



DERECHO DE POLICIA

COLECCION DE CODIGOS Y OBRAS DE DERECHO
BAJO LA DIRECCION DE CARLOS H. PAREJA
Abogado, Profesor de la Facultad Nacional de Derecho.

351.74
L53D

R.4273

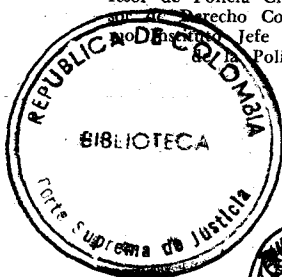
DERECHO DE POLICIA

ENSAYO DE UNA TEORIA GENERAL

FOR

MIGUEL LLERAS PIZARRO

Doctor en Derecho de la Universidad Nacional. Ex-Profesor de Policía Preventiva en la Escuela General Santander. Ex-Profesor de Policía Científica y actual Profesor de Derecho Constitucional en el mismo. Jefe de la Sección Jurídica de la Policía Nacional



BOGOTA — 1943

COLECCION DE CODIGOS Y OBRAS DE DERECHO

PUBLICADAS:

- I.—Código Administrativo, por Carlos H. Pareja y Ramón Miranda. Contiene: Constitución Nacional, Código de lo contencioso-administrativo, Código de régimen político y municipal, y Leyes administrativas usuales. Con jurisprudencia artículo por artículo y comentarios. (Agotado).
- II.—Tratado de economía colombiana, por Miguel Gómez Fernández, profesor de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Prólogo de Carlos Lleras Restrepo.
- III.—Compraventa y permuta en derecho colombiano, por Alvaro Pérez Vives, profesor de la Universidad Libre. (Edición argentina, publicado en Buenos Aires).
- IV.—Cinco conferencias, por Luis Josserand, de la Facultad de Derecho de Lyon, sobre evolución de la responsabilidad, simulación, relatividad y abuso de los derechos, contrato de trabajo y responsabilidad por los accidentes de automóvil. Traducción directa del francés por Carlos Valencia Estrada.
- V.—Los extranjeros ante la ley colombiana, por el doctor Rafael Tafur Guerrero, Profesor de la Universidad Libre.
- VI.—Derecho de Policía, por el doctor Miguel Lleras Pizarro.

EN PRENSA:

- VII.—Código de Minas y Petróleos; codificación hecha por el doctor Eustorgio Sarria, Profesor de la Facultad Nacional de Derecho. Con jurisprudencia artículo por artículo.

VIII.—Derecho Constitucional Colombiano, por el doctor Tulio Enrique Tascón, Consejero de Estado. Tercera edición, con muchas innovaciones, aumentos y nuevas doctrinas sobre la Constitución Nacional.

IX.—La regla moral en las obligaciones civiles, por Georges Ripert, Profesor de la Facultad de Derecho de París. Traducción directa del francés por Carlos Valencia Estrada.

EN PREPARACION:

X.—Código del Trabajo, con jurisprudencia artículo por artículo, codificado por el doctor Marco Naranjo López, abogado del Departamento Nacional del Trabajo; Profesor de Derecho del Trabajo en el Externado de Colombia.

XI.—Código Judicial, condificado por el doctor Carlos H. Pareja, Profesor de la Facultad Nacional de Derecho. Con jurisprudencia artículo por artículo y modelos para el procedimiento civil.

XII.—Código Civil, con jurisprudencia artículo por artículo.

ESPERE OTRAS INTERESANTES OBRAS DE ESTA EDITORIAL

EDITORIAL CROMOS
BOGOTA

PREFACIO

El estudio de las cuestiones atinentes a la policía ha sido por mucho tiempo, lamentablemente subestimado. Nuestros profesores y nuestros juristas, a la par con sus colegas extranjeros, alimentaron siempre un concepto muy simplista de la policía. Se la consideraba como una de las manifestaciones menos importantes de la coerción del Estado, personificada en gendarmes mal instruídos y peor educados, cuyas intervenciones resultaban siempre desagradables. Jamás se pensó en la Policía como en una de las más importantes manifestaciones del Derecho Público moderno. En la cátedra universitaria se la calificó siempre con mal disimulado desprecio, considerándola como preocupación más propia de rúbulas que de juristas.

Mi principal empeño al escribir este ensayo ha sido el de reevaluar tan equivocados conceptos. Aunque la Policía ha sido estudiada siempre, en forma incidental, como un capítulo del Derecho Administrativo, es evidente que hoy día constituye una rama autónoma de la ciencia, con principios propios y

con problemas bien específicos, de tanta importancia como son los del Derecho Civil o los del Penal. Esta ciencia nueva se llama *Derecho Policiaco*.

El mérito principal que pueda tener este trabajo reside esencialmente en haber estructurado y sistematizado desde un punto de vista único y constante, una serie de principios jurídicos conocidos, muchas veces formulados al acaso y formulados incompletamente, con otra serie de principios nuevos obtenidos como resultado de una tarea de investigación científica, difícil aunque breve, que me impuse desde hace más de tres años, cuando por primera vez fui nombrado Profesor de la Escuela General Santander de la Policía Nacional. Por eso puedo afirmar que, aunque este ensayo ha sido presurosamente redactado, es el resultado de larga, difícil y reposada meditación.

Tanto el doctor Roberto Pineda Castillo como yo, veníamos solicitando desde hace algún tiempo, por medio de artículos en periódicos y revistas, el establecimiento de una cátedra universitaria de Derecho Policiaco. Venturosamente, nuestro clamor no fué vano; la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, estableció desde este año la cátedra de la nueva ciencia y es muy probable que en los años venideros, las Facultades privadas imiten tan inteligente iniciativa. La incorporación de la inquietud universitaria a los problemas de la Policía es un estímulo y un valioso aporte que contribuirá sin duda a su progreso creciente y a su perfeccionamiento.

Es evidente que buena parte del mérito que pueda reconocerse a este trabajo reside en la elaboración de su programa, el cual me permitió desarrollar en forma lógica, con unidad y congruentemente toda una teoría general que juzgo completa aunque absolutamente imperfecta. Es, sin embargo, el primer esfuerzo serio que se hace, tanto en el país como en el extranjero, para formular una teoría general completa, que comprenda todos los aspectos de la Policía, considerada a la vez como un Régimen, como un Poder, como una Función y como un Servicio y que obedezca a una regla general, central y fundamental, que sirva para explicar con unidad todos sus fenómenos.

Porque este ensayo pretende ser un esbozo de teoría general no me detengo ordinariamente en el análisis de casos concretos, ni hago tampoco una exégesis de los reglamentos de policía. Por eso mismo, no se leerá un estudio crítico sino preferentemente uno constructivo; será crítico solamente en cuanto la crítica resulte adecuada para el fin constructivo que tiene.

* * *

En la Quinta Parte, que trata del control de legalidad y de la responsabilidad, no me he extendido como un tema de tanta importancia lo requiere, porque en el terreno del Derecho policíaco no sufren modificaciones los principios generales que informan el control de legalidad y la responsabilidad del Estado por otros actos de la Administración

Pública. Como las reglas son las mismas, me he limitado a hacer una síntesis de la doctrina general presentada por los autores de Derecho Administrativo, refiriéndola a los actos de policía. Sólo he consignado las reglas ordinariamente aceptadas sin hacer un análisis crítico de ellas porque esa hubiera sido tarea extraña a los fines especiales de este trabajo, que me hubiera conducido a escribir un segundo tomo, no ya de Derecho de Policía sino de Derecho Administrativo general.

* * *

Esta obra está destinada especialmente para los abogados y estudiantes de Derecho, sin embargo, creo que será útil a todos los Jefes de Policía, tales como Alcaldes, Inspectores, Secretarios de Gobierno, etc. No ha sido redactada para Agentes de policía, aunque algunos de sus capítulos, particularmente los relativos al objeto de policía, podrán ser entendidos fácilmente por personas no versadas en la ciencia del Derecho.

* * *

Gran estímulo en mis trabajos de investigación científica ha representado la Escuela General Santander cuyo ambiente estudiantil amplio y siempre abierto a toda discusión cordial me ha brindado en todo tiempo las mejores oportunidades de estudio,

lo mismo que la inteligente consagración a sus tareas de parte de mis alumnos, Agentes, Sub-Oficiales, Oficiales y Detectives, con quienes me siento vinculado por el agradecimiento del Profesor y el afecto del amigo.

Bogotá, junio de 1943.

“No tanto una relación, cuanto un recambio, se da no sólo entre la ciencia y la práctica, entre la ciencia y la técnica, entre la ciencia y la metodología, sino también entre la ciencia y la ciencia, esto es, entre las varias especies o familias de la ciencia. Las divisiones que entre ellas, por modo empírico o también por modo científico solemos trazar, no valen más que los confines dibujados con varios colores por el geógrafo en el mapa. Ocurre, que alguno habiendo traspasado en realidad uno de esos confines, se sorprenda de no estar en otro mundo; o también cuando al llegar al confín no encuentra la red o el guardián, no se dé cuenta de haberlo traspasado. Así sucede también en el mundo del pensamiento. Ahí también, los doctos pretenden montar la guardia en el límite; pero no hay esfuerzo tan vano como ese. La verdad es que tenemos necesidad continuamente los unos de los otros, y no podemos dejar de reconocernos ciudadanos de la misma patria.

Así también la ciencia del Derecho toma, entre todas las demás, su puesto con la misma obligación y con la misma dignidad. Importa comenzar a decirlo, porque

no todos los juristas se han dado cuenta de ello. La obligación y la dignidad resplandecen en la fórmula: descubrimiento de las reglas de la experiencia jurídica. También el jurista, como el astrónomo, escrutan el firmamento para descubrir las leyes que guían el movimiento eterno. También los del jurista son como los del astrónomo, del físico, del químico, del biólogo, descubrimientos. También la ciencia del Derecho tiene sus santos e incluso sus mártires. Pero la gente no se da cuenta de ello. Todos hablan de los descubrimientos de Pasteur, pero, quién considera como descubridor, no digo a César Beccaria, sino a Pedro Bonfante o José Chiovenda?

¿Y quién dará puesto a los juristas en el Consejo de Investigaciones? Para crear fuera de nosotros la comprensión y la reverencia, no tanto para satisfacer el amor propio de los científicos, como para favorecer el desenvolvimiento de la ciencia, debíamos comenzar por adquirir la convicción de nosotros mismos”.

FRANCESCO CARNELUTTI

INTRODUCCION

**NATURALEZA JURIDICA
DE LA FUNCION DE POLICIA**

**REGIMEN DE HECHO. — REGIMEN DE DERECHO. —
REGIMEN DE POLICIA**

Con el ánimo de determinar aquello que en derecho se conoce con el nombre de Policía, resulta muy adecuado valerse de esa vieja distinción formulada por muchos tratadistas de derecho público, entre régimen de hecho, régimen de derecho y régimen de policía.

Por el primero se designa la organización de los pueblos primitivos, ajena al sometimiento de ciertas normas de conducta obligatorias para todas las personas, dictadas con el fin de garantizar la armonía social. Sería el régimen de la fuerza en el cual no imperaría sino la ley del más fuerte.

En oposición al anterior, se explica el Régimen de Derecho que es aquél en el cual los ciudadanos deben obedecer normas de conducta que indican sus obligaciones y consagran sus derechos y garantías, pero sometidos solamente a la eventualidad de soportar una sanción cuando violen esas normas, ya en perjuicio social, ora en el de los demás individuos. Las limitaciones preventivas de esos derechos no aparecen sino en el régimen de policía.

La Corte Suprema de Justicia, transcribiendo textualmente al doctor José Vicente Concha, pero

sin mencionarlo, define con claridad y sencillez el régimen de derecho y el de policía, así:

“En el régimen de Derecho, la actividad individual física, intelectual o moral, se puede manifestar libremente, sin ninguna restricción preventiva ni autorización previa, y solamente cuando esa actividad se manifieste contra el derecho, es cuando se faculta a la autoridad para que intervenga con el fin de castigar, obligar a la reparación o anular lo hecho.

Es lícito ejercer la actividad física libremente; pero quien mata, hiere o roba, debe ser aprehendido, juzgado y castigado. Se puede andar libremente por la vía pública a pie, a caballo o en diferentes vehículos; pero si quien así anda infiere a otro un daño, por descuido o imprudencia, se le debe obligar a repararlo o indemnizarlo, e imponerle una sanción. Es lícito expresar de palabra o por escrito una opinión cualquiera; pero si con ello se injuria o se calumnia a un tercero, o se excita a los demás a ejecutar hechos definidos como delitos en la ley, la autoridad debe tener facultades para castigar esos hechos y para obligar a repararlos. Se puede celebrar contratos o formar asociaciones libremente; pero si con estos actos se violan las prescripciones legales, es menester que la autoridad pública tenga facultades para anular los contratos o disolver la asociación. Estos ejemplos muestran lo que es el régimen de derecho, o sea el derecho común, que es la condición esencial de toda libertad.

Pero si como principio es ese régimen el que garantiza la libertad, no es exclusivo, y se puede y se debe dar campo a lo que se denomina el régimen de policía, que consiste en que la ley que limita la libertad de cada individuo en pro de la de todos, permita a la autoridad intervenir preventivamente antes de que se viole el derecho, para impedir en lo posible, el acto que constituye esa violación; la ley

limita de ese modo la libertad individual solamente en beneficio común de los ciudadanos, lo que constituye el poder de policía.

Se prohíbe herir, hurtar, matar; pero la ley que manda aprehender al culpable, juzgarlo y castigarlo, no es una ley de policía. (Es ley de policía la que permite a la autoridad dictar ciertas medidas con el fin de impedir que se ejecuten esos hechos, tales como exigir a los individuos en ciertos casos que otorguen una caución para guardar la paz, o impedir el uso de armas, establecer rondas, etc., para procurar que no se cometan homicidios o robos. Es lícito andar libremente por plazas y calles, a pie, en coche o a caballo; pero se dá autorización a los funcionarios públicos para que dicten reglamentos en que se prohíba el uso de determinados vehículos, o para prescribir que no se pueda andar con mayor velocidad que la señalada en los reglamentos. Se puede habitar libremente esta o aquella casa, y vivir dentro de ella como plazca a cada cual; pero la autoridad debe impedir que en la casa se haga algo que amenace la moralidad, seguridad o salubridad públicas, (que se conserven en ella sustancias peligrosas, v. g.), y aún puede obligar a que se ejecute en el edificio una obra o una reparación para evitar males o daños a terceros. También se extiende la autoridad de la policía a impedir, en provecho de todos, la ejecución de ciertas obras, el ejercicio de ciertas industrias, o la formación de ciertas asociaciones sin su permiso, con el fin de que le sea posible obrar oportunamente y para impedir que se lleve a cabo lo que pudiera traer consecuencias nocivas para la sociedad.

Lo dicho hace ver con claridad cuál es la diferencia entre el régimen del derecho y el de policía respecto de la libertad, y muestra las bases de un sistema que armoniza los derechos del individuo con los de la sociedad.

No siempre la imposición de una pena es suficiente para reparar el daño causado a la sociedad o al individuo por una infracción de la ley o por una contravención; por tanto, no basta el régimen de derecho en multitud de casos, y es necesario y legítimo que la ley establezca prescripciones de policía, que tiendan a preservar a la sociedad como al individuo de males o perjuicios. Es verdad que con ello se restringe la libertad, pero se procede así en beneficio de todos; la restricción es medida preventiva; si no se dictara, no se podrían remediar después de cumplidos los males que se quieren evitar.

Principalmente se aplica este régimen de policía o preventivo, cuando se trata de cuestiones relativas a la higiene, a la salubridad, o a la seguridad y tranquilidad generales, en los lugares públicos especialmente. En este particular dan las legislaciones modernas muy extensas facultades administrativas para prevenir males sociales. Las demás libertades, salvo muy raras excepciones, están casi exclusivamente sometidas a un régimen de derecho". (Sentencia de 13 de noviembre de 1928).

El régimen de policía es pues una consecuencia del de derecho, su existencia no puede concebirse independientemente, ni sería dable imaginar una organización social sometida exclusivamente a un régimen de policía, pues como quedó expuesto, la prevención es una situación excepcional, pero muy general, que se justifica por razones de convivencia social encaminada a facilitar la más perfecta realización del derecho.

**Método para la investigación
de la naturaleza de la función
de policía.**

Muchos autores de derecho administrativo pretenden atribuirle a la policía una función represiva lo cual ha dado origen a cierta confusión conceptual de la cual se han derivado teorías que aspiran a distinguir hasta tres especies de policía dentro de un mismo género.

El error tiene su origen en el método de investigación. De ahí la importancia de establecer con precisión cuál debe ser el más apropiado de estos métodos.

Casi todos los autores distinguen dos clases de policía: la Administrativa y la Judicial, entendiéndose por la última la actividad desarrollada con ocasión de la comisión de un delito, encaminada a buscar, capturar y conducir ante los tribunales a los presuntos responsables.

Estas operaciones de colaboración en la "represión" penal, como se explicará adelante, no son características de la policía. Ni siquiera le son propias. Su designación con el nombre de policía judicial o represiva, no es más que una corrupción del lenguaje, originada posiblemente en la circunstancia de que tales operaciones son desempeñadas por los mismos cuerpos de policía a los cuales les está encomendada, como función esencial, la prevención.

* * *

Los actos administrativos por lo general, se definen por su objeto, y este método aplicado a la función de policía ha dado lugar a la posibilidad de sostener la existencia de una función represiva policial. Autores de tanta responsabilidad como

Fleiner (1) llegan a decir que la policía es esencialmente represiva, y otros como Posada, (2) sin llegar tan lejos, admiten sin embargo una función represiva al lado de la preventiva.

La multiplicidad de manifestaciones del poder de policía hace igualmente múltiples los objetos de sus actos y por esta razón aparece casi imposible partir del análisis del objeto para obtener un criterio uniforme relativo a los actos que sobre él inviden.

Bonnard, (3) haciéndose eco de la necesidad de poner punto final a esta confusión conceptual propone un nuevo método, cuya aplicación nos conduce a conclusiones más jurídicas. Afirma que la policía es una operación que se define de una manera bien particular, porque no debe definirse por su objeto como la mayor parte de los actos, sino por su fin. En esta forma se elimina la vaguedad que acompaña frecuentemente a todas las nociones de policía.

La característica del acto de policía es su fin, es decir el resultado que se produce por el objeto del acto, por el efecto jurídico que el acto determina.

(1) **Instituciones de Derecho Administrativo**. Editorial Labor, 1933 p. 313.

(2) **Tratado de Derecho Administrativo**. Librería de Victoriano Suárez. 1896. Tomo 2º pág. 92. Cabe observar que el mismo Posada, años más tarde, en la Revista de Derecho de Madrid, rectificó estos conceptos.

Véase también a este respecto el folleto titulado "La Policía de Vigilancia en Bogotá", editado por la Alcaldía, y suscrito por una comisión de oficiales e inspectores, en el cual se revela una confusión similar. Conceptos parecidos se encuentran en el folleto titulado "Función Jurídica de la Policía" por Julio Acosta Amador, Imprenta Municipal, Bogotá, 1941.

(3) **Précis de Droit Administratif**, Recueil Sirey. 1935, págs. 318 y ss.

Esta característica se encuentra también en el motivo del acto de policía, es decir, en el antecedente que precede y que provoca el acto, pues siempre hay una cierta relación entre el motivo y el fin de los actos jurídicos.

Ya quedó dicho, que el régimen de policía es aquél en el cual se ha limitado y reglamentado el ejercicio de la libertad ciudadana con el propósito de impedir que su uso se convierta en libertinaje, y garantizar así, en la práctica, la plenitud en la armonía social. Y qué es esa armonía social sino la perfecta realización del derecho, o sea, el orden jurídico? Y el mantenimiento del orden jurídico es una consecuencia del orden público, el cual puede examinarse desde diversos puntos de vista y descomponerse en numerosos elementos, como lo veremos en próximo capítulo. Concluimos pues, que el fin de la policía es el orden público, pero no cualquier orden público, sino, como es obvio, el orden público desde el punto de vista de la policía, es decir, aquél cuyo mantenimiento es posible por el empleo de los medios que la constitución o la ley consagran como lícitos para la policía.

La doctrina y la jurisprudencia francesas han expresado su unánime conformidad con esta conclusión, y están acordes en que la tesis de la unidad en el fin de policía ha sido el único medio que ha permitido el desarrollo científico de los principios que informan el poder de Policía, hasta terminar en la formación sistemática de ciertas reglas que le han dado autonomía a una ciencia nueva: El Derecho de Policía.

Desde la sentencia de 29 de junio de 1928, en el caso de Delacour, el Consejo de Estado francés ha venido repitiendo este principio fundamental: la función de policía se caracteriza por su fin, y ese fin es único: el mantenimiento del Orden Público.

Bonnard (1) dice: "Se puede decir que la policía es aquella operación que tiene por fin asegurar, por vía general o individual, preventivamente y por ciertas medidas apropiadas (las cuales constituyen su objeto), la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, con el fin de prevenir los atentados a los derechos y propiedades de los individuos que pudieran resultar de una falta de tranquilidad, de seguridad o de salubridad".

Rolland (2) afirma, igualmente, que la policía tiene por fin asegurar el buen orden, es decir, la tranquilidad pública, la seguridad pública y la salubridad pública. Asegurar el orden público, continúa, es en resúmen asegurar estas tres cosas. El orden público es todo eso y nada más que eso.

Barthélemy (3), el más conservador de los profesores franceses conviene en que el mantenimiento del orden público en relación con las libertades es una de las misiones más delicadas del poder de policía. Antes había dicho: el orden y la libertad son estrechamente solidarios. No hay orden permanente sin el profundo fundamento de la libertad; pero la libertad no podrá imponerse jamás en detrimento del verdadero orden.

Ha surgido, sin embargo, la duda de si en nuestro derecho podrán sostenerse las mismas tesis francesas, o de sí, por el contrario, el concepto de

(1) Obra citada, pág. 319.

(2) **Precis de Droit Administratif.** Librairie Dalloz 1938, p. 355.

(3) **Précis de Droit Public.** Librairie Dalloz. 1937, p. 66.

Véase también: Bielsa: **Derecho Administrativo.** Librería de J. Lajuane y Cía. 1939. Tomo 3º p. 79 y ss.

Velasco y Calvo: **Derecho Administrativo.** Librería Bosch. 1930 p. 165. — Hauriou. **Droit Administratif.** Recueil Sirey. 1938, p. 326.

policía debe extenderse más allá de los límites determinados por un fin único.

Parece que este criterio es el resultado de una limitada influencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos, en donde se le han reconocido a la policía funciones más amplias atribuyéndole como propias las facultades de intervención económica en las industrias, particularmente en lo relativo a la regulación de tarifas.

Debemos analizar previamente la que podríamos llamar escuela norteamericana de policía, a través de las sentencias más notables de la Corte Suprema de aquel país.

Teoría Norteamericana.

La elaboración de la teoría norteamericana sobre poderes policiales es casi exclusivamente de origen jurisprudencial, porque, si bien es cierto que todos los autores de derecho constitucional estudian a espacio este problema, tanto sus consideraciones como sus conclusiones surgen del análisis de las decisiones de los tribunales.

La evolución del criterio estadinense a este respecto ha sido lento pero lógico. No ha tenido contradicciones ni rectificaciones y ésto ha permitido que sus jueces hayan llegado a formular tesis de tanto interés como la de las facultades implícitas de la Constitución, la cual estudiaremos a espacio más adelante.

