicación territorial estaba limitado al territorio del respectivo departamento, distrito o

Partiendo entonces de los supuestos dichos, esto es: que el Código Nacional de Policía entregaba una competencia para expedir actos administrativos con sanciones policivas y que la inexecutable de esta atribución tiene efectos a partir de la fecha de la sentencia, que fue el 9 de junio de 2005, es entonces claro que las ordenanzas departamentales y los acuerdos distritales expedidos antes de esta fecha, y en los cuales se contemplaron sanciones policivas, fueron dictados en vigencia de la norma que los autorizaba a expedirlos, por lo que tales actos reglamentarios no sólo gozan de presunción de legalidad sino que además fueron expedidos mientras estuvo vigente la norma que facultaba a estos organismos a dictarlos.

De lo expuesto se desprenden dos consecuencias que permiten concluir que no es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre las normas contenidas en las ordenanzas y acuerdos que contemplan sanciones de policía expedidos antes de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional: la primera, que el problema jurídico se sitúa en el marco de la existencia o inexistencia de la competencia en cabeza de las asambleas y los concejos para dictar tales normas administrativas de carácter sancionador, y segunda, que no es ostensible la trasgresión de las normas constitucionales por los reglamentos secundarios de policía dictados en ejercicio de las facultades del artículo 226 del Código Nacional de Policía. Explico brevemente.

Es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que los actos jurídicos expedidos por las diversas autoridades públicas no pierden su vigencia por el hecho de que la competencia constitucional o legal con base en la cual fueron expedidos sea suprimida o trasladada a otra autoridad pública. Dicho en otra forma, no hay ilegalidad o inconstitucionalidad sobreviviente por supresión o cambio de competencias. Se entiende entonces que la competencia es un elemento de forma de los actos jurídicos, por lo que no se puede considerar como un elemento material o de fondo de los mismos.

La excepción de inconstitucionalidad se presenta cuando existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal o reglamentaria, de suerte que es obligatorio aplicar las disposiciones constitucionales, según las voces del artículo 4º de la Constitución Política. Es bien sabido que en la excepción de inconstitucionalidad el juez o funcionario no declara o decreta la inconstitucionalidad de la norma legal o reglamentaria, solamente deja de aplicarla y en subsidio de ella aplica la de rango constitucional. Esto implica que debe existir una norma constitucional aplicable al caso, la cual debe ser contraria a la legal o a la reglamentaria.

Entonces, tratándose de un asunto en el que se hace cesar la competencia de una autoridad, como ocurrió en el caso que se estudia respecto de la competencia que antes de la sentencia C-593 - 05 tenían las asambleas y concejos para establecer sanciones correccionales en los reglamentos secundarios de policía, porque se afirma que a tales sanciones hay que aplicarles la excepción de inconstitucionalidad, la pregunta obvia es: ¿qué norma constitucional aplica?

Es evidente que no hay una norma constitucional para aplicar, pues no hay dos normas incompatibles entre sí entre las cuales el operador deba escoger la de rango constitucional.

Entonces, no se presentan los elementos de la excepción de inconstitucionalidad y por lo mismo la respuesta dada al Sr. Ministro consultante en el concepto del que me aparto debió ser diferente.

Considero que con estos breves argumentos he sustentado mi voto particular.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Ver página 14.

2 Artículo 45 ley 270 de 1996.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:41:15