El Juez Cooley (1) afirma que la primera definición de Poder de Policía se intentó en una sentencia muy anterior a 1850, pero de ella no nos da

(1) *A Treatise on the Constitutional Limitations*, Boston, 1903 p. 892.

noticia, limitándose a informar la síntesis de la doctrina defendida por él mismo en varias sentencias: "La Policía de un Estado, en su sentido amplio, comprende su total sistema de regulación interior por el cual el Estado busca, no sólo preservar el orden público y prevenir ofensas contra él mismo, sino también, establecer para la vida de relación de los ciudadanos, aquellas reglas de buenas maneras y de buena vecindad que se suponen suficientes para prevenir un conflicto de derechos y para asegurar a cada uno el goce ininterrumpido de lo suyo propio, hasta donde es razonablemente compatible con el goce de los derechos de los demás".

Bump (1), en su compilación de decisiones Constitucionales, trae entre otras, las siguientes, las cuales dan una idea de cómo, si al comienzo de la vida constitucional estadinense, la noción del poder de policía y de sus funciones fué tan restringida como lo es hoy en Francia, limitando su acción a la prevención de aquellos actos que pudieran atentar contra "la seguridad, *confort* y bienestar de los ciudadanos", fué más tarde convirtiéndose en un amplio poder de intervención no sólo en la vida económica sino aún en la privada de los ciudadanos.

En el caso "People Contra Plarek Road Company" dijo así el Tribunal: "Los poderes cuyo ejercicio puede ser justificado solamente como reglamentaciones policiales, son solamente aquellos tan claramente necesarios a la seguridad, *confort* o bienestar de la sociedad, o tan imperativamente exigidos por la necesidad pública, que de ellas se deduzca la conclusión racional y satisfactoria de que

(1) Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales de los Estados Unidos. Edición Argentina pp. 370 y ss.

los redactores de la Constitución no podían como hombres de ordinaria prudencia y previsión, haber querido prohibir su ejercicio en un caso particular”.

En el caso Filadelfia contra Boders, confirmó el Tribunal: “El poder policial del Estado comprende todas aquellas leyes generales de reglamentación interna, que son necesarias para asegurar la paz, la salud, el buen orden y el *confort* de la sociedad”.

En el caso Eubauk contra Richmond se inició la jurisprudencia en el camino de reconocerle más amplias facultades a la policía cuando consagra el siguiente principio: “El poder de policía se extiende, no solamente a las regulaciones que promueven la salud, moral y seguridad públicas, sino también a aquellas que persiguen la conveniencia y prosperidad general”.

Después de esta sentencia fueron dictadas una infinidad de la misma inspiración en las cuales se observa una tendencia a hacer del poder de policía la suma de todos los poderes del Estado. Entre ellas vale citar la que puso término al sonado caso P. y C. R. R. and Company contra S. W. P. R. R. and Company que determinó que “El derecho de reglamentar los precios en los ferrocarriles, surge naturalmente del poder policial del Estado”.

Se explica el reconocimiento de este amplio campo de intervención de la policía en las más diversas manifestaciones sociales si se recuerda que en los Estados Unidos el ejercicio del poder de policía ha sido atribuido únicamente a los Parlamentos de los Estados, y que las facultades de que gozan los Gobernadores a este respecto son apenas de simple vigilancia material. Esta circunstancia es suficiente para entender cómo, en la práctica y en la doctrina, existe una notable diferencia entre el sistema estadinense y el francés. Este último en su

organización legal y constitucional es prácticamente idéntico al nuestro.

Ningún inconveniente se presenta para reconocer tan amplios poderes a un congreso de origen popular, pero si el sistema se orienta en el sentido de que los poderes de policía implican más bien una atribución típica de los Organos Ejecutivos es apenas natural que se pretenda fijar con la mayor precisión sus límites.

Entre nosotros, como lo demostraremos en el capítulo correspondiente, el poder de policía en su esencia es una facultad ejecutiva, lo cual no quiere decir que el Congreso no pueda dictar leyes de policía, pero en tal evento ello no reviste ninguna originalidad, por cuanto al Congreso le está reconocida constitucionalmente la facultad de dictar normas de conducta para todos los aspectos de la vida social, sin más limitaciones que las consagradas en la Carta. En ese último caso, una ley que consagra ciertas limitaciones a la libertad o a la propiedad, no sería necesario defenderla como una emanación del Poder de Policía sino como una simple consecuencia del poder de legislar.

Considerado el problema dentro de nuestro sistema constitucional, las dudas nacen cuando deban determinarse las facultades de policía de que gozan las autoridades administrativas.

Ello explica cómo, solamente con las naturales reservas emanadas de la consideración de la diferencia anotada, es dable sin lugar a error, el recurrir a la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos, como fuente de inspiración para la determinación de la naturaleza jurídica de la función de policía.

Finalmente, nuestra Corte Suprema de Justicia ha expresado ya en admirable sentencia en la que fué ponente el doctor E. Zuleta Angel su conformidad con los principios franceses,

Con ocasión de la demanda presentada para obtener la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 1365 de 1935 la Corte en sentencia de octubre de 1936, hizo un erudito estudio en relación con la noción de Policía Administrativa, acogió integralmente las doctrinas francesas que hemos venido defendiendo como acordes con nuestro sistema constitucional y dijo: "En síntesis: la Policía Administrativa para realizar su *fin*, la conservación del orden público en sus tres elementos, establece, dentro de la legalidad y por medio de la reglamentación normas jurídicas que por su misma naturaleza y de manera inevitable implican restricciones para las libertades públicas" (1).

Siendo el fin de la policía el mantenimiento del orden público, o sea de la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, es forzoso concluir que es motivo de policía todo acto que en cualquier forma atente, viole o ponga en peligro el orden público, y por tanto el empleo de los medios de policía o sea la ejecución de la función de policía no puede tener lugar sino en presencia de un motivo de policía y para la satisfacción del fin de policía ya determinado.

Los medios de policía están constituidos por ciertas medidas destinadas a prevenir las perturbaciones del orden público, y son de dos clases: jurídicos y materiales. Son jurídicos cuando implican un acto administrativo del tipo del reglamento, emanado de una de las autoridades facultadas constitucional o legalmente para ejercer el poder de policía (como el Presidente de la República, los Gobernadores o los Alcaldes), dirigido a orientar o limitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Estos actos son por vía general cuando impo-

(1) Gaceta Judicial, Nos. 1914 y 1915.

nen una limitación obligatoria para todos los ciudadanos, y por vía individual cuando nacen provocados por una situación particular. A la primera clase pertenecen, por ejemplo, los Decretos de los Alcaldes para reglamentar el tránsito de vehículos por los caminos públicos. A la segunda, la Resolución de un Inspector de Policía que exige una caución a una persona como garantía de que no reincidirá en una violación cualquiera.

Son materiales los actos de policía en cuanto suponen la actividad de los cuerpos armados de policía, desarrollada en vista de los reglamentos y encaminada a evitar, materialmente, su violación de parte de los ciudadanos.

El empleo de los medios de policía debe estar proporcionado al motivo que lo provoca y al fin que va a satisfacer, y esta proporción constituye también su límite. Se podrán emplear medios de policía siempre que exista un motivo de policía, pero no de cualquiera manera, sino valiéndose de los más benévolos en tanto estén autorizados por la ley y sean suficientes para satisfacer el fin propuesto. Si se teme por ejemplo, una perturbación del orden público con motivo de una reunión política; y la policía prohíbe la celebración de la reunión en vez de exigir el cumplimiento de ciertos requisitos que hubieran sido suficientes para evitar la perturbación temida, estaremos en presencia de un caso típico de exceso de poder, llamado comunmente abuso de autoridad porque se emplearon en el ejercicio del poder de policía medios superiores al fin que debía satisfacer.

Dijimos ya que los medios de policía son jurídicos y materiales y que el empleo de los últimos es propio de los cuerpos armados de policía. Podrá preguntarse: si los agentes de policía no disponen sino de medios materiales, los fines que pueden satisfacer serán exclusivamente materiales y no ju-

rídicos. Es cierto, al agente de policía no le corresponde sino la satisfacción de fines materiales, pero éstos desde el punto de vista del poder de policía representan apenas un medio en el camino de la satisfacción del fin general y jurídico, el cual, como ya quedó expresado, es único y permanente: la conservación del orden público.

Establecido lo anterior o sea que la naturaleza de la función policial debe determinarse no por la consideración de su objeto sino por la de su fin, resulta fácil y lógico concluir que ella es esencial y exclusivamente preventiva.

Si el régimen de derecho como se indicó atrás, es aquel en el cual el ejercicio de las garantías individuales está sometido únicamente al evento de soportar la sanción cuando se ha incurrido en abuso y si el régimen de policía resulta como una natural consecuencia de la consideración de que la plena convivencia social requiere no solamente la reparación del derecho violado sino la determinación de ciertas reglas que procuren evitar el que las personas se excedan o se desvíen, no es dable pretender que el régimen de policía tenga fines y revista características idénticas al de Derecho. El poder de policía se ha reconocido únicamente para que ciertas autoridades del orden administrativo en el desempeño de su deber de vigilar por el recto cumplimiento de la ley, puedan como fruto de la observación y la experiencia indicar a los ciudadanos la forma como deben ser ejercidos sus derechos para que al hacerlo no dañen los de los demás ni los del Estado.

Como es obvio, la determinación de esas modalidades permitidas para el ejercicio de los derechos no puede ser de carácter represivo, por la elemental razón de que su fin es apenas el de evitar la colisión de derechos y su violación y no la repara-

ción de los que han sido violados, la cual está reservada al régimen de derecho (1).

Mal puede atribuírse a la función de policía un carácter represivo, y si ello se ha sostenido por muchos, ha sido la consecuencia de examinar la función de policía únicamente en consideración a los medios, olvidando el fin. Hé ahí los errores a que se puede llegar por la equivocación inicial de adoptar un método de investigación inadecuado.

Ocurre sin embargo, que es ya clásica la clasificación de la policía en administrativa y judicial y al hablar de esta última parece que se indicara que es a esa rama a la que corresponden las funciones represivas de la policía.

A la llamada policía judicial, como ya lo dijimos, se le atribuye el deber de buscar, capturar y entregar a los presuntos responsables de las violaciones del derecho, a los tribunales, para que éstos declaren la responsabilidad e impongan la sanción. A esta rama de la policía se le reconoce igualmente la función de aplicar ciertas penas cuyo conocimiento se le ha atribuído excepcionalmente.

Pero estas actividades, aunque se le hayan conñado a la policía no son de policía. Las primeras, las de capturar a los delincuentes no implican represión alguna, por cuanto la determinación de la responsabilidad y la imposición de la pena le están reservadas al juez. En estas operaciones, la policía desempeña un papel subalterno de colaborador ma-

(1) Debe tenerse muy en cuenta que la distinción que se admite por razones de claridad y de método, entre el régimen de derecho y el de policía, no envuelve la afirmación de que este último sea un régimen de hecho contrario o ajeno al derecho. Antes bien, nada hay tan jurídico como el régimen de policía, y nada debe estar sometido a los principios del derecho en una forma tan rigurosa, como este régimen.

terial de la función judicial; en ellas carece de iniciativa y es al Juez a quien le compete dictar órdenes. No desempeña por tanto una función propia, ni ella es típica de policía. Si se le ha confiado a los mismos cuerpos armados que desempeñan las funciones de prevención ha sido por razones de economía y de técnica administrativa, pero únicamente por ésto.

En lo que se refiere al conocimiento y juzgamiento de ciertos delitos, actividad que nuestra Corte Suprema denomina con muy poca técnica con la expresión de policía penal, tampoco da lugar a la afirmación de que exista una función represiva propia de la policía. Ese deber no es deber jurídico de policía sino deber jurídico judicial y en tal carácter lo cumplen las autoridades de policía a las cuales se les ha deferido. Es una atribución penal excepcional que se le ha confiado por las mismas razones de técnica y economía administrativa, sin que al hacerlo se esté cambiando el carácter jurídico de ella. El valor de los actos jurídicos y su género no dependen del funcionario que los realiza sino de su contenido y del fin para que son producidos. En este caso, lo que ocurre es que existen ciertos funcionarios de policía a quienes además del cumplimiento de los deberes propios de su clase, les corresponde desempeñar por *excepción*, otros deberes que por su naturaleza son propios de otra categoría de funcionarios.

Por otra parte, ya dijimos que el ejercicio del poder de Policía es típico de las autoridades administrativas, es decir del Organó Ejecutivo, al cual le corresponde constitucionalmente cumplir y hacer cumplir las leyes, es decir prevenir su violación. Si a pesar de su actividad, esa violación ocurre la reparación y la represión ya salen de su órbita constitucional, pues estas dos últimas atribuciones son propias de otro Organó del Estado, el Judicial.

La Corte Suprema también ha afirmado la misma tesis de que la policía es exclusivamente preventiva. En la sentencia ya citada dijo: "La Policía Administrativa cumple su misión dentro de las normas que acaban de expresarse con respecto a los medios de que dispone (se refiere a los límites en el empleo de medios), estableciendo reglas jurídicas en los reglamentos que dicta y asegurando la ejecución de esas normas por medio de la coerción, pero en ningún caso por medio de la sanción penal".

Debemos aceptar la expresión Policía Judicial, por lo general de su uso, pero con la clara salvedad de que cuando de ella se habla se pretende referirse a cierta clase de actividades confiadas a algunos *funcionarios* de policía, pero que no se trata de la existencia de funciones de policía con carácter represivo.

La confusión de la coerción con la sanción ha sido otra de las causas del error de pretender la existencia de funciones represivas en la policía. Si la policía dispara sus armas para poner fin a una perturbación del orden público, ejerce una represión; si golpea a un ciudadano o lo somete a la impotencia física, ejerce una represión, luego, tiene funciones represivas. Nada más equivocado; si la policía ejecuta esos actos, que no son represivos sino coercitivos, o represivos materialmente pero no jurídicamente, lo hace con fines preventivos y como medio para satisfacer esos fines. La policía cuando ejecuta actos de represión material lo hace como un medio encaminado a alcanzar un fin inmediato material que aparece como medio del fin mediato general y jurídico de la conservación de la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, o sea del orden público.

* * *

Finalmente conviene indicar, para la mejor comprensión de las doctrinas que serán expuestas en los capítulos siguientes, que la Policía es a la vez un *Poder*, una *función* y un *servicio*.

Es un poder en cuanto representa una suma de facultades constitucionales y legales que pueden ejercitarse o no, según lo indique la conveniencia pública. Su ejercicio es en cierto modo dicrecional.

Es una función en cuanto supone el empleo de medios de policía efectuado en virtud de las facultades contenidas en el Poder.

Es un servicio público cuando se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales a través de los cuales se ejecuta la función.

SINTESIS DE LO EXPUESTO

F I N	{ Orden Público	{ Tranquilidad pública Seguridad Pública Salubridad Pública
M O T I V O S	{ Definidos Expresamente No definidos Expresamente	{ Delitos Contravenciones
M E D I O S	{ JURIDICOS MATERIALES	{ Decretos, Ordenanzas, Acuerdos Resoluciones, Ordenes Fuerza física Armas

**FUNCION DE
POLICIA
(PREVENCION)**

PRIMERA PARTE

EL FIN DE POLICIA

NOCION GENERAL

La aspiración universal es la perfecta armonía social, la convivencia sin tropiezos, el orden. Para alcanzar esta aspiración la sociedad ha convenido en darse ciertas normas para regular y orientar la actividad de los hombres hacia la realización del ideal del orden. Esas normas constituyen el Derecho.

La plena realización del Derecho es esencial al orden de la sociedad; constituye el orden jurídico. Por tanto el orden social es una consecuencia del orden jurídico, y en cierta forma se confunden.

Las normas del Derecho han sido dictadas para la satisfacción de dos intereses distintos: el interés colectivo de la sociedad y el interés individual de los hombres. El cumplimiento de las primeras asegura el orden jurídico público; el de las segundas el orden jurídico privado.

El orden jurídico público está formado por un elemento material y un elemento moral.

Velar por el cumplimiento de las normas de Derecho público para que ellas no sean afectadas en su elemento material, representa el deber exclusivo de la policía. En otras palabras, la policía debe impedir, prevenir la ejecución de actos materiales dirigidos contra el orden jurídico público.

* * *

Sin embargo, esta noción del orden público que interesa a la Policía no ha sido siempre tan clara. Tanto la doctrina de los expositores como la legislación han revelado una dolorosa confusión. Sus definiciones, por demasiado comprensivas nada comprenden en concreto.

Nuestros códigos de Policía definen así: "El orden público consiste en la general sumisión a la Constitución y a las leyes, y en la obediencia a las autoridades que deben hacerlas cumplir".

Esta noción del orden público se confunde con la del orden jurídico general. La ley ordena a todas las personas que hayan celebrado un contrato lícito, dar cumplimiento leal a las obligaciones pactadas. Quien como consecuencia de un contrato de arrendamiento se niega a pagar el precio estipulado, falta al cumplimiento de la ley. Viola sin duda el orden jurídico y sin embargo la policía carece de competencia legal y técnica para ordenar la reparación. Ni es una violación del orden público ni ella interesa a la policía.

El Código Civil habla también del orden público, pero en su aspecto moral. La noción del orden público en derecho civil nace, según Julliot de la Morandiere, de la consideración de un conflicto entre la fuente superior de derecho y la fuente secundaria de derecho. Del conflicto entre la ley y la convención de los particulares. Cuando ese orden jurídico es violado, su violación proviene de un acto jurídico pero no de un hecho material. No representa una violencia física; no interesa por tanto a la policía.

Hay también un orden público económico que es el resultado de la normalidad de ciertos factores económicos; su alteración es consecuencia del

desajuste de los elementos económicos que representan su base. Una crisis económica puede dar lugar a una alteración de esta especie de orden público, pero su restablecimiento es igualmente extraño a la policía.

El orden público que interesa a la Policía.

Hauriou (1) sintetizando toda la doctrina desarrollada por el Consejo de Estado francés, se expresa así: "El orden público, en el sentido de policía, es el orden material y exterior considerado como un estado de hecho opuesto al desorden, el estado de paz opuesto al estado de turbulencia. Conviene pues a la policía prohibir todo lo que provoca el desorden; y merece ser por ella protegido y tolerado todo lo que no lo provoca. El desorden material es el síntoma que guía a la policía como la fiebre es el síntoma que guía al médico. Y la policía emplea, como la medicina, una terapéutica que tiende únicamente a hacer desaparecer los síntomas. Ella no trata de llegar a las causas profundas del mal social, sino que se conforma con restablecer el orden material, o más aún, sólo el orden en la calle; en otros términos, ella no persigue lo que se ha llamado en cierta época el orden moral, el orden en las ideas y en los sentimientos; ella no persigue los desórdenes morales pues es para eso radicalmente incompetente, y si ensayara perseguirlos caería en la opresión de las conciencias, a causa de la pesadez de su mecanismo".

La tendencia tan generalizada de suponer que la policía tiene funciones distintas de las del man-

(1) Hauriou. Obra citada, pág. 326.

tenimiento del orden público obedece a una noción muy restringida o muy amplia de lo que ella comprende.

Nuestros Códigos de Policía hablan del orden público y de la tranquilidad pública como de dos conceptos diferentes y son muchos los juristas que aún imaginan que las perturbaciones del orden público no son sino aquellas que se originan en atentados contra la seguridad del Estado o las que se manifiestan en forma de asonada.

El concepto de orden público comprende tres elementos diversos: la tranquilidad pública, la seguridad pública y la salubridad pública.

Rolland (1), al analizar la ley francesa de 5 de abril de 1884 concluye que el orden público está compuesto en estos tres elementos y nada más que por ellos (2).

Dentro de la idea de que el orden público que interesa a la Policía, en cualquiera de sus manifestaciones, está restringido a lo material externo y objetivo, veamos en qué consiste cada uno de sus elementos.

La tranquilidad pública.

Este concepto está presidido por la idea de quietud, de sosiego, de paz. Es como lo dice Hauriou el estado de paz por oposición al estado de turbulencia. Pero esta tranquilidad debe entenderse en un

(1) Rolland. Obra citada, pág. 355.

(2) Bonnard, Hauriou, Berthelemy, Bielsa, el mismo Stein, están conformes en circunscribir la noción del orden público a estos tres elementos. Además la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y la de nuestra Corte Suprema de Justicia han insistido igualmente en los mismos conceptos.

sentido público. Constituirán un atentado contra la tranquilidad pública todos aquellos actos externos y materiales que afecten en cualquier grado la tranquilidad colectiva; casi podría decirse que únicamente los que afecten la tranquilidad "en la calle". Los demás actos que se verifiquen dentro de los hogares, en lugares privados, si no trascienden, afectan o molestan a otras personas distintas de las que se encuentran dentro de un lugar privado no podrán considerarse como atentados que interesen al orden público. Los ruidos proporcionan un ejemplo típico; si ellos se producen en la calle, o en un lugar público, como un café o un restaurante, en una forma tal que incomoden a personas que no han consentido espontáneamente en escucharlos, podrán considerarse como una perturbación de la tranquilidad. Una radioelectrola que funcione con un volumen tan alto que no solamente sea escuchada dentro del establecimiento en donde esté funcionando y que por esto moleste con su ruido a los transeúntes o a los habitantes de los lugares vecinos, constituirá un atentado contra la tranquilidad. Es indiscutible el derecho de toda persona a escuchar cualquier clase de música a cualquier hora del día, pero si esa música resulta tan sonora que puedan escucharla otras personas cuyos deseos no coinciden con el del dueño del aparato musical, éste debe ser obligado a usarlo en forma más discreta.

El problema ofrece muy pocas *dificultades* cuando el desorden ocurre en la calle o en lugar público a donde la policía puede entrar libremente, pero si ocurre en lugares privados, origina algunas *complicaciones*. Dentro de su casa cualquiera puede producir los ruidos que su deseo o su capricho le indiquen, y aunque esos ruidos molesten a las demás personas de su familia que con él vivan, ello no implica un atentado contra la tranquilidad porque el fenómeno no es público sino privado; pero

si los ruidos son de tal naturaleza que trascienden a los vecinos entonces la perturbación, de privada que era, se convierte en pública y dará lugar a amonestaciones de la policía.

El concepto generalizado respecto a la tranquilidad pública es aquel que considera que ella no es afectada sino por grandes mítines o tumultos o reuniones numerosas de personas que realicen actos de tal magnitud que obstaculicen gravemente el tranquilo desenvolvimiento de la vida pública. Este es un concepto simplista. Es claro que tales sucesos implican atentados contra la tranquilidad pública, pero no por ésto debe pensarse que los actos individuales de menor gravedad e importancia no lo constituyen igualmente. La diferencia es cuantitativa pero no cualitativa. El primer caso puede suponer un delito como el de asonada, el segundo tan sólo una contravención; las consecuencias, las sanciones y aún la misma intervención de la policía en el momento mismo del acontecimiento, serán diferentes, pero la calidad del fenómeno es idéntica.

La idea de tranquilidad pública lleva envuelta la idea de moralidad pública. Los sucesos que afectan el orden moral no son en principio motivos de policía, pero si ellos se traducen en ciertas manifestaciones externas materiales, que provoquen el escándalo y el desasosiego moral de otras personas, entonces representarán atentados contra la tranquilidad, no ya por su significado moral sino porque de él se desprenden motivos de intranquilidad.

En otras palabras, el concepto de tranquilidad pública no está circunscrito a la idea de paz o sosiego físicos únicamente, sino con la misma fuerza a la de paz y sosiego morales. Por esta razón la policía puede y debe impedir la ejecución de actos obscenos en las vías públicas, siempre que ellos

puedan dar lugar al escándalo y a la inquietud en otras personas.

La seguridad pública.

Esta no es cosa distinta de la garantía preventiva contra todos aquellos actos que puedan implicar un ataque o a la integridad física de las personas o a la propiedad. Representan atentados contra la seguridad, los delitos contra la propiedad, como los robos, los hurtos, los atracos, los que afectan a las personas como las heridas, los homicidios, etc (1). Puede suceder que ciertas actividades en sí mismas lícitas, impliquen un riesgo o un peligro contra la seguridad, como sería por ejemplo la ejecución de construcciones en las vías públicas, o el desorden en la circulación de los vehículos, o el trabajo de fábricas de materias explosivas o inflamables; en tales casos, la policía debe intervenir reglamentando adecuadamente esas actividades a fin

(1) Stein dice: "La seguridad en las personas y en los bienes es evidentemente una de las condiciones universales absolutamente necesarias para el desenvolvimiento de la personalidad humana. Pero aunque ésta es proclamada inviolable de derecho, en razón de los hechos hay fuerzas exteriores, personales e impersonales, que amenazan continuamente esa seguridad. Esta amenaza constituye un peligro contra el cual cada persona opone su propia fuerza: es la autodefensa, es decir, la defensa individual de sí mismo. Luégo, perfeccionándose y consolidándose la comunidad, y comprendiendo que la amenaza llevada a cada uno constituye también una amenaza para la comunidad toda, ésta, tutelando la inviolabilidad individual a la vez que la propia defensa, opone a la fuerza perturbadora la propia fuerza organizada, y precisamente la organización de esta fuerza destinada a la defensa común del peligro común constituye lo que llamamos la policía" (**La Ciencia de la administración pública**. Biblioteca de Brunialti, Turín. 1897, pág. 47 (citado por Bielsa).

de evitar que puedan dar lugar a atentados involuntarios que afecten la seguridad de las personas o de las propiedades.

La salubridad pública.

Se refiere a la prevención contra las epidemias o las enfermedades contagiosas. Todas las medidas de profilaxis encaminadas a combatir la propagación de enfermedades como la lepra, la tuberculosis, las venéreas, etc., son medidas de policía, como lo son igualmente las que pretenden la curación de las mismas, la internación o aislamiento de los enfermos, las que imponen la obligación de concurrir a las clínicas para verificar exámenes, etc. Las disposiciones que prohíben arrojar basuras a la calle, o instalar servicios sanitarios inadecuados o técnicamente insuficientes, las que reglamentan el expendio de víveres para evitar la venta de los alterados, etc., van dirigidas a la protección de la salubridad pública, y por tanto del orden público. Son medidas de policía (1).

(1) Bonnard, en la obra ya citada, dice que la salubridad pública consiste en la ausencia de enfermedades o de riesgos de enfermedades. La higiene es el medio para asegurar la salubridad; ella supone la de las personas, la de los inmuebles o habitaciones privadas y la de las vías públicas. Se extiende también a los animales, más por la repercusión que su estado sanitario pueda tener sobre las personas, que como una protección a las propiedades.

La policía de salubridad supone un conjunto complicado de medidas, porque se refiere a toda una serie de objetos: las personas, los inmuebles, las vías públicas y los animales.

Por esa razón, para asegurar la salubridad pública en buenas condiciones, se establecen en la práctica regímenes especiales y aún organismos administrativos especiales, diferentes de aquellos que están encargados de regular la policía de la tranquilidad y de la seguridad públicas.

Extensiones del concepto de orden público.

Aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia insisten en que el concepto de orden público está limitado por la idea de orden material, externo, objetivo, conviene explicar que hay muchas alteraciones debidamente caracterizadas que constituyen motivo de policía, aunque no se hayan traducido aún en actos externos, materiales.

Muchas situaciones peculiares de origen social, económico, político o religioso pueden provocar un agudo estado de exaltación en el ánimo de las personas, que al no ser objeto de una intervención preventiva adecuada, fácilmente pueden concluir en esas manifestaciones materiales de alteración del orden.

La intranquilidad y la inquietud a que pueden dar lugar semejantes situaciones de exaltación, implican virtualmente una coacción sobre el ejercicio de las libertades públicas. Suponen por tanto una alteración del orden. Pueden y deben ser intervenidas por la policía, justamente como una aplicación de sus funciones preventivas las cuales deben caracterizarse por la oportunidad.

Una crisis económica por ejemplo, puede producir un estado general de animosidad entre los patrones y los trabajadores, que, aunque no se haya traducido en actos materiales es de esperarse que así ocurra. Entonces la policía puede intervenir en la forma que se estudiará en el capítulo correspondiente, con el fin de evitar la típica alteración.

Otro tanto podría decirse de las situaciones originadas en la intolerancia o el fanatismo religioso o político, y aún de las causadas por la exagerada inconformidad pública en frente de una medida del Poder Público, estimada o recibida como abusiva o arbitraria.

Estos casos muestran cómo la *intensidad* de la intervención policial puede variar, pero no su extensión, puesto que esta última está limitada al mantenimiento del orden público en lo exterior, o lo somático como lo llama Bielsa. Si la perturbación tiene por causa una anormalidad económica, la policía podrá intervenir coercitivamente para eliminar o impedir los actos materiales de perturbación motivados por la miseria, o prevenir su ocurrencia si aún no se han producido mediante prohibiciones u obligaciones de excepción impuestas o exigidas a las personas de quienes se teme la perturbación. Pero no podría la policía intentar su intervención con el propósito de eliminar la causa económica que ha dado origen a la perturbación, porque no son esas sus funciones constitucionales y porque, como lo dice Hauriou, sería para ello radical y técnicamente incompetente. Si lo intentara caería en la más odiosa opresión.

SEGUNDA PARTE

EL MOTIVO DE POLICIA



DE LOS HECHOS QUE CONSTITUYEN MOTIVO DE POLICIA

Como consecuencia de la íntima y directa relación que se observa entre el fin y el motivo de policía es posible afirmar de un modo general que constituyen motivo de policía todos los hechos que amenacen o perturben el orden público, o sea la tranquilidad, la seguridad y salubridad públicas.

Desde este punto de vista tan general podría sostenerse que pueden provocar la intervención de la policía todos los hechos que en cualquier forma atenten contra cualquiera de los elementos del orden público, ya como una consecuencia del abuso en el ejercicio de la libertad, ya como un atentado directo positivo contra la misma libertad. Pero como la determinación de los motivos de policía tiene importancia solamente para averiguar cuando puede y debe ejercerse la función de policía, es preciso relacionar la existencia de esos motivos con los medios cuyo empleo van a provocar.

El régimen de policía en todo Estado de Derecho es eminentemente legal; por principio sometido a las prescripciones de la ley. Si el régimen de policía se justifica para garantizar con mayor plenitud las libertades públicas, y si ellas han sido consagradas en la Constitución, es a ésta o a la ley

Impresión de...

cuando así lo ha establecido la Constitución, a las que corresponde determinar el grado y forma de las limitaciones estimadas como convenientes al ejercicio de las libertades.

Todos los hechos que teóricamente puedan juzgarse como atentatorios del orden público, deben constituir en principio un motivo de policía, pero para que ésta pueda intervenir es necesario que tales hechos hayan sido previamente determinados como suficiente justificación del empleo de los medios, o sea como motivo legal de policía.

Esta es la regla general; no basta que un hecho pueda ser generalmente considerado como atentatorio del orden público, se precisa además, que la ley lo haya estimado como tal.

Sin embargo, aparece prudente hacer la distinción entre las diversas clases de medios que puedan ejercerse en frente del motivo de policía. Los medios como ya se dijo, son de dos clases: jurídicos y materiales; y los primeros pueden ser por vía general o por vía individual.

El empleo de los medios materiales es propio de los cuerpos armados; se ha reconocido su licitud en consideración a que a la violencia física perturbadora no puede oponerse con eficacia sino la fuerza física organizada. Pero ellos no pueden intervenir sino en presencia de un motivo expresamente definido en las leyes. No es posible dejar a la discreción o al criterio de un simple agente de policía la determinación de los motivos que pueden provocar su intervención. El agente de policía es tan sólo un ejecutor material de principios superiores consignados en las reglas de derecho.

En frente de los medios materiales el problema del motivo no ofrece dificultades. Se aplica en todo su rigor el principio de que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por las leyes y que las autoridades deben

proteger o telerar todos esos actos que no suponen una infracción.

Los cuerpos armados son creación de la ley y derivan todas sus facultades de ésta o de los reglamentos, carecen de poder autónomo en el sentido de que la Constitución no les ha deferido directamente ninguna potestad.

Pero si el motivo va a provocar el empleo de medios jurídicos, la cuestión es más compleja. Conviene distinguir entre los que se dictan por vía general y los que se dictan por vía individual, y entre los que tienen carácter permanente y los que tan sólo tienen vigencia transitoria.

Los actos de policía por vía individual nacen provocados por una situación particular y se relacionan únicamente con esa situación; por tanto deben tener apoyo en un reglamento de carácter general o en la ley. La resolución que dicta un Alcalde para imponer una multa o para exigir una caución que garantice la buena conducta de una persona, no puede expedirse como resultado de una estimación discrecional del motivo. Es decir la existencia legal del motivo debe ser anterior al hecho que dió lugar a la intervención policial. El Alcalde no puede, en la Resolución de multa, elevar a la categoría de motivo legal, el hecho que antes no se mencionaba en una forma general en los reglamentos o en la ley.

La situación es idéntica a la contemplada para el empleo de medios materiales, porque, la intervención en dichos casos es individual o concreta. El poder que ejerce entonces el Alcalde o el Inspector no es tampoco autónomo, sino que deriva de una regla de derecho preexistente.

Los actos de policía que se dictan por vía general tienen por objeto, entre otros, el de reglamentar el ejercicio de las libertades públicas, consiguiendo prohibiciones o deberes cuya omisión causa

una pena de policía, todo de acuerdo con las limitaciones previstas en la Constitución o en la ley, según se estudiará en el capítulo correspondiente.

Por ahora basta decir que el ejercicio natural del poder de policía, importa la facultad de establecer prohibiciones, que implican en sí mismas un motivo de policía cuando no son observadas por los ciudadanos, advirtiendo de antemano que esta facultad no puede ejercerse sino cuando la Constitución no la reservó expresamente a la ley.

En consecuencia los motivos de policía pueden no ser previstos en la ley sino en los actos mismos de policía, siempre que éstos supongan un medio jurídico por vía general, justamente porque uno de los medios de policía es el que consiste en la determinación de los motivos.

Los medios jurídicos por vía general pueden ser, sin embargo, no ya de carácter permanente sino de vigencia transitoria. En este último evento es cuando puede surgir la duda, porque entonces la discusión se extiende a averiguar si un jefe de policía como el Presidente de la República, un Gobernador o un Alcalde pueden establecer motivos de policía en reglamentos de carácter general pero de vigencia transitoria, provocados por la ocurrencia de sucesos que virtualmente tienden a coartar el ejercicio normal de la libertad pública o que atentan contra el orden, y sin una facultad legal expresa.

Creemos que cabe dentro del natural ejercicio del poder de policía la facultad de establecer limitaciones extraordinarias de vigencia transitoria, aún para las libertades cuya reglamentación reservó expresamente la Constitución a la ley.

Por ejemplo en el caso de las reuniones públicas. En principio ellas no pueden dar lugar a motivos de policía mientras no degeneren en tumulto u obstruyan las vías públicas. Pero puede acontecer que un estado excepcional de exaltación de los

ánimos revista las suficientes características de gravedad como para suponer que de celebrarse la reunión ésta degenerará necesariamente en tumulto. Un Alcalde podría en tales circunstancias exigir el aplazamiento de la reunión aunque se hubieran cumplido todos los requisitos de los reglamentos, como el aviso con doce horas de anticipación del objeto de la reunión, su lugar y hora, etc.; pero solamente mientras toma otras medidas preventivas que le permitan asegurarse de que podrá impedir oportunamente cualquier perturbación material del orden. Tales medidas podrían consistir en amonestaciones para calmar los ánimos o en obtención de mayor número de hombres armados de policía (1).

Este caso supondría la existencia de un motivo de policía, exagerada exaltación de los ánimos, que dió lugar al empleo de ciertos medios excepcionales no previstos expresamente en la ley, como el aplazamiento de la reunión, pero con un claro fin de orden público.

Desde este punto de vista, nos atreveríamos a afirmar que hay motivos de policía no previstos en la ley, al menos en forma expresa y definida. Sobre este punto volveremos más detalladamente cuando estudiemos los medios de policía.

Esta tesis por otra parte no es ni nueva ni ori-

(1) Hauriou, obra citada, pág. 330, dice que los Alcaldes tienen indiscutiblemente más poderes por los reglamentos transitorios que por los permanentes. Reconoce que por los primeros es lícito limitar el ejercicio de las libertades públicas en casos muy urgentes, como cuando con ocasión de un día de fiesta se prohíbe completamente la circulación de vehículos por ciertas calles.

(En el capítulo correspondiente haremos la distinción entre las garantías tácitas y las expresas, para concluir cómo, respecto de las primeras, el poder de policía puede ejercerse más extensamente).

ginal. Louis Rolland (1) quien se muestra siempre tan celoso del estricto régimen de la legalidad, sostiene que el día en que una autoridad investida de poderes de policía tome ciertas medidas tendientes, en razón de circunstancias de hecho, a asegurar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, *“aún en ausencia de un texto que prevea la medida en cuestión”*, su intervención será legítima. Es así como, durante la guerra los Alcaldes y los Prefectos tienen ciertamente la facultad de racionar a los consumidores. Tomar medidas de este género, dice Rolland, en tiempo de guerra, es asegurar la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas.

Idéntica situación podría considerarse, no sólo en tiempo de guerra, sino como consecuencia de una grave calamidad pública, como una inundación o un incendio de grandes proporciones.

Esta facultad excepcional que los autores y el Consejo de Estado franceses (2) reconocen a las autoridades investidas de poder de policía, es claro que no puede ejercerse sino dentro de los precisos límites señalados por la necesidad de mantener la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas.

Surge entonces la duda de averiguar quién determina la oportunidad y el grado de necesidad. Aunque esta cuestión la trataremos al estudiar los medios, vale adelantar que el Poder de Policía supone una cierta facultad discrecional para estimar la oportunidad, conveniencia y límites de los actos de policía. Si al ejercer la función de policía se incurre en exceso, quedan recursos judiciales de

(1) Rolland. Obra citada, pág. 355.

(2) Consejo de Estado francés, sentencia de 29 de junio de 1928.

Corte de Casación francesa, sentencia de 3 de enero de 1929.

anulación o de indemnización, como se estudiará oportunamente. En otras palabras el régimen de policía no está sometido a su vez a un régimen de policía, ni puede estarlo porque ello sería absurdo.

Los motivos de policía que se refieren a la tranquilidad pública.

Pueden reducirse a dos grandes categorías esta clase de motivos; los que perturban la tranquilidad física y los que perturban la tranquilidad moral. Los primeros se resumen en los ruidos, en sus múltiples y variadas manifestaciones; y los segundos en los atentados directos contra la moralidad o en las incitaciones a la perturbación que aunque no lleguen a traducirse en hechos materiales, llevan desasosiego a los espíritus y a las conciencias de las personas.

Constituyen motivo de la primera clase desde el abuso de la música o los ruidos de los vehículos en las calles, hasta los producidos por establecimientos comerciales como cafés, centros de baile, etc. y los de las fábricas. Bien puede la policía dentro de sus atribuciones normales ordenar el cierre de un centro de bailes que hasta altas horas de la noche toque música en tonos altos molestando el sueño de los vecinos y aún el sosiego mismo de los transeúntes. Por la misma razón puede la policía determinar dentro de las zonas urbanas ciertos límites fuera de los cuales no se permita el funcionamiento de fábricas cuyo trabajo pueda ocasionar incomodidad a otras personas; o puede limitar las horas para el trabajo de las que fueron instaladas imprevisivamente en barrios residenciales.

En los motivos de la segunda clase están comprendidos los atentados contra el pudor, los relativos a la estética y ornato y aquéllas incitaciones

sediciosas proclamadas desde la plaza pública o por otro medio similar distinto de la prensa, porque ésta no está sometida entre nosotros a régimen preventivo.

Los motivos originados por atentados contra el pudor deben estar caracterizados en una forma inequívoca y definida como tales, es decir, como contrarios al sentimiento medio dominante en un lugar dado y en un momento determinado. Así un beso por ejemplo, que en ningún lugar civilizado produciría escándalo ni desasosiego puede ocurrir que en una aldea primitiva diera lugar a desagradables reacciones de los pobladores y entonces la policía podría, dentro de sus facultades legales, elevar a la categoría de contravención este sencillo acto, siempre que se llevara a cabo en un lugar público o delante de personas que no hubieran consentido en presenciarlo (1).

(1) El reglamento de policía de la ciudad de Buenos Aires, establece tres requisitos para que un acto pueda considerarse como atentatorio de la moralidad pública:

a) Que la inmoralidad se haya manifestado por un acto material cuya prueba pueda producirse con certeza.

b) Que el acto se haya cumplido en un lugar público o de fácil acceso al público y que por tanto pueda provocar el escándalo. Si el acto se ha realizado en privado, aunque pueda considerarse como inmoral, no constituye la contravención de atentado contra la moralidad pública, aunque en algunos casos signifique un delito común.

c) Que el acto haya causado un perjuicio moral claramente determinado, lesionando derechos de un particular, quien no ha consentido en cometer la inmoralidad o en presenciarla.

Nuestro Código Penal, en el Art. 247 dice: "El que fuera de los casos previstos en el Título XII (relativo a la libertad y honor sexuales) ofenda el pudor con actos ejecutados en **lugar público**, o abierto al público, incurrirá en arresto de dos meses a un año y en multa de veinte a cincuenta pesos".

En materia de atentados contra la moralidad pública su definición usualmente se formula en las leyes y en los reglamentos en una forma muy general que permite cierta amplitud de apreciación tanto a los jefes subalternos de policía como a los mismos agentes armados, cuando su intervención material puede ser provocada por ellos. Como el principio dominante es el de que a la policía no le compete juzgar de la moralidad, no deben estimarse como motivos contra el pudor sino los consignados expresamente por el legislador en el Código Penal.

La estética y ornato contribuyen ciertamente a la expansión espiritual y a la educación popular, son una manifestación de progreso y civilización, suponen una verdadera necesidad en la vida moderna y por este aspecto se considera que al protegerlos se contribuye al mantenimiento de la tranquilidad.

Los motivos que se relacionan con el pacífico desarrollo de las actividades sociales, dentro de un concepto colectivo, o del Estado, son más bien pocos, genéricamente considerados. Y podrían reducirse a aquéllos previstos en el Código Penal con el nombre de asonada. Esta no representa propiamente un atentado contra la seguridad, porque tan sólo va encaminada a producir cierta intimidación ya en los funcionarios del Estado ya en las personas particulares. Por ese aspecto la asonada debe estimarse como un atentado contra la tranquilidad, no importa que con pretexto o como consecuencia de ésta puedan cometerse otros hechos que en sí mismos no son característicos de la asonada aunque ella los facilite. El mismo Código Penal prevee que con pretexto de una asonada puedan cometerse otros delitos comunes.

Las incitaciones públicas para provocar asonadas implican por sí mismas, aunque no alcancen su propósito, un atentado contra la tranquilidad y

pueden por tanto ser objeto de intervención policial.

Hay finalmente una especie de atentado contra la tranquilidad que se manifiesta por actos casi negativos aparentemente inofensivos. Estos son por ejemplo los que se derivan de la burla; o por la simple mirada, como cuando las personas por defectos en las construcciones atisban con impertinencia lo que ocurre en habitaciones o lugares privados extraños al propio.

Vale una última observación. El Código Penal clasifica la asonada, en nuestro concepto equivocadamente, como un delito contra la seguridad del Estado, equiparándolo, en categoría, a los delitos de rebelión y sedición.

De los motivos de policía que se refieren a la seguridad pública.

Esta clase de motivos puede comprenderse en tres categorías, los relativos a la seguridad del Estado, los relativos a la seguridad de las personas y los relativos a la seguridad de las propiedades.

Los de la primera clase están previstos principalmente en el Código Penal; los reglamentos tan sólo se ocupan de proveer de medios a la policía para prevenir eficazmente la violación de las prohibiciones penales.

Los de la segunda clase comprenden las numerosas categorías de delitos previstos en el Código Penal contra la integridad física, moral, sexual, etc., de las personas; y los abundantes reglamentos sobre tránsito, construcción de obras nuevas, derribo de las que amenazan ruina, trabajo de fábricas y talleres de materias explosivas, etc., etc.

Los de la última clase están igualmente consignados en el Código Penal y en numerosos reglamen-

tos. Todas las prohibiciones, legales o reglamentarias, encaminadas a proteger la integridad de la propiedad, tanto pública como privada, son consagraciones de motivos de policía relativos a la seguridad.

De los motivos de policía que se refieren a la salubridad pública.

Cuatro objetos distintos comprende la policía de salubridad: las personas, los inmuebles, las vías públicas y los animales. Los atentados contra la salud de estos objetos constituyen motivo de policía. Desde el Código Penal hasta los reglamentos de los jefes locales de la sanidad, comprenden una abundante reglamentación de la higiene y de los hechos que para su protección se prohíben. Son tan numerosos los motivos de policía relativos a la salubridad que se han creado para su prevención no solamente funcionarios y organismos especializados sino aún cuerpos armados especializados también, a fin de poder dispensar, lo más acertadamente posible, la protección a la salud pública. El ejercicio de ciertas profesiones como la de médico y farmacéutico han sido severa y minuciosamente reglamentadas en ejercicio del poder de policía y para la prevención de los atentados contra la salud pública; en forma similar se ha procedido con otras actividades que, aunque indirectamente, pueden afectar este elemento del orden público; el expendio de carnes, de leche, de artículos alimenticios en general, de drogas y en particular de drogas con calidades estupefacientes, está sometido a severo control. La salud de ciertas personas que por razón de su oficio deben tener contacto permanente con otras personas, en especial con los niños, como los sirvientes y niñeras, puede ser constantemente vi-

gilada e inspeccionada por las autoridades de policía con el fin de garantizar plenamente la salubridad. Los cafés, restaurantes, hoteles, las vías públicas, los teatros, los vehículos de servicio público, los animales domésticos, las habitaciones privadas, etc., pueden ser objeto de intervención policial para la satisfacción de estos fines.

En estas materias, el campo de acción de la policía es vastísimo; casi podría afirmarse que en lo atañadero a la salubridad, no hay lugar, actividad o persona que pueda escapar a la intervención policial.

La salubridad pública es considerada como un elemento tan fundamental en la conservación del orden público y son tan variadas, complejas y vastas sus manifestaciones, que puede estimarse éste como el más rico campo de actuación policial y también el más delicado y el que exige más competencia técnica.

CLASIFICACION DE LOS HECHOS PUNIBLES

Como la intervención de la policía, en todas sus manifestaciones, se desenvuelve enfrente de las leyes o reglamentos cuya infracción da lugar a una sanción, es de la mayor importancia el estudio y clasificación de los hechos punibles. Preferentemente nos ocuparemos de las contravenciones que constituyen el motivo típico de policía; apenas ocasionalmente de los delitos cuyo análisis representa una rama muy especializada del derecho público y posiblemente un poco extraña a la índole de este trabajo.

La ciencia penal ha ensayado numerosas clasificaciones de las infracciones. Todas ellas obedecen a razones de método y tienen más bien fines prácticos para facilitar su conocimiento. Así lo ha entendido el derecho de todos los tiempos, desde la época

de los romanos quienes formularon la clásica distinción entre "delicta publica" y "delicta privata".

Las legislaciones contemporáneas están agrupadas en dos grandes corrientes las que siguen la clasificación tripartita que divide la infracción en *crímenes, delitos y contravenciones*, y las más modernas que han adoptado la clasificación bipartita: *delitos y contravenciones*.

La primera división es considerada hoy como poco científica. Se funda en la gravedad de la pena y correlativamente en la gravedad de la infracción. No atiende a la naturaleza íntima de los hechos y aparece así como una creación eminentemente artificial. Alimena (1) dice: "La distinción sólo tiene valor cuando deriva de la naturaleza íntima de las cosas y el llamado delito y el llamado crimen, tienen por el contrario, la misma naturaleza". Más adelante agrega: "La tripartición tampoco se justifica aún aduciendo la competencia: la distribución de la competencia es aún más artificial que la naturaleza del delito, y muy poca estimación mostraríamos por los magistrados si creyésemos que tienen necesidad de todas estas cribas mecánicas a través de las que pasan los delitos".

Cuello Calón (2) opina que no es bien científica la división tripartita porque entre los crímenes y los delitos no hay diferencia de esencia sino de cuantía.

(1) Bernardino Alimena. Principios de Derecho Penal. Madrid. 1915. pág. 307.

(2) Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Barcelona. 1935. pág. 256.

Véanse también Carrara, Feuerbach, Impallomeni y Rocco. Ferri en su Derecho Criminal, si no hace una crítica del sistema tripartita es porque considera que tal clasificación no merece ni considerarse científicamente. Pág. 117 y ss.

Sea como fuere, no pretendemos profundizar en este análisis teórico porque no es éste un tratado de derecho penal, por eso pasaremos a indicar las diferencias esenciales reconocidas en la clasificación bipartita, que es la de nuestra legislación.

No hay acuerdo entre los autores, aún los de escuelas afines, acerca del problema de la distinción entre delito y contravención; la mayoría de los modernos, admite sin embargo, una diferencia que si no reconoce como *esencial*, acepta como cuantitativa, pero no en relación con la pena sino en consideración al daño y a la peligrosidad.

Opinión de Ferri.

En el capítulo *Teoría Positiva de la Responsabilidad Penal* (1) afirma: "La escuela positiva no admite la diferencia esencial entre delitos y contravenciones. Los unos como las otras, son acciones antisociales contra las cuales es o parece necesaria una sanción penal y no existe entre delito y contravención más que una diferencia de grado. Y no se diga que el delito es la violación intencional de un derecho mientras que la contravención le pone solamente en riesgo y consiste más bien en la violación imprevista de una interdicción destinada a proteger los derechos y los intereses; porque lo mismo que hay delito sin intención culpable y sin causar daño, existen también contravenciones nacidas de intenciones malvadas y seguidas de daños extremadamente graves".

Sin embargo, el mismo profesor, en sus principios de Derecho Criminal (2) es más explícito; re-

(1) Ferri *Sociología Criminal*. Tomo II, pág. 155, nota al pie de la página.

(2) Ferri. *Principios de Derecho Criminal*, pág. 117.

conoce la necesidad de la distinción y aún su sólido fundamento científico: "Cuando se considera el conjunto farragoso de las leyes penales que están en vigor en un país moderno, surge una consideración primera y espontánea en orden a distinguir los actos prohibidos por dichas leyes en dos categorías. Por una parte los verdaderos y propios *delitos* actos contrarios a las condiciones *permanentes* y *elementales* de existencia social y por ello casi siempre *profundamente inmorales en sí* mismos, constituyentes de un peligro social efectivo, como expresión de una personalidad anormal, productores casi siempre de un daño personal y acompañados siempre de una intensa reprobación por parte de la pública conciencia. Por otro lado las innumerables transgresiones o contravenciones, actos contrarios a las condiciones *transitorias* del desenvolvimiento social, a veces también peligrosas, dañosas o inmorales, a veces más que algunos delitos leves, pero que, en la mayor parte de los casos, no constituyen la expresión de una personalidad anormal y peligrosa, ni turban lo que Carmignani llamó la opinión de la seguridad pública y privada".

"Desde el punto de vista jurídico los delitos y las contravenciones son sustancialmente de naturaleza idéntica, en cuanto representan actos contrarios a las leyes penales, dañosos a peligrosos para la existencia social. Pero por otra parte no puede negarse que *moral y socialmente* entre delito y contravención existe una diferencia indudable que determina una diversidad de sanciones en la conciencia pública, como primeramente puso de relieve Beccaria".

Ferri insiste, acompañado de todos los autores positivistas, que los hechos que constituyen delito son actos en sí mismos inmorales y dañosos, como el homicidio, en tanto que las contravenciones son por regla general actos en sí mismos indiferentes

a la moral, no siempre dañosos, de consecuencias de escasa importancia y que se prohíben tan sólo como una prevención para evitar las posibilidades de incurrir en el delito.

Dentro de este orden de ideas, Ferri dice más adelante: "Entiendo que se debe llegar a la constitución de un Derecho penal Administrativo cuyo objeto sean las contravenciones diversas del Derecho penal que tiene por objeto los delitos. Es indudable que la mayoría de las contravenciones no constituyen un ataque ni un peligro para la seguridad social".

Opinión de Carmignani y Carrara.

El pensamiento de estos dos ilustres maestros lo sintetiza admirablemente don Sebastián Soler (1) así: "Como consecuencia del sistema jusnaturalista que yace en el fondo de sus doctrinas, se inclinan a ver una diferencia ontológica entre delito y contravención, consistente en que la contravención, que la escuela toscana llama transgresión, no ofende ni el derecho natural, ni el principio ético universal, sino que se reprime en razón de nueva utilidad social. El delito afecta la *seguridad* social; la contravención perjudica sólo la prosperidad".

Opinión de Mecacci.

Respecto de las diferencias entre delito y contravención este expositor (2) explica que el delito

(1) Exposición de Motivos al Anteproyecto de Código de Faltas para la provincia de Santa Fé. Argentina, publicado en La Ley, tomo VI. pág. 31, y citado por don Juan Enrique Coronas.

(2) Ferdinando Mecacci. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo I. pág. 44. Citado por Juan E. Coronas.

es la acción humana contraria a la seguridad, lesionadora de un derecho concreto, imputable y castigable por la concurrencia del elemento moral, conciencia y libertad. La contravención o "delito de policía" es la acción humana contraria a la prosperidad que puede poner en peligro el derecho individual o lesionar un derecho abstracto, sujeto a otro examen".

Opinión de Zanardelli (1).

El Ministro de Justicia italiano decía en la exposición de motivos al proyecto de Código presentado en 1890: "Para dar cuenta de los criterios seguidos, en la distinción entre los delitos y las contravenciones analizando su naturaleza íntima, no puedo prescindir de las conclusiones de la ciencia, según las cuales son delitos aquellos hechos que producen una lesión jurídica, y contravenciones aquellos otros hechos que si pueden ser inocuos en sí mismos, presentan, sin embargo, un peligro para la tranquilidad pública o para el derecho ajeno. El precepto de la ley en los delitos dice, por ejemplo: no matar; y en las contravenciones dice: no hacer nada que pueda poner en peligro la vida ajena; en los primeros dice: no causar daño en la propiedad ajena; y en los segundos dice: no hacer cosa alguna de la que pueda derivar un daño para la propiedad ajena. La ley penal, en materia de contravenciones, es el complemento necesario de una gran parte de las normas jurídicas del vivir civil y de los preceptos públicos; refuerza el régimen político, administrativo, económico, higiénico, edilicio, contribuyendo eficazmente a la seguridad, a la tranquilidad, a la prosperidad y a la civilización del país".

(1) Citado por Alimena. Tomo I. pág. 314.

Opinión de Alimena (1).

Después de criticar las distinciones de Feurbach y de Binding quienes las hacen residir en la consideración de que el delito es la violación de una norma que tutela un bien jurídico de un modo inmediato en tanto que la norma violada en la contravención tutela pero mediatamente el mismo bien, afirma que tales tesis son ficticias como es ficticio distinguir entre peligros remotos y peligros reales o potenciales.

Previo un largo estudio crítico, Alimena concluye así: "Los delitos se clasifican según el bien jurídico violado, y las contravenciones se clasifican según las reglas de cautela violadas. Aquéllos y éstas se unen en grupos, y los grupos en familias, del mismo modo como los bienes jurídicos y las reglas de cautela se reúnen también en grupos y en familias. Y cuando un hecho lesione varios bienes jurídicos o varias reglas de cautela, la clasificación tendrá lugar según el bien o la cautela que se reputa de mayor importancia", páginas atrás había dicho: "Que la contravención no tiende solamente a impedir que se cometan delitos sino que también tiende a impedir otros hechos nocivos que no son delitos".

Nuestra opinión.

Es posible que entre el delito y la contravención no exista una diferencia esencial en el sentido de que el primero implique un mayor daño, o represente mayor peligrosidad por violar normas fun-

(1) Bernardino Alimena. **Principios de Derecho Penal.** 1915. Tomo I. pág. 309 y siguientes.

damentales de existencia, en tanto que la segunda no cuenta con idénticos caracteres. No es, tampoco, una diferencia cuantitativa la que los distingue, como lo sostienen la mayoría de los autores, porque ello nos llevaría igualmente a hacerla depender del grado de la pena que corresponda a la infracción o al sentimiento transitorio y variable de la conveniencia social.

En nuestra opinión la contravención es una infracción típica de policía. Esto equivale a decir que la contravención está constituida por la violación de una norma de carácter preventivo, encaminada a la protección y al mantenimiento de la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas. Por eso la contravención puede estar consagrada como medida de prevención de muchos delitos, porque entre los atentados a la tranquilidad, seguridad y salubridad hay muchos hechos que por su gravedad han sido sometidos no solamente a sanciones preventivas de policía sino a la represión penal; pero igualmente puede defender bienes distintos a los que se afectan con el delito, como los atentados contra la tranquilidad que consisten en ruidos. Bien dice Alimena que la contravención puede consistir en hechos nocivos que ninguna relación tengan ni mediata ni inmediatamente, con los delitos.

Es evidente también que el delito, *por lo general*, contiene una violación de normas jurídicas y de intereses protegidos, fundamentales para la existencia social y atenta contra normas de moralidad media; en tanto que la contravención *por lo general*, está constituida por hechos inocentes o indiferentes en sí mismos, que apenas suponen un peligro para el orden jurídico y que por ello se penan *a título preventivo*.

Frecuentemente esta noción se complica porque muchos aspiran a extraerla del análisis de la legislación positiva, la cual, de ordinario, carece de uni-

dad doctrinaria (1). No deduzcamos la doctrina de los errores del legislador inducto, procuremos más bien imponer los principios científicos, seriamente elaborados, en los textos de las leyes.

Como dice Cuello Calón (2), se impone una labor de afinada elaboración legislativa que, previa una minuciosa selección, reserve para el Código de las Contravenciones los hechos desprovistos de lesividad de los intereses individuales y colectivos, de maldad e inmoralidad y que no susciten indignados sentimientos de reprobación colectiva.

La distinción entre delito y contravención tiene una gran importancia práctica, porque son diferentes los principios que regulan una y otra categorías, particularmente en la aplicación de la sanción, según lo veremos en seguida. Esta importancia se pone más de relieve si se atiende a la circunstancia de que entre nosotros el conocimiento y juzgamiento de algunos delitos les han sido asignados a los mismos funcionarios a quienes compete la aplicación de las sanciones de policía.

(1) Los mismos maestros italianos se muestran poco dispuestos a prescindir de la consideración doctrinaria de su propia legislación o de otras legislaciones europeas, como fuente de inspiración en la elaboración de sus doctrinas. Vale más adentrarse en la realidad de los hechos que en las leyes que aspiran a regular esa realidad. Como dijera Carnelutti, el científico del Derecho que conoce la ley pero no conoce los hechos que regulan esa ley, como los contratos o los delitos, es como un zoólogo que nunca hubiera visto los animales que debe estudiar. Desgraciadamente esa situación es bien común, porque no están a nuestra disposición ni los "jardines zoológicos ni los museos" particularmente en materias penales, ya que "la vida del Derecho Penal, que no es la del proceso penal, es una vida oculta, y el Derecho Penal es verdaderamente el Derecho de la sombra".

(2) Eugenio Cuello Calón. **Derecho Penal** 1935. Tomo I. pág. 257.

La distinción en nuestra legislación.

Nuestro Código Penal vigente adopta la clasificación bipartita de origen italiano, al decir en su artículo 2º: "Las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y contravenciones. Salvo disposición en contrario, la represión de las contravenciones corresponderá a la Policía".

Vale observar, así sea de paso, que no puede haber disposición legal en contrario, pues si se expidiera sería inconstitucional porque implicaría asignar el conocimiento de las infracciones de policía y por tanto la aplicación de sanciones de policía a autoridades distintas de las del Organó Ejecutivo, y como se estudiará en el capítulo correspondiente, la función de policía es exclusiva de este Organó, por mandato de la Constitución (1). Técnicamente, tampoco es aceptable, para referirse a las contravenciones, el término "represión", porque la función de policía, como ya se demostró, es exclusivamente preventiva.

Del criterio de la legislación penal aplicado a las contravenciones.

El Derecho Penal estrictamente considerado corresponde al Régimen de Derecho, en tanto que las

(1) Se exceptúan las multas de carácter disciplinario que pueden imponer Magistrados y Jueces a quienes les falten al debido respeto cuando ejercen sus funciones. También está exceptuado el Congreso pero solamente en lo relativo a las facultades de **Policía Interna** que le asigna la Constitución para procurar el buen orden y el respeto dentro del recinto de las Cámaras.

contravenciones pertenecen al Régimen de Policía; cada uno regula fenómenos diferentes dentro de la vida jurídica del Estado: El Derecho Penal la represión, el de policía la prevención; es además noción elemental en la ciencia penal que las disposiciones de esta índole no admiten aplicación extensiva o analógica, de donde se concluye que, desde un punto de vista muy general, puede afirmarse que los principios del Derecho Penal no deben aplicarse al régimen de las contravenciones (1).

Si se atiende a la naturaleza misma de los hechos que constituyen delito y de los que suponen contravención, se verá de idéntica manera, que por atentar los unos contra las condiciones esenciales de existencia social y las otras apenas representar un peligro, los sistemas doctrinarios que rijan la aplicación de las sanciones y el tratamiento de los infractores deben ser disímiles.

Ocurre, sin embargo, que las contravenciones participan en cierta manera de la naturaleza jurí-

(1) Gabino Fraga en su **Derecho Administrativo**, México. 1939, pág. 529, dice: "Caracterizado el poder de policía por sus finalidades y por los medios que usa, se debe distinguir del poder penal.

Este último procede por vía represiva después de la comisión del hecho punible, en tanto que el primero usa de medidas especialmente preventivas. Pero, además, la legislación penal sanciona actos que reprueba la conciencia social, en tanto que la legislación de policía simplemente impide y restringe actividades que, intrínsecamente, no son reprobables y su limitación obedece a razones convencionales. Así, el que construye un edificio está sometido a la necesidad de obtener licencia de las autoridades competentes en materia de construcciones y en materia sanitaria. Sin embargo el hecho de ejecutar la construcción sin tal licencia, no constituye un acto moralmente reprochable, de la "naturaleza de los actos que el Derecho Penal sanciona".

dica de los delitos, porque son violaciones de disposiciones legales que imponen prohibiciones y limitaciones en la conducta de los hombres. Jurídicamente consideradas, ambas categorías son infracciones a los mandatos legales, atentados contra el orden jurídico, y por ese aspecto, susceptibles de provocar la acción del Estado en forma de aplicación de sanciones.

Debe entonces recordarse que es principio de legislación universal, consagrado también en nuestros Códigos, que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior debe aplicarse de preferencia a la restrictiva o desfavorable (1).

Si ésto puede decirse de la ley penal estrictamente considerada, con cuanta mayor razón podrá afirmarse respecto de las contravenciones, que son hechos mucho menos graves e importantes.

Es improbable que el Código Penal contenga reglas más favorables que los reglamentos de policía, justamente porque aquél atiende a la represión de hechos de mayor gravedad, pero si ésto ocurriera, como en los casos de condena condicional, perdón judicial y libertad vigilada que no contienen muchos códigos de Policía, es incuestionable que debe recurrirse a las normas contenidas en el Código Penal.

En suma, por regla general no rigen los mismos principios para los delitos y para las contravenciones, pero en cuanto no pugnen con la naturaleza misma del régimen de policía, no se opongan a los fines propios de policía y sean más favorables, las normas de la legislación penal pueden y deben aplicarse al sistema contravencional.

(1) Art. 22 de la Codificación Constitucional.—Art. 3º del Código Penal. — Art. 5º del Código de Procedimiento Penal.

Aunque dicho a propósito de la legislación argentina, vale transcribir el concepto de la Cámara en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, en sentencia de la que fué ponente el Magistrado doctor Ortiz de Rozas: "El Código Penal no legisla sobre faltas. Todas sus disposiciones se refieren a delitos. Pero ésto no significa que los Tribunales no puedan aplicar, por analogía, en lo favorable y acorde con el espíritu de la ley y los principios del Derecho, algunos de los preceptos generales que ha establecido, cuando se trata de juzgar contravenciones. La aplicación analógica y la interpretación amplia que les están prohibidas son las que se hacen en contra de los procesados, por el especial peligro que ofrecen.

"De acuerdo con este criterio, procede evidentemente hacer extensivo a las faltas el beneficio de la condena condicional a que se refiere el Art. 26.

"Admitida por nuestro Código no solamente para los delitos reprimidos con pena corporal, sino también para aquellos a que se imponen multas, y respondiendo justamente a la conveniencia de suspenderlas respecto de hechos de carácter leve y de infractores de buenas condiciones morales, es manifiesto que su empleo resulta tanto más justificado cuanto menos importante es la infracción" (1).

De la imputabilidad en materia contravencional.

Según el sistema de nuestro Código Penal, el delito es el resultado de la actividad psico-física del

(1) El Código húngaro mencionado por Alimena, dice en su Art. 12 que en todo aquello que no esté especialmente legislado en las contravenciones, son aplicables las disposiciones generales del Código Penal.

autor, y por tanto la responsabilidad se funda en una imputabilidad física y en otra psíquica. Por esta razón, en los delitos, si sólo hay imputabilidad física no puede hablarse de responsabilidad; tal ocurre en los hechos cometidos por coacción invencible o en los ocurridos como caso fortuito.

En materia estrictamente penal, la ausencia de imputabilidad psíquica, exime de responsabilidad al agente.

En materia contravencional no ocurre lo mismo, porque la legislación de policía que es rigurosamente preventiva tiende a evitar *absolutamente* que se produzcan los hechos que ha prohibido o que dejen de ejecutarse los que ha ordenado. A la policía sólo le importa evitar que se realicen los atentados contra el Orden Público, sin que le incumba determinar el grado de actividad psíquica que precedió o acompañó la ejecución del hecho.

Consecuente con este principio, nuestro Código Penal consignó como base de la responsabilidad en las contravenciones la sola imputabilidad física. En el artículo 13 dice:

“En las contravenciones, la simple acción u omisión hace responsable al agente”.

A pesar de que, dada la naturaleza de la contravención, el principio de la simple imputabilidad material como base de la responsabilidad, es tan estricto, el Artículo 23 en su inciso 3º, estableció una excepción de evidente justicia al decir:

“No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:..... 3º por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones”.

Al afirmar que la responsabilidad contravencional se funda solamente en la imputabilidad física,

no pretendemos indicar que las contravenciones se cometan cómo resultado exclusivo de esa actividad sino que en la determinación de la responsabilidad no debe investigarse ni calificarse la actividad psíquica que la provocó.

Se ha adoptado como base de la responsabilidad contravencional únicamente la imputabilidad física en atención a que las sanciones de policía, por ser de carácter rigurosamente preventivo, deben ser aplicadas rápidamente, y la investigación de la imputabilidad psíquica supondría un término largo para adelantar dispendiosas y complicadas averiguaciones con perjuicio de la oportunidad. Además, como la mayoría de los hechos que implican contravención son de poca gravedad, no aparece tan necesaria esa determinación que en materia estrictamente penal exigen tanto la doctrina como la legislación.

De la tentativa en materia contravencional.

Consecuencia del principio de la no imputabilidad psíquica en las contravenciones es este otro según el cual ni aún dentro de la escuela positivista se admite que la tentativa sea punible.

Sabido es que la escuela clásica no admite que se pene la tentativa delictual como corolario de su concepción del delito como un hecho jurídico independiente de la personalidad del delincuente; pero la escuela positivista al afirmar que delito es todo atentado contra las condiciones esenciales de existencia de la sociedad, que revela una aptitud peligrosa en el agente, no sólo admite sino que propugna con buenas razones la sanción de la tentativa. Según esta escuela si el delito no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del actor,

ello no revela ausencia, sino por el contrario afirmación de peligrosidad.

Pero en materia contravencional sólo cuentan los hechos materiales externos consumados. Si la responsabilidad se deduce de la simple violación material del reglamento, mal podría pensarse la tentativa que revelaría ciertamente la intención de incurrir en la contravención, elemento psíquico no imputable, pero la ausencia de resultados materiales capaces de producir la infracción, elemento físico y única base de imputabilidad. Como no existe la base de la imputabilidad, no puede hablarse de responsabilidad y por tanto no puede ordenarse la sanción.

Los autores de Derecho Penal, prácticamente no se han ocupado de estos problemas del régimen contravencional, y cuando lo han hecho ha sido apenas de modo incidental. Con todo, hay algunos antecedentes doctrinarios que merecen citarse como respaldo de la tesis que dejamos expuesta.

Los franceses Chaveau y Helie sostienen que en las contravenciones debe rechazarse toda consideración extraña a la simple infracción material (1). El profesor argentino Peco dice que no existe tentativa de contravención, no porque ésta envuelva un peligro posible y aquella un peligro corrido, doctrina a la vez falaz y peligrosa", sino porque la contravención sólo se reprime cuando reúne todos los elementos de la consumación (2).

Los anteproyectos de Código de Contravenciones para la provincia de Buenos Aires, elaborados por el doctor Soler el uno, y por el doctor Puccio el otro, contienen ambos esta disposición: "Ni la

(1) Chaveau y Helie. — Theorie du Code Penal, tomo IV. pág. 268.

(2) Revista La Ley. Tomo 15. Citado por Coronas.

tentativa ni la complicidad son punibles en las contravenciones" (1).

**De la participación
o complicidad en
materia contravencional.**

No es necesario analizar a fondo los diversos aspectos que presenta el problema de la complicidad en materia penal, basta considerarla en los dos más caracterizados en materia contravencional: el intelectual y el material.

Como la responsabilidad contravencional excluye la consideración de la imputabilidad psíquica, no puede, lógicamente, estimarse como punible la complicidad intelectual. La colaboración intelectual, en cualquier forma como pudiera presentarse, necesariamente debe aparecer como elemento extraño en el establecimiento de la responsabilidad por las contravenciones, puesto que aquella supone únicamente un acto consumado de carácter material. Si en el autor directo de la infracción no se investiga la imputabilidad psíquica, mal podría averiguarse respecto de los auxiliadores.

Por las mismas razones, la solución debe ser diferente si la complicidad se manifiesta por actos materiales, dirigidos evidentemente a facilitar la comisión de la infracción. Pero en tal caso, la responsabilidad de los cómplices debe limitarse solamente al grado en que sus actos fueron eficaces para la ejecución de la contravención. Es decir, si entre el acto mismo que constituye la contravención y los actos cómplices no existe una relación tan di-

(1) De las Faltas o Contravenciones, J. E. Coronas, pág. 130.

recta que haga a los segundos necesarios respecto del primero, entonces sólo serán punibles los actos cómplices en cuanto en sí mismos, y considerados independientemente, importen a su vez una contravención. Pero si el acto infractor hubiera sido posible sin el auxilio de los actos cómplices, y éstos son de tal naturaleza que no representan por sí mismos una violación, entonces no deberán ser punibles los agentes partícipes.

Con todo, ni la doctrina, ni la legislación están acordes en las soluciones de esta cuestión. La mayoría de los autores muestran una tendencia definida a rechazar integralmente la complicidad contravencional.

El proyecto del doctor Soler atrás mencionado, excluye la complicidad en las contravenciones, posiblemente influido por la doctrina del Código Zarnardelli que también la excluía.

Tanto la Municipalidad de Buenos Aires como la Policía Federal Argentina, han prescindido, en la práctica, de esta consideración, declarando constantemente en todos sus fallos la no punibilidad de los cómplices. Sin embargo la Cámara en lo Criminal y Correccional de la misma ciudad, ha acogido la tesis contraria, en numerosos fallos, de los cuales sólo se ha apartado el Magistrado doctor Ortiz de Rozas, salvando siempre su voto (1).

El Código Penal italiano de Rocco consagra la complicidad en los delitos culposos, y en la relación ministerial se explica que el alcance de esta disposición se extiende a las contravenciones, cuando dice: "La Conciencia de concurrir, con la propia acción, a la acción de otros, es admisible como hipótesis en todas las posibles formas de actividades criminosas realizadas por varias personas, y

(1) Véase Juan E. Coronas, obra citada, págs. 134 a 138.

por esté motivo no hay razón para excluir el concurso en los delitos culposos y en las contravenciones" (1).

De la reincidencia en materia contravencional.

En Derecho Penal la reincidencia es considerada generalmente como un síntoma de peligrosidad social, como la revelación de una acentuada tendencia hacia la acción criminosa, que demuestra que la personalidad del delincuente ha resistido obstinadamente a la eficacia regeneradora de la pena. Por esta razón, rigurosamente científica, las legislaciones modernas consagran la reincidencia como un motivo para la agravación de la pena. Pero, como lo dice Pessina (2): "La reincidencia no puede considerarse a priori como una prueba de mayor perversidad en el delincuente, ni como constante revelación de un ser peligrosísimo, porque, princi-

(1) Citado por Jorge Gutiérrez Gómez. Comentarios al Código Penal Colombiano, pág. 102. El Código de Policía de Boyacá consagra el principio de la responsabilidad de los cómplices pero sin distinguir entre complicidad intelectual y complicidad material: Artículo 30. "Los autores, copartícipes, cómplices, auxiliadores y encubridores de una contravención de policía son legalmente responsables, excepto los casos de justificación del hecho".

Como causas de justificación del hecho menciona las mismas del Código Penal vigente.

El mismo principio lo contienen casi todos los Códigos de los demás departamentos con variación de redacción, pero sin determinar qué clase de complicidad. En ellos se hace, también, distinción entre cómplices, auxiliadores y encubridores.

(2) Enrique Pessina. Elementos de Derecho Penal, 1919. pág. 592.

palmente en los delitos de género diferente fundados en pasiones distintas, las causas próximas del delinquir, las ocasiones, y con frecuencia la degradación en que cae el condenado después de haber sufrido la pena, concurren para originar la recaída en el delito”.

Es pues necesario tener en cuenta, como un dato de observación científica que la reiteración en los delitos e incluso la reincidencia, indican diversos grados de peligrosidad según que sean, sobre todo cuando se trata de delitos leves, el efecto de desgraciadas circunstancias especiales o, por el contrario, de una obstinada tendencia a la criminalidad (1).

La doctrina ha clasificado este fenómeno en dos categorías: la reincidencia genérica y la específica. La primera tiene lugar cuando el delincuente recae en cualquier clase de delito y la segunda cuando recae en el mismo delito o en otro semejante.

Casi todos los expositores de derecho penal rechazan esta clasificación en cuanto de ella se pretenda deducir el grado de peligrosidad, pues, si es evidente que quien incurre reiteradamente en delitos de la misma clase, revela una predisposición particular y posiblemente una formación psico-física muy definida, ello no quiere decir que aquel delincuente cuyos delitos asumen formas diversas en cada nueva ocasión, sea menos peligroso, y antes por el contrario esa conducta puede ser síntoma de mayor perversidad y más notable desadaptación al medio social.

Si este fenómeno lo trasladamos al campo contravencional tendremos que concluir que aunque las infracciones a los reglamentos de policía sean menos graves que los delitos, la insistencia y repetición de la violación indica también cierto grado de peligrosa desadaptación, por la resistencia que supone de parte del infractor a acatar los regla-

(1) Ferri. Derecho Criminal, pág. 631,

mentos, dictados justamente en defensa del orden público.

Pero si en los delitos, no siempre la reincidencia puede estimarse como un valor absoluto de peligrosidad, por las diversas circunstancias y los diversos móviles que hayan concurrido en cada ocasión, en el campo contravencional resulta más aventurada aún la valoración de la peligrosidad y por lo mismo la gradación de la pena como consecuencia de la reincidencia.

Muchos Códigos dejan al Juez cierto arbitrio para la estimación de la reincidencia, precisamente porque su valor no puede fijarse en modo absoluto y debe ser conclusión de una seria investigación sobre la personalidad del reo, sus antecedentes de todo orden y particularmente de las circunstancias de cada delito.

Este sistema sería inaplicable dentro del Régimen de Policía, porque la sanción de Policía debe caracterizarse por su prontitud para alcanzar eficacia, dada la naturaleza de las contravenciones, y una investigación seria de la personalidad reclama un lapso de tiempo incompatible con los métodos preventivos.

Posiblemente, ésta ha sido la razón para que la mayoría de las legislaciones hayan prescindido de la reincidencia como elemento para la gradación de las penas en las contravenciones. Con todo, científicamente considerado el problema, y dentro de la teoría cabe admitir la reincidencia en las contravenciones, por lo menos la específica. Así, por ejemplo, la reiterada violación de las normas de tránsito que defienden la seguridad de las personas, manifiesta claramente que el contraventor es insomitable a los reglamentos y por tanto implica una amenaza constante contra la seguridad. Para la calificación de esta clase de reincidencias bastaría con la verificación del hecho material constituti-

vo de la contravención, porque su repetición supone por sí misma la peligrosidad del infractor, sin más averiguaciones.

En la práctica los reglamentos urbanos de tránsito en muchas ciudades colombianas, han consignado este sistema, pero es ilegal, según lo verenos en seguida, aunque es eminentemente científico.

Alimena (1) se muestra decidido partidario de esta tesis porque según él, en los delitos culposos y en las contravenciones, aquello que judicialmente puede estimarse como culpa, negligencia o falta de pericia, es en el fondo casi siempre un dolo indeterminado; y concluye así: "Se vé cómo es posible la reincidencia en los delitos dolosos, cómo es posible en los culposos y cómo es posible en las contravenciones. Pero quizás por la especial naturaleza de las contravenciones, para éstas no debería admitirse más que la reincidencia específica".

La reincidencia de delito a contravención y de contravención a delito, sí no es admisible ni ha sido admitida por ningún autor. Ella importa solamente como elemento de juicio en la investigación de la personalidad, en los casos de delito, pero jamás como circunstancia agravante para la imposición de la pena.

Casi todos los Códigos de Policía de nuestros Departamentos consagran la reincidencia para las contravenciones, unos acogen la genérica y otros la específica, pero desgraciadamente como absolutamente en todos nuestros estatutos de policía se manifiesta la más tremenda confusión doctrinaria y aún la ausencia total de sistema, aparece en ellos consignada la reincidencia de delito a contravención y de contravención a delito posiblemente como resultado de la confusión que todos contienen en-

(1) Alimena, obra citada, tomo II. pág. 390.

tre las funciones propias de policía y las que la ley le ha asignado por excepción a los funcionarios de la misma. En esos malos Códigos se habla indistintamente de delito y de contravención como si fueran dos fenómenos idénticos.

A partir de 1938 son legalmente inaplicables las disposiciones de nuestros Códigos de Policía en esta materia, (y en algunas otras), porque el nuevo Código Penal derogó tácitamente el sistema. Claro que los funcionarios de Policía no han caído en cuenta de tan fundamental reforma y sería deseable que el Ministerio de Gobierno cuando lo descubre, instruya a todos los empleados de policía a este respecto.

Los Artículos 34 y 35 del Código Penal dicen:

“Artículo 34. — El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito”.

“Artículo 35. — Al aplicar las disposiciones de los incisos 1º y 2º del artículo anterior, no se tendrán en cuenta las contravenciones, los delitos culposos, los delitos contra la disciplina militar, los delitos políticos cometidos sin homicidio, incendio, saqueo o robo, el homicidio y las heridas cuando haya mediado provocación o haya habido exceso en la defensa o en el estado de necesidad, y los delitos cometidos por menores de diez y ocho años”.

La anterior disposición en el sentido tan absoluto como está concebida, es en nuestra opinión, in-

conveniente y no completamente científica, por las razones que se dejaron ya expuestas. Bien podría consagrarse la reincidencia para las contravenciones, pero limitándola a la específica y entendiendo que como la responsabilidad contravencional se funda únicamente en la imputabilidad física, la sola comprobación de haberse consumado una contravención en diversas ocasiones, es suficiente indicio de peligrosidad, sin más averiguaciones. Es decir, siguiendo el sistema de desechar la investigación de la personalidad de contraventor.

Del concurso de contravenciones.

La relación que existe entre la acción y la lesión jurídica la estudia la ciencia penal partiendo de cuatro hipótesis diferentes: 1º Unidad de acción con unidad de lesión jurídica; 2º Pluralidad de acciones con unidad de lesión jurídica; 3º Unidad de acción con pluralidad de lesiones jurídicas, y 4º Pluralidad de acciones con pluralidad de lesiones jurídicas.

La importancia de la clasificación anterior reside en sus consecuencias respecto de la aplicación de la pena, la cual es regulada en los Códigos de modo diverso según se trate del delito instantáneo, del continuado, del permanente, del concurso formal y del concurso material o reincidencia que ya estudiamos (1).

(1) Véanse. Alimena, obra citada, pág. 488 y siguientes.

Gutiérrez Gómez, obra citada, pág. 147 y siguientes.

Cuello Calón, obra citada, pág. 495 y siguientes.

Pueden consultarse también, Ferri, Pessina, Carrara, etc.

Aquí estudiaremos solamente el llamado concurso formal, o sea los casos de unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas.

Esta unidad de acción debe considerarse solamente en su aspecto externo objetivo lo que la diferencia del concurso en los delitos en los cuales la unidad debe ser subjetiva porque cuando las intenciones criminosas se bifurcan no se tratará entonces de concurso formal sino de concurso material. Pero como en las contravenciones nada importa el factor psíquico, bastará con determinar la unidad objetiva en la acción. La pluralidad de las lesiones, como aparece obvio, es indispensable para la existencia del concurso.

El problema se plantea para averiguar cómo debe aplicarse la pena en los casos de concurso contravencional. En materia penal se han adoptado estas soluciones: 1º Se impone únicamente la pena correspondiente a la infracción más grave; 2º Se suman las penas que correspondan a cada una de las infracciones; 3º Se impone la pena del delito más grave, aumentada en cierta proporción como la mitad o un tercio; y 4º Se impone la pena más grave, dejando al Juez en libertad para aumentarla discrecionalmente según la peligrosidad del agente.

Nuestro Código Penal consagra el tercer sistema, conocido con el nombre de sistema de acumulación jurídica, el cual es evidentemente el más científico, porque no deja impunes las infracciones más leves ni ordena la imposición de todas las penas, lo cual sería excesivo. Además, el Juez conserva cierta libertad para la agravación de la pena, ejercida dentro de los límites fijados en la ley.

Los Códigos de Policía de los Departamentos no dan solución alguna, con excepción del del Tolima el cual establece la imposición de la pena más grave y ordena que las otras contravenciones deben considerarse tan sólo como indicios de peligrosidad.

El mismo sistema consagra el Reglamento de Faltas de la ciudad de Buenos Aires.

Sería deseable que en materia contravencional se consagrara el mismo sistema del Código Penal, que tiene cierta elasticidad y la ventaja de no dejar impunes las contravenciones más leves.

La ausencia de disposiciones a este respecto, permite, en la práctica, la mayor arbitrariedad. Creemos que mientras se dicta el Código Nacional de Contravenciones sería legal y conveniente, que se diera aplicación al sistema consagrado en el Código Penal.

El concurso de delitos y de contravenciones no puede considerarse, porque si con una misma acción se ha infringido una disposición de policía y una del Código Penal, el conocimiento corresponderá a los Jueces y no a la Policía, y aquellos no tienen facultad para imponer sanciones de policía. En ese caso la contravención podrá ser considerada como un agravante, pero no como una infracción independiente. Este caso es frecuente en los delitos culposos de tránsito, como cuando se da muerte a una persona al atropellarla con un automóvil que era conducido a velocidad mayor de la permitida por los reglamentos. La contravención consistente en conducir a mayor velocidad será apenas un agravante del delito pero en ningún caso el Juez podría imponer la sanción de policía y la pena correspondiente al delito, ni tampoco podría el Jefe de Policía imponer la sanción por la contravención y remitir después el asunto al Juez, porque en ambos casos habría invasión de jurisdicción. En el primer caso, porque el Juez no puede imponer sanciones de policía, y en el segundo, porque el conocimiento de las infracciones que implican el delito es privativo de los jueces.

En algunos casos, como en los de delitos cuyo conocimiento está asignado a la policía, no se tro-

pezará con el inconveniente de la jurisdicción, pero es, aún así, universalmente rechazada la posibilidad del concurso de contravenciones y delitos, porque se considera que cuando él pueda ocurrir, teóricamente (una sola acción que viola un reglamento de policía y el Código Penal), la contravención queda absorbida por el delito, dada la dificultad para precisar donde termina la primera y donde comienza el segundo.

De la penalidad en materia contravencional.

Antes de analizar el sistema penológico contravencional conviene insistir una vez más en que el régimen de policía con todas sus variadas y complejas manifestaciones es esencial y exclusivamente preventivo, y de esta calidad participan también sus sanciones. La misma diferencia que hay entre la prevención y la represión se encuentra entre la sanción de policía y la penal propiamente dicha, entre el poder de policía y el poder penal.

Aunque todavía se discute en el terreno del Derecho Penal acerca de los fines de la pena, es evidente que todos, aún reconociendo la pena como la expresión típica del poder de represión del Estado, hallan en ella el modo adecuado para obtener la regeneración del delincuente, su readaptación a la vida social. La palabra "castigo" suena como término arcaico, dentro de las modernas tendencias del derecho penal. No se sanciona porque se pecó, sino para que no se vuelva a pecar.

Si muy pronto será inadecuado hablar de represión en el Derecho Penal, con cuánta mayor razón habrá sido siempre impropia la idea de represión dentro del régimen de policía.

Las palabras tienen su importancia porque por lo general se identifican con las ideas que representan, y ya llegó la hora de desterrar definitivamente de todo nuestro sistema contravencional la idea de la represión.

La sanción de policía es eminentemente preventiva, y acerca de ésto no es posible admitir discusión. Es la última etapa de la función de policía y ésta es, como ya lo demostramos hasta la saciedad, exclusivamente preventiva. Hay que insistir mucho sobre este punto, para que los Jefes de Policía adquieran pronto la convicción profunda de que todos sus actos deben acomodarse al sistema, a la idea y aún al "*temperamento*" de la prevención.

El olvido demasiado frecuente entre nosotros de esta verdad elemental, ha conducido la función de policía a campos en donde difícilmente podrá hallarse armonía jurídica. Entre los términos policía y represión hay una repugnancia esencial.

Se admiten las siguientes sanciones de policía:

- 1º La reclusión.
- 2º Trabajo en obras públicas.
- 3º Arresto.
- 4º La multa.
- 5º El confinamiento.
- 6º La confiscación o decomiso.
- 7º El concierto.
- 8º La Colonia Agrícola.
- 9º La caución de buena conducta.
- 10 El apercibimiento.
- 11 Libertad vigilada.
- 12 Expulsión para los extranjeros.
- 13 La clausura.
- 14 La inhabilitación.

Ninguna de las sanciones anteriores suspende el ejercicio de los derechos políticos, ni esta pena

puede imponerse jamás, como accesoria, por contravenciones.

Algunos Códigos, como el de Antioquia, incluyen entre las penas de policía la de prisión, pero parece que sea más bien el resultado de la confusión entre delitos y contravenciones que se observa en todos aquellos, pues, como es obvio, la pena de prisión está reservada por el Código Penal para los delitos (1).

La reclusión, o encierro correccional como es llamada en algunos Códigos, se cumple en una cárcel departamental o municipal. Su término máximo varía de un Código a otro, entre seis meses y dos años. En algunos Códigos se impone a los reclusos la obligación de trabajar en obras públicas y en otros el trabajo debe ejecutarse dentro de la cárcel. El Código de Boyacá reglamenta el régimen carcelario ordenando el trabajo en común durante el día y el aislamiento celular en la noche.

Las penas de privación de la libertad que exceden de un año, como la de reclusión de que trata el Código de Boyacá, son ilegales, porque el límite máximo fué fijado en un año por la ley 71 de 1916 en su artículo 5º.

El trabajo en obras públicas consiste en la obligación del penado de trabajar en las obras públicas departamentales o municipales durante 7 a 8 horas diarias, y el resto del tiempo permanecer en la cárcel. La diferencia con la reclusión reside principalmente en que en algunos casos se permite al penado dormir en su casa, o ejecutar ciertas obras libremente sin estar sometido a régimen especial, dentro del plazo determinado.

La pena de arresto poco se diferencia de la de reclusión. Se cumple en una cárcel municipal o de

(1) Sin embargo la Ley 71 de 1916 autorizó a las Asambleas Departamentales para consagrar la pena de prisión.

partamental y bajo el mismo régimen de los demás penados, es decir, trabajo diurno y aislamiento nocturno. En algunos casos se autoriza su conversión como se verá adelante.

La pena de multa es la típica de policía; es la más abundantemente aplicada y no tiene ninguno de los inconvenientes de las privativas de la libertad. Estas últimas cuando son de corta duración han sido rechazadas universalmente por los especialistas como contraproducentes. Sus efectos regeneradores son nulos, y antes bien, con frecuencia influyen desfavorablemente en la personalidad del penado. Esta proposición cobra mayor fuerza si se atiende al deficiente régimen carcelario de nuestro país.

Es cierto que en muchos casos la pena de multa será ineficaz porque el contraventor sea persona acaudalada, y en otros inaplicable por la insolencia del reo. Pero en la generalidad de los casos inteligentemente proporcionada por el Jefe de Policía que la ordene, será la más apropiada para los fines de policía.

La multa está limitada como pena de policía en la cantidad de \$ 500, por la Ley 71 de 1916.

Conviene hacer resaltar algunas de las ventajas que los autores señalan para recomendar la pena de multa en lugar de las penas privativas de la libertad de corta duración (1).

1º Es esencialmente divisible, flexible como ninguna otra y de fácil adaptación a las condiciones de fortuna del condenado.

2º A diferencia de la cárcel, no degrada al condenado ni deshonra a su familia. No es obstáculo para su rehabilitación social. El multado permane-

(1) Véase Eugenio Cuello Calón. *Penalogía*, pág. 268, de cuyo texto tomamos lo esencial de estas conclusiones.

ce entre los suyos, puede proveer a su subsistencia y no pierde su empleo ni su ocupación.

3º Puede constituir una fuente de ingresos para el Estado al contrario de lo que ocurre con las penas privativas de la libertad que significan cuantiosas erogaciones para el erario público; además, mediante una legislación adecuada puede representar un fácil elemento para la indemnización del daño.

Un movimiento universal, doctrinario y práctico, tiende a obtener en la hora presente la consagración legislativa de la multa como pena típica de policía, en sustitución de la mayoría de las de privación de la libertad. Esta tendencia ha adquirido su forma más caracterizada en Inglaterra, en donde, en virtud de las disposiciones contenidas en el "Criminal Justice Administration Act", se autorizan los pagos por cuotas dentro de ciertos plazos, a fin de evitar de todos modos la conversión de esa pena en arresto. Si los penados fueren absolutamente insolventes, se sustituye la pena por la de prestación de cualquier trabajo. Este mismo sistema ha sido consagrado en el Código Penal federal de Suiza.

La disminución de detenidos en las cárceles inglesas por contravenciones ha sido considerable desde la vigencia de la ley, a la vez que las estadísticas continúan mostrando un decrecimiento en los delitos y en las contravenciones, lo cual indica con la mejor elocuencia, el grado de su eficacia.

Aunque ninguno de nuestros Códigos consagra el sistema del pago de la multa por cuotas, como los Jefes de Policía disponen de una relativa facultad discrecional al imponer las sanciones no sería ilegal que en la Resolución que se ordene la multa se conceda un plazo o varios para pagarla.

El confinamiento consiste en imponer al contraventor la obligación de residir en un municipio dis-

tinto de aquél en donde se cometió la infracción. Algunos reglamentos fijan límites de distancia, como cincuenta kilómetros o más, entre uno y otro municipio (1).

Esta pena parece bastante apropiada para los fines de policía, apenas restringe escasamente la libertad y está inspirada en la necesidad de apartar al contraventor del ambiente y medio sociales que a juicio del Jefe de Policía influyan nocivamente en su conducta.

La Confiscación, llamada también decomiso o comiso, es la apropiación que hace el Estado por intermedio de los funcionarios de policía, de ciertos elementos cuyo uso se halla prohibido. Esta apropiación no causa, como es obvio, indemnización.

La pena de concierto llamada también de colocación consiste en confiar el contraventor al cuidado de un hogar honorable o de un establecimiento de trabajo, bajo la vigilancia y responsabilidad del padre de familia o del Jefe del establecimiento. Esta pena, aplicada de preferencia a los menores de edad es muy recomendable como método reeducativo, pero desgraciadamente ha caído en desuso por la dificultad para encontrar hogares que quieran aceptar estos penados, en unos casos, y en otros, por el abusó que algunos hacían de su autoridad con los menores confiados a su dirección.

La pena de confinamiento en Colonia Agrícola está autorizada generalmente hasta por un año, aunque a los contraventores de la Ley 48 de 1936 puede imponérseles hasta por seis años. Cabe obser-

(1) El Código de Policía de Cundinamarca consagra, además, la pena de destierro, que consiste en la prohibición de residir en determinado municipio, pero con libertad de residir en cualquier otro. El destierro, es pues, más benévolo que el confinamiento.

var aquí, así sea incidentalmente, que la Ley 48 de 1936 sobre vagos, rateros y maleantes es uno de los ejemplares más notables de "esperpento jurídico". Esta ley pretende ser de policía, con carácter esencialmente preventivo, y por tanto la infracción a sus disposiciones debe reputarse contravencional. Pero como suele ocurrir en casi todas nuestras disposiciones relativas al régimen de policía, contiene una confusión doctrinaria ciertamente lamentable. Doblemente lamentable si se atiende a que no solamente involucra sin discriminación científica ni técnica reglas relativas a los delitos y a las contravenciones, sino a que también vulnera gravemente nuestro sistema constitucional de garantías a la personalidad humana (1).

La caución de buena conducta es esencialmente preventiva y por ésto debe estimarse como una de

(1) En esta ley, el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, es desconocido y vulnerado en forma monstruosa. El sólo hecho de ser conducido ante las autoridades de policía como presunto responsable de delitos contra la propiedad, por varias veces, aunque se haya sobreseído por falta de pruebas, es decir, aunque no se haya **vencido** en juicio al procesado, autoriza para imponer una sanción hasta de cinco años de confinamiento en Colonia Agrícola Penal.

Conviene reproducir las palabras de la ley: parte segunda del inciso a) del Artículo 6º: "Son maleantes....; los que aún ejerciendo profesión o teniendo oficio lícito, hayan sido conducidos con frecuencia ante las autoridades como presuntos responsables de delitos contra las personas o contra la propiedad, y respecto de los cuales, se haya pronunciado, siquiera por tres veces, sobreseimiento de carácter temporal, por delitos contra la propiedad".

En otras palabras, la condenación sin pruebas, la condenación por infracciones no cometidas, la persecución de los inocentes!

¡A cuántos abusos se habrá prestado esta monstruosidad legislativa!

las típicas sanciones de policía. Representa una conminación de carácter económico que tiende a evitar por la amenaza de hacerse efectiva, el que una persona ejecute por primera vez o repita la ejecución de un atentado contra el orden público previamente definido en las leyes o en los reglamentos. Se asegura mediante una garantía personal, prendaria o hipotecaria, que puede hacerse efectiva si se prueba que el contraventor cometió el hecho que había prometido evitar. La caución en caso de insolvencia es susceptible de conversión, como lo estudiaremos adelante.

El apercibimiento es una sanción benévola, de vasta aplicación, que consiste en la amonestación hecha por el Jefe de Policía a un contraventor o a un presunto contraventor para invitarlo a no cometer un hecho. El apercibimiento puede ir acompañado de ciertas conminaciones económicas.

La libertad vigilada es una de las más caracterizadas sanciones de policía. Generalmente se impone con la obligación de presentarse periódicamente ante un Jefe de Policía para acreditar la conducta honesta observada. La libertad vigilada puede ser la consecuencia inmediata de ciertas contravenciones que no merezcan una sanción más grave. También puede decretarse a ciertos contraventores después de cumplida una condena impuesta como principal, a fin de garantizar la no reincidencia.

Este tipo de sanción es la más adecuada para los vagos, quienes no son propiamente hablando infractores directos de la ley, sino tan sólo individuos que, dado el género de su vida, se manifiestan como peligrosos sociales, en favorables y permanentes condiciones de infringir la ley o los reglamentos.

En la práctica, la libertad vigilada, para que resulte eficaz medida de prevención requiere de la

cooperación de cuerpos especializados y hábiles de detectives.

La pena de expulsión puede imponerse únicamente a los extranjeros cuando su conducta revele que son incorregibles elementos antisociales. La imposición de esta pena que implica la expulsión definitiva del territorio nacional, está reservada a ciertos Jefes de Policía, con competencia privativa.

Para ciertos casos de reiterado incumplimiento de los reglamentos de policía que tienen por fin principalmente la salubridad pública o la seguridad, se admite la sanción de clausura, que consiste en el cierre del establecimiento, comercial, industrial, educativo, etc., de modo temporal o definitivo.

Un hospital, un colegio, un teatro que no reúnan las condiciones mínimas exigidas en los reglamentos como garantía de seguridad o de salubridad, aún de tranquilidad, pueden cerrarse por la autoridad como una sanción al contraventor y como una medida de prevención y defensa de los bienes sociales. Generalmente esta sanción nunca se impone antes de haber conminado verbalmente o por medio de multas al infractor para obligarlo a ajustarse a las prescripciones reglamentarias.

Es una pena que encaja correctamente dentro del régimen de policía, constituye una natural defensa del orden público y es de absoluta eficacia.

La inhabilitación consiste en el retiro o cancelación de la licencia que las autoridades de policía expiden para habilitar a las personas en el ejercicio de ciertas profesiones u oficios. Ordinariamente la inhabilitación se decreta cuando la contravención se ha cometido en el ejercicio de la profesión para la cual se otorgó la licencia.

Esta pena puede tener carácter temporal o definitivo.

Representa como la anterior un eficaz medio de defensa del orden público.

La conversión de las sanciones.

Algunas de las sanciones de policía pueden ser convertidas por otras que se estiman equivalentes, en atención a las condiciones personales del penado o a las circunstancias de la ejecución de la condena. La conversión puede ordenarse en la misma resolución que impone la primera pena y como una alternativa para el contraventor quien puede escoger entre la primera o la segunda; también puede decretarse con posterioridad, a petición del mismo penado, o como consecuencia del incumplimiento de ciertas obligaciones que se hubieran impuesto a cambio de ventajas concedidas al contraventor.

La conversión no puede acordarla sino el mismo funcionario que decretó la condena principal; en ningún caso puede solicitarse a otra autoridad distinta ni ésta podría acceder. Este principio no está consagrado en una forma expresa en nuestros Códigos de Policía pero fluye lógicamente de las particulares modalidades de la institución. La conversión depende en gran número de casos de las características de la personalidad del contraventor, y del grado de peligrosidad que revele, las cuales como es claro no pueden ser perfectamente conocidas sino por el funcionario de primera instancia quien ha tenido oportunidad de conocer y tratar al procesado. Cuando las resoluciones son apeladas, de un Alcalde a un Gobernador, por ejemplo, el segundo tan sólo puede calificar la legalidad de lo resuelto por el inferior en vista de los hechos que aparezcan probados en el expediente, pero le será imposible apreciar la personalidad del reo o las cir-

cunstancias locales que rodearían el cumplimiento de la condena (1).

La pena que más generalmente suele ser objeto de conversión es la de multa. Cuando el multado es insolvente, se le convierte la sanción en arresto, según cierta proporcionalidad. Ya vimos que este sistema es inconveniente. El ideal en materias de policía, es el de eliminar las penas privativas de la libertad, hasta donde sea posible. Que la pena de arresto se convierta en pena de multa es aceptable dentro de este criterio, pero no la inversa. Sería preferible dar ciertas facilidades para el pago de la multa, tal como está establecido en Inglaterra, o en los casos de insolvencia absoluta, convertirla por la de trabajo libre, sin obligación de concurrir a la cárcel.

El confinamiento es igualmente susceptible de convertirse en arresto, cuando el penado esquiva el cumplimiento de la sanción.

El trabajo en obras públicas, si las condiciones personales del contraventor lo autorizan, puede imponerse sin la obligación de dormir en la cárcel.

Simplificación de las penas.

Entre las penas de reclusión, arresto y trabajo en obras públicas, existe muy poca diferencia, porque los condenados a la primera pueden ser obligados a trabajar en las obras públicas, los condenados a la segunda deben dormir en la cárcel, y los de la última deben someterse al trabajo establecido en la cárcel. Además, todas las penas privativas de

(1) El reglamento de Policía para la Provincia de Salta, República Argentina, consagra expresamente el principio.

la libertad deben cumplirse de acuerdo con un régimen uniforme de trabajo en común durante el día y aislamiento durante la noche. Las penas de reclusión y de arresto deberían fundirse en una sola, la de arresto, estableciendo su convertibilidad en todos aquellos casos en que no aparezca manifiesta su inconveniencia.

La de trabajo en obras públicas debería imponerse con la facultad para el reo de dormir en su casa, asegurando por medio de una caución, que cumplirá totalmente la pena.

Prescripción de la acción y de la pena en materia contravencional.

El artículo 115 del Código Penal establece que en las contravenciones la acción prescribe en un año y la sanción en dos. Esta disposición deroga tácitamente las de casi todos los Códigos de Policía que contienen términos de prescripción diferentes.

Jurisdicción y competencia en materia contravencional.

Es necesario distinguir, para los efectos de la jurisdicción, entre las disposiciones de carácter general y abstracto, y las de carácter concreto. De las primeras trataremos al estudiar las diferencias entre policía nacional y policía local. Por ahora nos referiremos al ejercicio de la jurisdicción de los funcionarios de policía para la aplicación de las sanciones por la comisión de contravenciones.

Por regla general, no pueden imponer sanciones de policía sino aquellos funcionarios que tienen el carácter de Jefes de Policía. Ellos son: los Gobernadores departamentales, los Prefectos provin-

ciales, los Alcaldes municipales, los Corregidores y los Inspectores de Policía. En los Territorios Nacionales, los Intendentes y los Comisarios, además de los Jefes subalternos como Alcaldes y Corregidores cuando los haya. En algunos territorios como en el Vaupés, los Protectores de Indígenas que son también Inspectores de Policía. Son Jefes de Policía, además, el Presidente de la República, los Ministros del Despacho Ejecutivo y los Jefes de algunas secciones ministeriales para ciertas materias especiales contempladas expresamente en la ley. En algunos Departamentos lo son también por orden expresa del Código de Policía, los llamados Comisarios. Para ciertos asuntos especiales y muy limitados, es también Jefe de Policía el Director General de la Policía Nacional. En algunas capitales de Departamento, son Jefes de Policía los mal llamados Jueces Permanentes, y los peor llamados Jueces de Policía.

Todos los Jefes de Policía local, desde los Gobernadores departamentales hasta los Inspectores Municipales, son competentes para conocer de las contravenciones no solamente a los reglamentos de policía local sino también a los de Policía Nacional, cuando se cometan dentro del territorio de su jurisdicción. Esta se extiende para los Gobernadores a todo el Departamento, y para los Prefectos a la Provincia, para los Alcaldes al Municipio y para los Inspectores al área municipal determinada en los Acuerdos que los crean.

La competencia se determina además por la naturaleza de la contravención. Es entonces necesario examinar el reglamento para saber si en él se contienen reglas que reserven la competencia a determinados funcionarios. Por ejemplo, los Inspectores Municipales no pueden conocer sino de aquellas contravenciones indicadas expresamente en los Acuerdos municipales que les confieren sus atribu-

ciones. Algunos reglamentos de policía nacional consagran competencias de exclusión, como la de los jueces de policía para el conocimiento de las contravenciones a la ley de vagancia y ratería (1).

De conformidad con la Ley 50 de 1933 todas las sentencias condenatorias que se dicten en procesos de policía, son apelables ante el inmediato superior, y si no se interpone apelación, deberán ser consultadas (2).

Las reglas sobre jurisdicción y competencia contenidas en el Código de Procedimiento Penal son aplicables a las cuestiones de policía en lo que sean compatibles; y de acuerdo con el Artículo 41 del mismo Código, son aplicables al procedimiento Penal las reglas del Código Judicial.

Los Jefes de Policía Nacional, por regla general, no pueden conocer de las contravenciones de policía local salvo cuando éstos reglamentos les atribuyen esa competencia, lo cual ocurre excepcionalmente y en forma muy limitada (3).

De los delitos cuyo conocimiento está asignado a la Policía.

Por razones de conveniencia administrativa y en atención a la poca gravedad de ciertos hechos,

(1) Casi todas las atribuciones jurisdiccionales que tiene el Director General de la Policía Nacional son de competencia privativa.

(2) Esta disposición en la práctica se cumple muy escasamente. La apelación debe concederse siempre en el efecto suspensivo. Mientras se surte la apelación el inferior pierde la jurisdicción.

(3) Exceptúanse los Jefes de Investigación Criminal y los Inspectores de Permanencia, los cuales, según la Ley 41 de 1915, Art. 10, pueden conocer a prevención de las contravenciones de policía local.

la ley ha asignado a los Jefes de Policía el conocimiento de los siguientes delitos:

1º De los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto, cuando la cuantía no exceda de veinte pesos.

2º De los procesos por lesiones personales que produzcan una enfermedad o incapacidad que no exceda de cinco días y que no deje al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico.

Aunque su conocimiento corresponda a la Policía, estos hechos no pierden su carácter de delitos y por tanto, su juzgamiento debe someterse a las prescripciones procedimentales de índole penal. Algunos Códigos de Policía contienen disposiciones según las cuales estos delitos quedan sometidos a los procedimientos de policía, lo cual es equivocado y es ilegal.

Ya vimos cómo, la función de juzgar cierta clase de delitos no es propia de la policía; no es una función de policía sino una función penal. Le compete a la Policía por simple conveniencia administrativa pero no pierde por eso su naturaleza jurídica ni la varía. Por esta circunstancia, resulta tan importante distinguir con claridad entre delitos y contravenciones, pues no es jurídico tratar estos dos fenómenos con idéntico criterio. Frecuentemente, los funcionarios de policía adoptan un criterio uniforme para el juzgamiento de los delitos y las contravenciones, lo cual es inconveniente y peligroso. Son tan fundamentales las diferencias que separan los uno de las otras que fácilmente se ocurrirá en arbitrariedad si se confunden (1).

(1) El Código de Policía de Boyacá, el más técnico de todos los nuestros, establece que los delitos de conocimiento de la Policía deben juzgarse según las normas de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Conviene a este respecto recordar que todos los Códigos de Policía de los Departamentos consagran como contravenciones ciertos hechos que están previstos en el Código Penal como delitos. Cuando ésto ocurra, nunca debe aplicarse la disposición de policía, sino la penal (1).

Mientras el país adopta un Código Nacional de Contravenciones, científicamente elaborado, sería de la mayor conveniencia instruir con claridad a los Jefes de Policía a fin de que eviten esa lamentable y frecuente confusión entre los delitos y las contravenciones (2).

Del criterio para una clasificación científica de las contravenciones.

Desde dos puntos de vista diferentes puede examinarse el problema de la clasificación contravenicional: el de las libertades y garantías constitucionales y el del fin de policía, o sea el orden público.

Como el régimen de policía es simplemente un sistema de limitaciones a las libertades individuales podrían tomarse para la clasificación contravenicional cada una de esas libertades para hacer sendos capítulos que contuvieran las limitaciones relativas a cada libertad y las sanciones correspondientes cuando fueran contravenidas. Este sistema no sería absolutamente preciso porque se presenta-

(1) Por ejemplo en los atentados contra la moralidad pública. Casi todos los Códigos de Policía consignan como contravenciones ciertos actos inmorales, olvidando que el Código Penal los contempla en el capítulo relativo a los Delitos contra la moralidad pública.

(2) Esta confusión, como nunca se repetirá lo suficiente, tiene su origen en los mismos Códigos de Policía; no debe achacarse siempre a los funcionarios que los aplican.

rían, en la práctica, algunas dificultades cuando las limitaciones se refieran a más de una libertad.

Más exacto es el segundo. Todas las limitaciones que puedan establecerse a las libertades, tendrán necesariamente el fin único de preservar el orden público o sea la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas.

Un Código de Contravenciones debe, pues, contener una parte general en la que se definan doctrinariamente todas las cuestiones atañaderas a la naturaleza jurídica de la contravención diferenciándola del delito; los principios de la responsabilidad, el régimen de las sanciones y las normas de jurisdicción, competencia y procedimiento.

Después deberá tener una parte especial dividida en tres grandes títulos, así: las contravenciones contra la tranquilidad pública, las contravenciones contra la seguridad pública, y las contravenciones contra la salubridad pública.

Entre nosotros, un Código Nacional de Contravenciones deberá contener además un capítulo en el cual se defina con precisión el alcance de la policía nacional y el de la policía local, las materias propias de cada especie y su jurisdicción.

Constituye una necesidad de urgente e inaplazable satisfacción la expedición de un Código Nacional de Contravenciones. En algunos sectores se ha discutido acerca de la constitucionalidad de ese Código afirmando que implicaría un cercenamiento de las atribuciones que la Constitución ha deferido a las Asambleas para organizar la policía local. El argumento es pobre, porque en ninguna parte define la Constitución lo que debe entenderse por policía local; es un motivo más para defender el Código Nacional el cual debe definir ese problema.

No existe una razón seria para suponer que la defensa del orden público y por tanto las limitaciones a las libertades individuales puedan variar

y asumir modalidades típicas según la región del país. Muy pocas materias están sujetas a esta variación, entre ellas pueden contarse las reglas del tránsito urbano y las de embellecimiento y ornato. El resto de las normas de policía pueden tener carácter nacional, inclusive algunas de moralidad (1) como las de espectáculos públicos y juegos de suerte.

La expedición del Código Nacional de Contravenciones acabaría con ese caos creado por inmenso número de ordenanzas departamentales y acuerdos municipales en los cuales lo único que se entiende claramente es que sus autores ignoraban a fondo lo que estaban haciendo.

Entre los reglamentos de policía se cuenta un antecedente que representa el más respetable esfuerzo de tecnificación de los Códigos de Policía. El proyecto elaborado por los doctores Rafael Escallón y Eduardo Rodríguez Piñeres, para el Departamento de Cundinamarca en donde nunca fué considerado. Años más tarde fue adoptado íntegramente por el Departamento de Boyacá mediante ordenanza N° 30 de 1930, la cual fué anulada por la justicia administrativa con fundamento en algunos vicios de forma en el proceso de su expedición por la Asamblea. Con todo, la Ordenanza N° 47 de 1937 que adoptó el actual Código de Policía de aquel Departamento fué acordada conservando la orientación esencial del proyecto de Escallón y Rodríguez Piñeres.

Este Código es sin duda el más técnico de todos los del país. Por desgracia algunas de las modificaciones introducidas por la Asamblea al proyecto primitivo, destruyeron su unidad doctrinaria.

El texto de este Código, acomodándolo a un nuevo plan, que podría ser el propuesto atrás, permiti-

(1) Como ya lo explicamos, el concepto de moralidad está incluido en el de tranquilidad pública.

ría, con algunas adiciones de importancia, modelar un Código Nacional de Contravenciones.

Vale reproducir los tres primeros artículos del proyecto primitivo, que no fueron acogidos en el Código vigente, y que definen el concepto de policía local. Rezan así:

ARTICULO 1º Policía local es el conjunto de los servicios organizados o el de las medidas prescritas para asegurar el mantenimiento del orden público y de la seguridad individual y social en el Departamento, y en relación con las materias no reguladas por la ley para toda la República.

ARTICULO 2º Corresponde a los Concejos, en relación con la Policía local, únicamente la reglamentación de los principios consignados en este Código y en las Ordenanzas que lo adicionen y reformen, de acuerdo con las condiciones peculiares de cada municipio.

ARTICULO 3º Las disposiciones de este Código y de las Ordenanzas que lo adicionen y reformen se aplican en cuanto no contravengan las disposiciones generales sobre policía.

No es necesario insistir más sobre este problema para cuya solución hace falta no el acuerdo de las inteligencias sino el de las voluntades de los legisladores.

TERCERA PARTE

LOS MEDIOS DE POLICIA

CLASIFICACION DE LOS MEDIOS

Para la satisfacción de su fin esencial: el mantenimiento del orden público, la policía emplea dos clases distintas de medios: 1º Los de naturaleza jurídica; y 2º Los simplemente materiales. Los primeros son: 1º Por vía general; y 2º Por vía individual. Entre los medios por vía general deben distinguirse: 1º Los de carácter permanente; y 2º Los de vigencia transitoria. Los medios materiales se resumen en la coerción física, la cual puede ejecutarse por la simple fuerza o por medio de las armas.

La anterior clasificación puede presentarse en el siguiente cuadro:

MEDIOS DE POLICIA	Jurídicos	Por vía general	{	Permanentes Transitorios
		Por vía individual		
	Materiales	Fuerza física	{	
		Armas		

El empleo de los medios jurídicos está reservado, primero al legislador, y segundo a las autoridades del Órgano Ejecutivo que tienen la calidad de Jefes de Policía por mandato constitucional o por determinación de la ley. El empleo de los medios materiales es propio de los cuerpos armados de policía.

Pero para comprender bien la forma y oportunidad como se manifiestan las diversas categorías de medios, conviene hacer con antelación el análisis de los elementos que concurren a integrar todo el sistema de Policía del Estado.

La Policía es ante todo un régimen de prohibiciones y de obligaciones que limitan el ejercicio de las libertades y garantías constitucionales con el fin de prevenir los atentados contra el orden público. A la formación de ese Régimen de Policía concurren las manifestaciones de voluntad del Congreso, por medio de leyes, de las Asambleas Departamentales por medio de Ordenanzas, de los Concejos Municipales por medio de Acuerdos, del Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes por medio de Decretos (1).

Pero no todos esos elementos jurídicos representan una expresión del Poder de Policía en sentido estricto. Las leyes expedidas por el Congreso encaminadas a limitar el ejercicio de las libertades dentro de las atribuciones constitucionales son resultado del ejercicio del Poder Legislativo. En otras palabras, las leyes de carácter preventivo limitativas de la libertad contribuyen a formar el Régimen de Policía del Estado pero no son expresión del poder de policía sino del poder legislativo, que es uno solo, cualquiera que sea la ley que de él emane.

El poder de policía es una facultad autónoma

(1) También contribuyen como es obvio, los ejecutores materiales de los reglamentos de policía.

de origen constitucional, que al ser ejercida representa una función. Las manifestaciones de ese poder contribuyen igualmente a la integración del régimen de policía.

Debe por tanto insistirse en que el Régimen de Policía está constituido por todo el sistema de prevenciones del Estado, desde las leyes hasta las intervenciones de los agentes armados de policía. Régimen de Policía es, pues, un término genérico que comprende todas las formas de limitación a la libertad con fines de orden público. El Congreso, se repite, contribuye a formar ese Régimen pero no en ejercicio del Poder de Policía sino en ejercicio del poder de legislar.

El poder de policía ha sido atribuido por la Constitución, en primer término al Presidente de la República al imponerle como uno de sus deberes esenciales el mantenimiento del orden público en toda la extensión del territorio (1); en segundo lugar a las Asambleas Departamentales al autorizarlas para reglamentar lo relativo a la policía local (2). Además ejercen el poder de policía pero no como un poder autónomo sino en virtud de una atribución legislativa o reglamentaria, y dentro de los límites fijados en el acto atributivo, los Concejos Municipales, los Gobernadores Departamentales, los Alcaldes, Corregidores, Prefectos, Comisarios, Inspectores y los miembros de los cuerpos armados de policía. Unos pueden usar con mayor o menor libertad de los medios jurídicos, otros tan sólo de los medios materiales, pero en todos los casos el empleo de esos medios podrá hacerse en virtud del poder de policía.

(1) Artículo 115, inciso 7º de la Codificación Constitucional.

(2) Artículo 186, inciso 2º de la Codificación Constitucional.

En qué grado y dentro de cuáles limitaciones pueden ejercer cada una de esas entidades el poder de policía, lo estudiaremos más adelante.

La función de policía es el ejercicio de las facultades que implica el poder de policía; y los servicios de policía, en sentido restringido son los de los cuerpos armados que han sido organizados en virtud del poder de policía.

Para poder identificar con precisión ese poder de policía, es necesario estudiar primero el poder reglamentario y el llamado poder discrecional.

Poder reglamentario.

La potestad de dictar reglamentos en desarrollo de las normas superiores consagradas en la ley para facilitar y orientar su cumplimiento representa un atributo esencial de la función administrativa (y de la ejecutiva). Casi la unanimidad de los autores de derecho público reconocen el poder reglamentario como implícita y necesariamente contenido en la función administrativa (1). Hasta tal punto es considerada esencial esta facultad que en los paí-

(1) Entre otros, pueden consultarse acerca de este particular:

Hauriou: *Droit Administratif*, pág. 317.

Kelsen: *Teoría General del Estado*, pág. 310.

Fleiner: *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág.

Bonnard: *P. de Droit Administratif*, págs. 45 y 52.

Velasco y Calvo: *Derecho Administrativo*, pág. 54.

Tobón Arbeláez: *Principios del Derecho Administrativo*, pág. 56.

Bielsa: *Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 280.

Rolland: *Droit Administratif*, pág. 179.

Fraga: *Derecho Administrativo*, pág. 123.

Pareja: *Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 53.

Francisco de P. Pérez: *Derecho Constitucional Colombiano*, pgs. 312 y siguientes, parece acoger la tesis de que la potestad reglamentaria es una delegación legislativa.

ses en donde no figura su consagración constitucional en forma expresa, la jurisprudencia ha insistido en estimarla como una de las facultades implícitas y necesarias. Un ejemplo podemos encontrarlo en las Decisiones Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, país cuya Constitución no consagra expresamente el principio.

En Colombia, esta discusión carece de objeto, porque el inciso 3º del Artículo 115 de la Codificación Constitucional dice:

“Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

.....
 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Discute también la doctrina, acerca de la naturaleza jurídica del reglamento. Algunos niegan que exista una diferencia entre la ley y el reglamento, conclusión a que se llega al examinar el problema unilateralmente, sólo desde el punto de vista del contenido del acto (Duguit, Jéze); otros encuentran una simple distinción formal (Hauriou); y otros finalmente al hacer depender la naturaleza de los actos jurídicos no de su fin ni de su contenido, sino de su autor, afirman la existencia de una distinción esencial. (Posada, Barthélemy).

Omitimos un análisis a fondo de esta cuestión por ser ella extraña a la índole especializada de este trabajo, y nos limitamos a afirmar que, en nuestra opinión, el reglamento es un acto administrativo desde el punto de vista formal, pero revela caracteres de identidad con la ley si se le examina desde el punto de vista material.

Aunque tanto el reglamento como la ley contienen definiciones generales e impersonales, aquél es

tá por regla general, supeditado por ésta, porque tiene por fin desarrollar y detallar los principios muy generales contenidos en la ley para hacer posible y práctica su aplicación.

La esfera de acción de los reglamentos está inequívocamente limitada por dos principios de origen constitucional que representan preciosas garantías democráticas. Ellos son: 1º El de la primacía de la ley; y 2º El de la reserva de la ley (1).

El primer principio quiere decir que los reglamentos deben estar sometidos *totalmente* a los principios de la ley que pretenden desarrollar. Nunca el reglamento puede reformar la ley, ni exceder sus límites creando nuevas condiciones no previstas en ella o haciendo imposible su cumplimiento. En otras palabras, el Reglamento debe satisfacer *lealmente* el fin que justifica su existencia: facilitar la ejecución de las leyes.

Este principio de la primacía de la ley emana de lo preceptuado en el Artículo 69 de la Codificación Constitucional, que reza así:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 1º Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes”.

El principio conocido con el nombre de reserva de la ley consiste en que ciertas materias pueden ser reglamentadas solamente por medio de leyes, por mandato expreso de la Constitución. Los actos jurídicos distintos de las leyes no pueden, según

(1) Conviene advertir especialmente para aquéllos a quienes nunca faltan doctrinas interpretativas para deformar nuestro régimen de derecho, que siempre que la Constitución habla de la ley, se refiere a ella en su sentido formal, es decir a los actos expedidos por el Congreso con los requisitos de que trata el Título VII. De la Formación de las leyes.

este principio, reglamentar con autonomía aquellas materias.

La primera expresión de este principio está consagrada en los veintiún incisos del mismo artículo 69, cuya enumeración no es taxativa, no supone que sean esas las únicas atribuciones que el Congreso pueda ejercer por medio de leyes, sino que solamente por medio de éstas y con sujeción a sus prescripciones puede el Estado intervenir en su reglamentación.

Este principio tiene su más importante aplicación en todo lo relativo a las garantías individuales. En los artículos del Título III de nuestra Constitución se hallan frecuentemente expresiones como éstas: "conforme a las leyes", "en los casos que determinen las leyes", "con las limitaciones que establezcan las leyes", "con las formalidades legales", "por motivos definidos en la ley", etc., que indican que la reglamentación de esas garantías está reservada por la Constitución a la ley, particularmente en los casos de reglamentaciones limitativas que son las de policía.

Clasificación de los reglamentos.

Ocurre preguntar si la ley deberá ser siempre reglamentada por el Órgano Ejecutivo, y si los reglamentos sólo pueden dictarse para poner en movimiento las leyes. No existe ningún impedimento constitucional para que la misma ley detalle sus preceptos en una forma tal que resulte innecesario el reglamento; en este caso, que no es frecuente, la actividad reglamentaria evidentemente sobra. De ordinario es opuesto a toda técnica jurídica que la ley sea minuciosa en sus detalles, porque las relaciones sociales que va a regular son por naturaleza

cambiantes y el Gobierno, por la calidad de sus funciones y de su organización tiene más capacidad para acomodar por medio de los reglamentos, de tan fácil modificación, los detalles de la ley para hacerla más eficaz y más sencilla en su aplicación. Empero es concebible una ley que no requiera reglamentación, lo cual demuestra que ésta no es una consecuencia *necesaria* de la ley.

Por otra parte, no todos los reglamentos se refieren directamente a una ley particular. Hay muchos que regulan actividades internas de la administración o actividades de los particulares en frente de la administración, pero sin relación directa con ninguna ley. Es claro que el reglamento estará siempre sometido a las normas superiores contenidas en las leyes, pero ésto no quiere decir que deba referirse directamente a una ley.

Esta diversidad específica de los reglamentos ha permitido clasificarlos en dos grupos:

- a) Los de ejecución,
- b) Los autónomos.

Pertencen a la primera clase los que se dirigen a regular las disposiciones particulares de una ley; son de la segunda los que se dictan no como consecuencia directa de la ley, sino más bien en ejercicio de una atribución constitucional no prevista en la ley.

A primera vista puede revelarse una aparente contradicción entre los reglamentos autónomos y la naturaleza reconocida a la potestad reglamentaria, especialmente si se examina la disposición constitucional que la consagra. Esta dice que la potestad reglamentaria tiene por fin la ejecución de las leyes. Pero los Gobiernos soportan numerosas obligaciones impuestas por la Constitución y no previstas por el legislador, las cuales requieren sin embargo la regulación del Estado. Hay que advertir para mayor claridad que en ningún caso po-

drán ser objeto de reglamentación autónoma aquellas materias *expresamente* reservadas a la ley, y que aquella puede tener lugar solamente mientras no haya sido intervenida por la ley, la cual puede hacerlo en cualquier momento, dejando así sin efecto el reglamento.

La aparente incompatibilidad que notamos arriba desaparecerá al observar que si el reglamento tiene por fin principal la ejecución de la ley, no es el único fin. La confusión es de nombres, debido a que todos los actos de la administración reciben la denominación de reglamentos, aunque no tengan por fin la ejecución de la ley.

Algunos autores se muestran un poco conservadores al rechazar la existencia de los reglamentos autónomos. Pareja dice: "Solo la ley es reglamentable por el administrador; la reglamentación de la Constitución corresponde a la ley; aunque en verdad no es exacto hablar de reglamentación de la constitución, pues la ley no es sino el desarrollo de los principios constitucionales" (1). Evidentemente, es inexacto hablar de reglamentación de la Constitución; los reglamentos autónomos no reglamentan la Constitución sino que, por mandato de ésta, regulan ciertas actividades sociales o del Estado.

En apoyo de nuestra tesis podemos citar, por el contrario la opinión de Bielsa (2) quien afirma la existencia de los reglamentos que él llama "autónomos o independientes", así: "Son aquellos reglamentos que no se refieren a ley alguna determinada, sino que se dictan en ejercicio de atribuciones propias o de poderes discrecionales que la Administración ejerce; es decir, no se refieren direc-

(1) Carlos H. Pareja. Obra citada, tomo I, pág. 65.

(2) Bielsa. Obra citada, tomo I, pág. 287.

tamente a la ley, pero se subordinan indirectamente a los principios y limitaciones que implícitamente las leyes y principalmente la Constitución les imponen; el concepto de autónomo significa, pues independiente de una ley determinada". En otra parte afirma (1): "El reglamento puede ser dictado si es necesario para regular una situación jurídica, *a falta de ley*; v. gr., el reglamento de policía; el reglamento de uso del dominio público; el de restricciones administrativas a la propiedad". Su disquisición la culmina en este tenor: "importante es la cuestión de si el Poder Administrador puede, *de lege ferenda*, reglar situaciones no previstas especialmente por el legislador. En materia de policía la situación es frecuente en nuestra administración" (2), (2-bis).

(1) Bielsa, *ibídem*, nota al pie de la página.

(2) Bielsa, obra citada, tomo I, pág. 288.

(2-bis) Dice el señor Caro: "Prescindiendo, por tanto, del asendereado artículo K y de todo lo transitorio que el Gobierno considera caducado o abrogado, queda en pie la disposición constitucional permanente; y como toda disposición constitucional es ley y ley primordial; y como no se ha votado ninguna reforma de la Constitución que arrebate al Gobierno la facultad de reglamentar las leyes, se sigue que el Gobierno tiene la facultad, el deber, de reglamentar las disposiciones constitucionales no desarrolladas por ley, porque la reglamentación no reconoce otro fin que el de dar cumplimiento a la ley formulada en términos eficaces por su generalidad y sería bien extraño que las leyes comunes hubiesen de ser reglamentadas, y las leyes fundamentales hubiesen de quedar sin cumplimiento por no estar sujetas a reglamentación ejecutiva. (Miguel Antonio Caro). Obras completas. Tomo VI, pág. 114.

Tesis acogida muy ampliamente en un salvamento de voto suscrito por los magistrados e ilustres juristas doctores Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Juan Francisco Mujica y Pedro Alejo Rodríguez. (*Gaceta Judicial* N° 1925, páginas 213 y siguientes.

Gabino Fraga (1), después de analizar minuciosamente la naturaleza jurídica de los reglamentos, relacionándolos con la jurisprudencia administrativa de su país, y con sus textos constitucionales afirma: "Así es que puede concluirse que el artículo 10 (2) está reconociendo la posibilidad de que los reglamentos expedidos por las autoridades administrativas, como son los reglamentos de policía, se relacionen directamente con la Constitución, sin que sea necesaria la intermediación de una ley orgánica expedida por el Congreso ordinario". Más adelante concluye así: "De ahí se desprende que estos reglamentos gubernativos y de policía pueden establecer penas y pueden restringir las libertades individuales hasta donde lo exige la satisfacción de las necesidades que tratan de satisfacerse por medio de esos reglamentos, sin que haya una ley entre ellos y la Constitución.

Por lo tanto nos encontramos con un caso de reglamentos autónomos, es decir, que no están vinculados como ocurre por regla general, con leyes ordinarias, sino que guardan respecto a la Constitución la misma relación que dichas leyes".

Poder discrecional.

El principio que domina la actividad de la administración pública es el de que todos sus actos

(1) G. Fraga, obra citada, pág. 134 y sgtes.

(2) El artículo 10 de la Constitución mexicana que dice: "Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad para poseer armas de cualquier clase para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la Nación reserve para uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía".

deben estar sometidos a normas superiores de derecho contenidas en las leyes; cuando el acto supera esa capacidad legal es susceptible de ser anulado por los tribunales administrativos. Es el principio conocido en Derecho Administrativo con el nombre de administración reglada.

Los funcionarios administrativos para poder obrar requieren una expresa autorización de la ley, y sus actos deberán ajustarse estrictamente a tal autorización; si exceden sus límites incurrirán en abuso de autoridad llamado también exceso de poder.

Pero, cuando los actos de la Administración no están subordinados directamente a una norma legal, o cuando estándolo, la ley que fija su competencia ha dejado a la Administración cierta libertad para su actuación, ya sea por la forma o por el contenido o por la oportunidad, tendremos entonces los llamados actos discrecionales. Que éstos se definan por oposición a los actos reglados no significa que la "discrecionalidad" se confunda con la arbitrariedad, ni que esa actividad se desenvuelva con independencia de toda norma superior de derecho, sino, simplemente, que la regla jurídica que la domina o no proviene directamente de la ley, o es tan amplia que la iniciativa corresponde a la Administración.

En general puede afirmarse que el poder discrecional de la Administración (1) se deriva de una *facultad* para ejercer ciertas funciones según la orientación y contenido que ella misma imprima a

(1) Hablamos de "poder discrecional de la Administración", porque es evidente que si la expresión **poder discrecional** se toma en su sentido amplio, de él disfrutan, en grado eminente el poder legislativo, y restringidamente el judicial.

su actividad y según una apreciación subjetiva de la entidad o funcionario que haya originado el acto.

Para precisar mejor esta noción conviene hacer algunas distinciones, pero insistiendo en que los actos pueden ser discrecionales con permanente sujeción al *fin* de las leyes.

Los actos administrativos puede ser discrecionales:

- 1º En cuanto a la competencia.
- 2º En cuanto al modo.
- 3º En cuanto a la oportunidad.

El acto discrecional por razón de competencia es el más caracterizado de todos. Se refiere ante todo a la facultad para obrar o para abstenerse de obrar y deriva generalmente de la Constitución. Esta competencia puede también tener su origen en la ley pero entonces sus límites estarán más restringidos.

El acto es discrecional en relación al modo cuando la libertad se refiere a los elementos que puede escoger la Administración para cumplir con un deber, o constitucional o legal. En frente de ciertas obligaciones imperativas que implican necesariamente el deber de actuar, puede la Administración escoger los medios que estime más adecuados para la prosecución del fin que debe alcanzar, pero deberá siempre actuar.

La discreción relativa a la oportunidad se refiere a la libertad para determinar el momento en que deba producirse la actuación.

Hay algunos actos administrativos que pueden hacerse o no hacerse, del modo que parezca más conveniente y en el momento escogido por el administrador. En estos casos, muy pocos por cierto, lo discrecional se referirá tanto a la competencia como al modo y a la oportunidad.

De lo dicho se concluye que la potestad discrecional no es un poder referido a una actividad particular e individualizada en la Administración, sino una facultad genérica que bien puede afectar todas las ramas de aquella. Los reglamentos de ejecución, por ejemplo, que son el tipo de los actos reglados, suponen en ciertos casos una atribución discrecional, en el sentido de que el Gobierno puede abstenerse de dictarlos si considera que la ley ha sido redactada tan minuciosamente que no requiere de reglamento alguno para ejecutarse.

En suma, habrá poder discrecional cada vez que la Constitución o la ley den libertad a la Administración para actuar o abstenerse de hacerlo, para seleccionar los medios de su actuación o para determinar el momento de producirla.

Poder de Policía.

Ha quedado ya muy claramente establecido que el fin de la policía es únicamente el mantenimiento del orden público, de donde se concluye que el poder de policía, será por tanto, la facultad de emplear medios de policía adecuados a ese fin. Pero todos los poderes del Estado deben tener su fuente en la Constitución Política, particularmente los relativos a la policía, por representar éstos una delicada y peligrosa potestad cuyo ejercicio estará dirigido siempre a limitar las garantías y derechos de la personalidad humana.

Que el Congreso cuenta entre sus amplias atribuciones la de regular y orientar el ejercicio de las libertades públicas es un postulado incontrovertible en derecho público. La misma Constitución le la indicado expresamente al legislador que puede y en no pocas ocasiones debe intervenir por medio de leyes para señalar los caminos más prudentes y

más seguros para el ejercicio de esas libertades. Pero, cuando el Congreso obra en esa forma, tan sólo usa de su potestad legislativa, contribuye ciertamente a la formación de un régimen de policía dentro del orden jurídico del Estado, pero no ejerce un poder de policía. En repetidas sentencias y con relación al Poder Legislativo, ha declarado la Corte Suprema de Justicia que "las atribuciones enumeradas en el Artículo 69 de la Constitución, como propias del Congreso, no son taxativas, sino que la potestad de hacer leyes que el Artículo 54 le confiere, lleva en sí todas las facultades implícitas necesarias para legislar sobre todos los asuntos que requieran las necesidades y conveniencias de la Nación".

El poder de policía es pues diverso del poder de legislar y en cierta forma subordinado en su ejercicio a las manifestaciones de este último.

La Constitución lo consagra como poder autónomo en dos disposiciones: en el inciso 7º del Artículo 115 al imponer al Presidente de la República *el deber* de conservar el orden público en todo el territorio de la República y al conferir a las Asambleas Departamentales en el inciso 2º del Artículo 186 la facultad de reglamentar lo relacionado con la policía local.

Estudiemos separadamente las manifestaciones de policía de cada una de aquellas autoridades, su alcance y su significación y forma jurídica.

En principio, el poder de policía es la facultad, que se reconoce y atribuye a la autoridad, de emplear medios adecuados para el mantenimiento del orden público. Este orden, desde el punto de vista de la policía, depende de la forma como se ejerciten las libertades individuales, y entonces la primera de sus expresiones serán los reglamentos.

Según la libertad que se pretenda reglamentar, los reglamentos tendrán un alcance diferente. Pa-

ra aquellas libertades cuya limitación está reservada constitucionalmente a la ley, el Presidente de la República solamente podrá dictar reglamentos de ejecución, es decir, aquellos cuyo alcance y contenido están implícitamente limitados por el texto de la ley particular que es objeto de la reglamentación. No podrán tener más pretensión que la de facilitar el cumplimiento de las normas fijadas en la ley. Tendrán el carácter de decretos reglamentarios en sentido estricto.

Por regla general, y al menos para los decretos de vigencia permanente, los Decretos del Presidente de la República no podrán incidir sobre el ejercicio de las libertades en las cuales no ha intervenido la ley, cuando es a ésta a la que le corresponde y cuando existe esa intervención los decretos están naturalmente limitados por las reglas legislativas.

El primer principio, es, en consecuencia, el de que las manifestaciones del poder de policía cuando se refieren al ejercicio de las libertades cuya limitación está reservada a la ley, asumen la forma de decretos reglamentarios de ejecución. Estos decretos estarán sometidos totalmente a la norma superior de la ley particular que reglamentan.

Hay otras libertades respecto de las cuales la Constitución no ha deferido ninguna facultad especial a la ley o la ha deferido expresamente al Organo Ejecutivo. Esto no quiere decir que el Congreso esté inhibido para intervenir por medio de leyes en su reglamentación, sino que si no lo ha hecho o lo ha hecho deficientemente, el Presidente puede reglamentar su ejercicio con mayor amplitud e independencia.

En este caso el Presidente puede dictar decretos sin sujeción a una ley particular, puede intervenir en el ejercicio de las libertades públicas casi con la

misma autonomía con que puede hacerlo la ley. Sin embargo es obvio que si en tales casos el Presidente puede actuar con mayor libertad, nunca podrá modificar las normas de las leyes, pues es claro que, aunque esté ejerciendo un poder autónomo, derivado directamente de la Constitución, siempre están sometidos sus actos a los mandatos de todas las leyes.

El segundo principio, es, por tanto, el de que las manifestaciones del poder de policía cuando se refieren al ejercicio de las libertades cuya limitación no está reservada a la ley, asumen la forma de reglamentos autónomos.

Estos decretos estarán sometidos de manera general a las normas de todo el sistema legislativo preexistente, pero no lo estarán a una ley particular.

Sin embargo, para la primera clase de libertades es verosímil que la ley no las reglamente integralmente sino que fije para su ejercicio normas muy generales y delegue expresamente en el Presidente la facultad de completar su reglamentación. Para este evento deben contemplarse dos hipótesis: 1º Que la ley fije normas claras pero muy generales a tiempo que ordene al Presidente que en el ejercicio de su potestad reglamentaria pura y simple, complete por vía ejecutiva lo reglado en la ley. Se tratará entonces de una oportunidad brindada por la ley para dictar decretos de ejecución de mayor amplitud que la ordinaria, pero no habrá propiamente hablando una delegación. 2º Que la ley no fije normas generales o las fije muy vagamente, y en cambio confiera expresamente al Presidente la atribución de reglamentar él, con la misma eficacia de la ley, lo que ésta omitió. Será entonces un caso de delegación legislativa. El Presidente podrá usar de ella con las limitaciones constitucionales de que trata el inciso 9º del artículo 69 de la Constitución.

Para la segunda clase de libertades, puede ocurrir que, a pesar de que el Presidente disponga de un poder autónomo para reglamentarlas, la ley decida hacerlo, total o parcialmente. Si su intervención es total, el poder de policía respecto de esa libertad así intervenida por la ley no podrá ya manifestarse por reglamentos autónomos, sino por reglamentos de ejecución; si es parcial, la norma legislativa implicará una limitación de la potestad administrativa. Es además perfectamente posible no que la ley reglamente el ejercicio de la libertad, sino que imponga ciertos límites o restricciones a la potestad del Presidente, para cuando éste vaya a hacerlo.

Estos casos nos conducen a analizar hasta qué punto pueden ser discrecionales los actos de policía del Presidente y en qué medida puede la ley limitar o ampliar esa potestad discrecional. Ampliarla, o más exactamente conferirla, para el reglamento relativo a las libertades cuya limitación corresponde a la ley; y restringirla, para las otras libertades.

Tratándose de aquellas libertades cuya reglamentación no está reservada a la ley, el poder de policía del Presidente de la República es un poder discrecional en cuanto a la competencia, en cuanto al modo y en cuanto a la oportunidad. La libertad de reunión, por ejemplo, puede ser reglamentada o no; si lo es, el Presidente puede escoger los medios que estime más adecuados y pueda también determinar el momento de actuar.

Supongamos que el Congreso dictara una ley en estos términos: "No podrán celebrarse reuniones públicas sin el cumplimiento previo de los requisitos establecidos en los reglamentos de policía". Esta disposición limitaría el poder discrecional del Presidente en cuanto a la competencia, porque implicaría la obligación de reglamentar el ejercicio

de la libertad de reunión. Continuaría siendo discrecional, sin embargo, en cuanto al modo y escasamente en cuanto a la oportunidad, pues, aunque la ley nada dijera del momento en que debía expedirse el reglamento, es evidente que su expedición no podría dilatarse indefinidamente so pena de incurrir en una omisión en el cumplimiento del deber de dictar el reglamento. Pero la limitación de lo discrecional en cuanto a la oportunidad puede ser más estricta si la ley ordena al Presidente expedir el reglamento dentro de un plazo fijo.

Lo discrecional en el empleo de los medios puede ser igualmente restringido, si la ley fija ciertos límites para el empleo de aquéllos.

Vemos así, cómo una facultad de policía eminentemente discrecional puede pasar gradualmente o de una sola vez, total o parcialmente a convertirse en un poder reglado.

El fenómeno inverso es también jurídicamente posible. Una facultad reglada puede transformarse en discrecional, si la ley así lo quiere. La Constitución ordena, por ejemplo, que el ejercicio de las profesiones pueda ser reglamentado por la ley. La ley, a su turno, puede delegar esa facultad en el Presidente de la República convirtiendo el poder de policía en una de sus manifestaciones regladas, en un poder discrecional, y discrecional en la medida que determine la ley.

Por las anteriores razones puede decirse que, si en principio el poder de policía es una suma de facultades conferidas por la Constitución al Presidente de la República para limitar el ejercicio de las libertades públicas con el fin de garantizar el orden público, y que se manifiesta respecto de las libertades reservadas a la ley como un poder reglamentario puro y simple y respecto de las demás libertades como un poder autónomo y discrecional,

semejante regla admite todas las excepciones que la ley considere prudente crear (1).

Lo anterior quiere decir que, si el Presidente va a ejercer el poder de policía en un momento dado, no puede limitarse a consultar sus atribuciones constitucionales, sino que debe igualmente remitirse a la ley a fin de precisar si esa facultad ha sido ampliada o restringida para su ejercicio.

Es el eterno juego entre la Constitución y la Ley que admite el régimen político de las democracias, no para satisfacer el capricho de los legisladores sino para permitir el desenvolvimiento de las influencias originadas en los hechos sociales nuevos, para que la vida del Derecho sea realmente una vida conforme con la naturaleza de las cosas.

Fuerza de los Reglamentos de Policía.

Una vez promulgados legalmente, los reglamentos tienen la misma fuerza obligatoria de las leyes. Su cumplimiento puede ser exigido coercitivamente cuando algún ciudadano opone resistencia. Puede ser impuesto por la fuerza física. Pero en los reglamentos de policía no ocurre siempre lo mismo que con las leyes; éstas por lo general van acompañadas de la amenaza de una sanción que puede ser inclusive privativa de la libertad. En los reglamentos no pueden estipularse sanciones sin autorización legal expresa. Todo el régimen de las penas está

(1) Fraga en su obra ya citada, dice: "El dominio normal de la facultad discrecional se encuentra en la legislación de policía, ésto es, en aquélla cuya finalidad es prevenir cualquiera alteración de la seguridad, tranquilidad o salubridad públicas". Pág. 497.

reservado natural y constitucionalmente a la ley, solamente ésta puede autorizar su imposición. Entre nosotros hasta la fecha, la ley no ha autorizado al Presidente de la República para consagrar penas de policía distintas de multas en sus reglamentos; en cambio, las Asambleas Departamentales disponen de una facultad más amplia. Es uno de esos frecuentes absurdos legislativos. El régimen de policía local disfruta de una atribución de que carece el régimen de policía nacional, y de la cual no debía carecer (x).

La Corte Suprema de Justicia (1) ha dicho “que no solamente le está vedado al Gobierno el crear, por medio de decretos, sanciones penales distintas de las establecidas por leyes u ordenanzas y aplicar esas sanciones a hechos definidos o no definidos como delitos o contravenciones en tales leyes y ordenanzas, sino que también le está prohibido tomar o decretar medidas —no autorizadas por el legislador— que impliquen molestia para alguien en su persona o familia o privación en todo o en parte de su propiedad, porque así como el artículo 26 de la Constitución establece que nadie podrá ser juzgado *sino conforme a las leyes*, el 23 dispone que nadie podrá ser molestado en su persona sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente *con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes*, y el artículo 10 del Acto Legislativo N° 1 de 1936 garantiza la propiedad privada sin más limitaciones ni restricciones que aquéllas que el *legislador* establezca dentro de los límites allí señalados. Este último texto amplía con respecto a la propiedad, las atribuciones del legislador, pero nó las del Ejecutivo que, conforme

(x) Véase nota al pie de la página 132.

(1) Sentencia de 7 de octubre de 1936. *Gaceta Judicial* Nos. 1914 y 1915.



a tal disposición, tampoco podrá ahora privar a nadie de su propiedad en todo o en parte ni siquiera por pena o apremio o indemnización o contribución general sino con *arreglo a las leyes*" (1).

Es evidente que habiendo sido autorizadas las Asambleas Departamentales para consagrar penas de policía que garanticen la eficacia de sus ordenanzas, no hay razón para que el Gobierno Nacional no disfrute de la misma facultad.

Con todo, el poder de policía importa no solamente la facultad de dictar reglamentos sino también la de hacerlos cumplir por todos los medios legales a su alcance. Si ahora no puede el Presidente de la República consagrar penas de policía, sí puede valerse de la coerción física para exigir el cumplimiento de sus mandatos. Esa es la función de los cuerpos armados de policía, los cuales pueden usar de la fuerza física o de las armas para *impe-*

(1) Sin embargo, ni el principio enunciado por nosotros, ni el expuesto por la Corte Suprema, es absoluto.

Las facultades del Presidente para establecer en sus reglamentos de policía, algunas penas, es inferior a la de las Asambleas, pero puede autorizar sanción de multa hasta por quinientos pesos y de arresto hasta por dos meses, al tenor del inciso 16 del Artículo 68 del Código de Régimen Político y Municipal: "Artículo 68. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:"

16º Castigar con multa que no exceda de quinientos pesos, y arresto que no pase de dos meses, a los que le falten al debido respeto y a los que desobedezcan las providencias del Gobierno". Algunos han entendido y entre ellos la Corte, que esa atribución no implica la de autorizar en los reglamentos a otros funcionarios para que impongan las sanciones; es decir, que el acto de imponer la sanción está reservado exclusivamente al Presidente.

Esta interpretación es verosímil dada la redacción del artículo, pero nosotros creemos que es exageradamente restringida,

dir la violación de los reglamentos. Cómo y con cuáles limitaciones pueden actuar los cuerpos armados lo estudiaremos más adelante.

Además de la coerción física, la eficacia de los reglamentos puede garantizarse por medio de los permisos; su estudio detallado lo haremos en capítulo futuro, por ahora basta decir que en presencia de la imposibilidad legal de establecer sanciones, el Presidente puede exigir para el ejercicio de ciertas actividades la satisfacción previa de algunos requisitos y la obtención de un permiso. Si en cualquier momento se viola alguna de las condiciones previstas en el permiso, la autoridad podrá retirarlo, con lo cual se hace imposible continuar ejerciendo aquella libertad. En definitiva, el retiro del permiso equivale a las penas de policía llamadas inhabilitación y clausura, según el caso.

Uno de los obstáculos con que ha tropezado el progreso de nuestro Derecho policíaco ha sido éste de la falta de esenciales atribuciones al Presidente de la República, siquiera equivalentes a aquéllas con que cuentan las Asambleas Departamentales. Este defecto podría corregirse en el Código Nacional de Contravenciones.

Extensión del Poder de Policía.

El poder de policía, que como ya lo vimos es de origen constitucional, en principio no es delegable. Cuentan con él, el Presidente de la República y las Asambleas Departamentales, únicamente. Pero si esas dos altas entidades de policía no pueden delegar sus poderes, sí pueden, al ejercerlos, conferir cierta suma de atribuciones del mismo carácter a entidades subalternas. Sin embargo, como en toda actividad de los organismos administrativos, para

conferir esas atribuciones se requiere autorización legal expresa.

El poder de policía implica no solamente la facultad de dictar reglamentos sino también la de proveer a su cumplimiento. El cumplimiento de los reglamentos se debe operar a través de numerosos y complicados organismos. Si el Presidente fija las condiciones para permitir el porte de armas de fuego, no puede él, personalmente, vigilar a cada ciudadano para prevenir la violación del reglamento. Necesita entonces de la colaboración material de numerosos funcionarios subalternos entre los cuales ocupan lugar principal los de los cuerpos armados. Como la organización de los cuerpos armados ha sido autorizada por la ley, el Presidente puede dar a los miembros de tales entidades la atribución de vigilar por el cumplimiento de sus reglamentos. En esta forma hasta los últimos empleados en la escala jerárquica de los cuerpos de policía, participan en el ejercicio del poder de policía.

Las condiciones para el ejercicio de las libertades son creadas por el Presidente de la República y la vigilancia de su cumplimiento compete a los empleados subalternos. Este sistema explica por qué razón las entidades subordinadas de policía, no pueden expedir reglamentos de carácter general, limitativos de las libertades públicas.

El mismo fenómeno ocurre en el régimen de la policía local. Las Asambleas crean los reglamentos administrativos de policía con sujeción a las leyes y a los reglamentos de policía nacional, y los cuerpos armados vigilan por su cumplimiento.

Hay, sin embargo, necesidad de muchos otros funcionarios de policía, no ya para el empleo de medios materiales, sino para el de ciertos medios jurídicos. La aplicación de sanciones de policía, por ejemplo, no puede confiarse a los gendarmes. Entonces la ley autoriza la existencia de otros em-

pleados de policía, intermediarios entre las autoridades superiores y las subalternas. A estas entidades intermediarias se les confieren ciertas atribuciones. Se las confieren el Presidente o las Asambleas. Son los llamados Jefes de Policía, como los Gobernadores, Alcaldes e Inspectores. No tienen un poder de policía equivalente al del Presidente o al de las Asambleas, pero tampoco son ejecutores materiales. Sus atribuciones están limitadas, por lo general, a la aplicación de sanciones, aunque algunos de ellos, en virtud de especial normal legal, pueden dictar reglamentos de carácter general, como los Gobernadores y Alcaldes, aunque tales reglamentos no son autónomos sino cuando son de vigencia transitoria, normalmente son de ejecución. En capítulo posterior estudiaremos cómo se desenvuelve todo este complicado mecanismo de atribuciones.

Puede ocurrir también que la ley confiera a otras entidades un poder de policía equivalente al del Presidente o al de las Asambleas. En ese caso, el nuevo poder de origen legal, estará siempre subordinado en sí mismo y para su ejercicio a las normas superiores del poder autónomo de origen constitucional.

Así ocurre con los Concejos Municipales. La ley del Régimen político y municipal dió, a los Concejos, en la regla 5ª del Artículo 169 la atribución de arreglar la policía en sus diferentes ramos sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los Decretos del Gobierno, del Gobernador o del Prefecto respectivo. Además, los Códigos Departamentales de Policía han fijado los límites de este poder de policía, que es bastante amplio, por cierto.

En ocasiones, se ha conferido a los Alcaldes y Gobernadores no solamente la facultad de emplear medios jurídicos de policía por vía individual, sino también por vía general.

El empleo de medios jurídicos por vía general, está reservado en principio al Presidente y a las Asambleas, pero la ley puede autorizar que se le confiera tal atribución o conferirla ella misma, a otros empleados que ordinariamente sólo estarían facultados para emplear medios jurídicos por vía individual. Por eso, los Concejos Municipales, los Alcaldes y los Gobernadores que en principio no podrían emplear sino medios jurídicos por vía individual puesto que no gozan de un poder autónomo de origen constitucional, pueden en virtud del mandato legal emplear los otros medios. Su vigencia en el espacio, está restringida, sin embargo a los límites de su jurisdicción política. En próximo capítulo volveremos sobre este problema, más detalladamente.

Si el principio dominante es el de que el poder de policía considerado en todas sus atribuciones, no es delegable, la circunstancia de que puedan atribuirse a otras jerarquías distintas del Presidente y las Asambleas algunas facultades propias de aquél poder, hace de éste una entidad jurídica de extraña y útil ductilidad, lo cual permite la mejor acomodación de la intervención estatal en las libertades, a los cambiantes fenómenos sociales.

Límites en el ejercicio del poder de Policía.

Los medios de policía por vía general son de dos clases: los de carácter permanente y los de vigencia transitoria. Averiguar si el alcance de unos y de otros es distinto nos obliga a analizar previamente cuáles son los límites naturales que la misma Constitución ha fijado, genéricamente, a las facultades de policía.

El Presidente de la República deriva su poder de policía de dos disposiciones constitucionales diferentes, la primera muy general, impone deberes a todas las autoridades, la segunda se refiere concretamente al poder de policía. Ellas son:

“Artículo 15. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

“Artículo 115. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

7º Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado”.

La Constitución impone el deber, señala cuál es el fin que debe satisfacer el Presidente de la República. Mantener el orden público es el fin de policía. Para poder alcanzar ese fin, se precisa de medios; el Presidente debe poder usar medios de policía, pero la Constitución no dice en parte alguna cuándo debe usar de esos medios, ni cuáles son los que le está permitido emplear. La Constitución sólo puede fijar las bases y lineamientos generales de la organización política del Estado; acude entonces la Ciencia del Derecho en su auxilio para desentrañar el verdadero significado de esos preceptos, que no son normas muertas, inexpresivas sino orientaciones vivas, dinámicas, acomodables en todo tiempo a los hechos sociales. La Corte Suprema de Justicia (1) ha dicho: “La Constitución no es un conjunto de cánones rígidos y paralizados que sólo pueden articular la acepción estricta de su texto; ella es el instrumento que regula hoy y mañana el orga-

(1) Sentencia de 13 de noviembre de 1928. *Gaceta Judicial* N° 1832.

nismo político en sus múltiples, crecientes y aún inesperadas actividades. La teoría de que las atribuciones que ella confiere son meros punteros que marcan mecánicamente ciertas facultades estrictas a los Poderes del Estado, insonoras, mezquinas en su alcance, sordas a las necesidades, esa teoría, si bien cuenta todavía con defensores, ha sido abandonada, por considerársela escasa y estéril, en los Gobiernos de régimen constitucional”.

La ciencia nos ha enseñado que el empleo de medios de policía está condicionado a la existencia de un motivo de policía y que la autoridad ante el imperioso deber de conservar el orden público, puede y debe emplear todos los medios lícitos a su alcance.

La Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia dijo: “Son postulados de Derecho Constitucional, generalmente reconocidos hoy respaldados por altas autoridades los siguientes:

1º Todos los Poderes del Estado que tienen atribuciones constitucionales para ejercer una función, o la obligación de ponerla por obra, tienen también, de acuerdo con los dictados de la razón, la facultad de escoger los medios necesarios y adecuados a esos fines, siempre que no estén prohibidos y sean coherentes con la letra y el espíritu de la disposición constitucional a que acceden.

2º En consecuencia, una facultad se considera implícita en la constitución siempre que sea necesaria para dar efecto a una atribución conferida expresamente por ella misma.

3º Todo aquéllo que se halla implícito en la Constitución forma parte de ésta, de la misma manera que sus disposiciones expresas.

4º Puede afirmarse, por tanto, que no existe en la Constitución atribución alguna de facultades

que no entrañe y lleve consigo en su aplicación otras que, si bien tácitas, son vitales para las primeras y necesarias a su ejercicio" (1).

La Corte, en un extenso, hermoso y erudito estudio nos relata, paso a paso, la evolución de esta teoría de las facultades implícitas, que tuvo sus primeros defensores por allá en los albores de la independencia estadinense y que, a través de las sentencias de los tribunales y las doctrinas de los tratadistas de derecho público ha ido adquiriendo una fisonomía bien definida hasta incorporarse en el Derecho Constitucional como uno de esos pocos principios inconcusos cuya negación supondría la negación también de todos nuestros organismos políticos.

El Juez Marshall, en 1819 decía: "Un Gobierno investido de tan amplios poderes, como son los enumerados en la Constitución, de cuya ejecución depende tan vitalmente la ventura y prosperidad de la Nación, debe estar también investido de los medios amplios y necesarios a aquella ejecución. Ja-

(1) La Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norte América en el caso Martín contra Hunter, declaró: "La Constitución invariablemente, usa el lenguaje general. No fueron los propósitos del pueblo al redactar esta gran carta de sus libertades, establecer especificaciones minuciosas de sus poderes, **ni declarar los medios por los cuales esos poderes deberían ejecutarse.** Se previó que ésto sería una tarea peligrosa y difícil, si no impracticable. El instrumento no debía servir meramente a exigencias de pocos años, sino que había de durar por largo número de edades, cuyos acontecimientos estaban encerrados en los inescrutables propósitos de la Providencia. No podían presagiarse, los nuevos cambios y modificaciones de poderes, que pudieran ser indispensables para poner en obra los objetos generales de la carta, y las restricciones y especificaciones que por el momento parecían saludables podrían al fin producir la ruina del sistema mismo". (1. Wheat. 301. Bump.).

más redundarían en bien de la Nación, ni consultarían sus intereses las trabas y embarazos que a esa ejecución se pusieran con la negación a los poderes públicos *de los medios apropiados* para ello. No es posible presumir que tal haya sido el propósito de la Nación" (1). En ocasión anterior ya había dicho la misma Corte Federal que "la Constitución, como instrumento activo de la vida política, contenía de suyo todos y cada uno de los poderes necesarios a un soberano, porque donde existen deberes y funciones que llenar, *allí mismo deben existir los medios correspondientes para cumplirlos*".

Los Tribunales en ese entonces, y aún hoy día, no hacían sino repetir y confirmar aquella sabia sentencia jurídica que proclamara con convicción, treinta años atrás, uno de los más ilustres padres de la Constitución de Filadelfia, el convencionista Hamilton: "Una Constitución, en razón de su propia naturaleza, no es, ni puede ser, sino una armazón de principios de Gobierno, *que la legislación, la doctrina y aún la costumbre, están llamadas a colmar. Ella es un texto sobre el cual ha de obrar la interpretación, que debe hacerse con liberalidad. Entre las cavidades reducidas de ese instrumento mora y palpita un mundo de poderes implícitos que, si se les mata o adormece, se tornarían el Gobierno en un organismo mecánico y desmayado al paso que si se les vivifica y alienta, el orden renace del caos, la actividad fecunda se dilata por doquiera, y una gran potencia vendrá a incorporarse en la familia de las naciones*" (2).

Al Presidente de la República se le ha impuesto el deber de conservar el orden público; irrisoria determinación constitucional si no fuera acompa-

(1) Citado por la Corte Suprema de Justicia.

(2) Citado por la Corte Suprema de Justicia.

ñada de la potestad de usar todos los medios necesarios y útiles para cumplirla. "La legislación, la doctrina y la costumbre", como dice Hamilton, han cumplido con la tarea de señalarnos cuáles son esas potestades implícitas de policía. Ellas tienen el mismo valor imperativo y necesariamente jurídico de las normas expresas de la Carta.

Allí donde la ley ordena qué medios deben usarse, esos serán los medios lícitos; donde la ley calla habrá de buscarse el auxilio de la doctrina o el de la costumbre que también es fuente de derecho.

Pero las facultades implícitas que son una manifestación de la potestad discrecional, no significan en manera alguna la arbitrariedad. Encuentran sus límites naturales en la propia Constitución que les da origen, en las leyes, en todo el mecanismo jurídico del Estado, y, en una palabra, en la razón.

Mas, es que acaso son tan vagos e imprecisos los límites del poder de policía? No. Justamente todo cuanto en este trabajo se ha dicho desde su primera página contiene la determinación exacta del poder de policía. Nosotros apenas hemos sistematizado, condensado y vertebrado toda la ingente labor de la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre.

La lógica jurídica misma muestra con claridad que el ejercicio de las facultades implícitas no puede conducir a la arbitrariedad. La Corte lo dijo con más sagacidad de lo que pudiéramos nosotros, por eso es mejor ceder a ella la palabra: "Y magistrados y autores han puesto también rienda al uso desatentado, caprichoso o fútil que pudiera hacerse de aquel poder discrecional. La doctrina a este respecto se condensa así: "La suma y sustancia de la doctrina relativa a las facultades implícitas han sido declaradas repetidas veces en términos que han pasado a ser hoy históricos; que el fin para que se

les emplea sea legítimo; que esté dentro del precepto constitucional a que estas facultades acceden; que los medios que se adopten en uso de ellas *no estén prohibidos* y sean claramente adecuados y coherentes también con el espíritu de la Constitución”.

“La doctrina constitucional sobre facultades incidentales que se deja expuesta, no significa que el funcionario o corporación que haya de ejercitarlas tenga un poder arbitrario para ejecutar actos o dictar disposiciones que traspasen la atribución expresa que les ha conferido la Constitución y a las cuales deben ser anexas aquellas facultades. Esta doctrina en manera alguna consiente la dictadura, ni autoriza la usurpación; ella, fielmente interpretada, no es sino la manifestación en derecho público del principio inconcuso de derecho natural, que reconoce a quien ha de cumplir un deber o realizar un fin legítimo, la facultad de emplear los medios lícitos que para ello sea necesario.

“Este principio, aplicado a la acción y ejercicio de las instituciones políticas o legales, les comunica aliento y fecundidad; él ha existido siempre como medio indispensable para que el precepto literal de la ley, estrecho en su sentido, pueda adaptarse a los progresos de la civilización y a las necesidades y relaciones de la vida política que surgen sin cesar. No otro fué el fundamento del antiguo Derecho Pretoriano, que en guarda de estos mismos intereses y necesidades, instituyó la potestad de auxiliar y de suplir el mandato de la ley escrita, en razón de utilidad pública”; potestad que, con estas condiciones, bien pudo el orador romano definirla así: “guardián, y, a la vez, voz viva de la ley”.

El régimen de policía del Estado se integra, a) por las leyes de carácter preventivo emanadas del Congreso, b) por los actos reglamentarios de la

misma índole, emanados de las entidades administrativas. Fácil resulta así, hallar los límites de esta última clase de actos. Concretémonos a los del Presidente. La Constitución de la cual derivan esos poderes implícitos, define los primeros límites: el Presidente no podrá reglamentar con fines de policía sino aquellas libertades que la misma Constitución no ha reservado a la ley. Entre éstas se encuentran las libertades tácitas, es decir, las que no están definidas expresamente en ningún artículo de la Carta, pero que sin embargo contribuyen tan esencialmente a caracterizar la fisonomía política del Estado, que se aceptan también como tácitas o implícitas. Por ejemplo la libertad de locomoción. La segunda especie de limitaciones nacen de la ley; el Presidente debe respetar lealmente sus preceptos. La tercera categoría de limitaciones se origina en la Doctrina jurídica. La cuarta en la costumbre política.

**Teoría de la legítima defensa
y del estado de necesidad en
Derecho Administrativo.**

El Derecho penal reconoce como causas que exoneran de responsabilidad, las llamadas de legítima defensa y de estado de necesidad.

Las escuelas penales fundamentan de manera diversa estas causales de justificación del hecho, pero todas están acordes en su juridicidad. La legítima defensa, sostienen unos, se explica cuando los organismos estatales no han sido suficientes para proteger eficazmente el derecho de los súbditos; si la autoridad resulta incompetente para garantizar los bienes jurídicos de los asociados, es natural que el individuo asuma la propia defensa contra los

atentados injustos de los demás (1). Otros afirman: un hecho no puede ser delito cuando no es contrario al Derecho; cuando se repele una ofensa injusta no se está atacando el derecho, sino por el contrario defendiéndolo, por tanto, la defensa individual está conforme con el Derecho (2). Los últimos pretenden que el rechazo individual de una violencia injusta, si bien protege un bien individual, el fin que persigue interesa no solamente al individuo sino también a la sociedad. Esta coincidencia entre un bien individual y el interés colectivo no puede significar un atentado contra el Derecho sino por el contrario una colaboración a la protección de ese Derecho (3).

La doctrina ha concluido que para que la defensa individual pueda llamarse legítima, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1º Que exista una violencia evidente y actual.

2º Que esa violencia se injusta.

3º Que esa violencia ponga en peligro un bien o un interés jurídico.

4º Que haya proporción entre la violencia y la defensa.

Los fundamentos del estado de necesidad como causal exonerativa de responsabilidad, los resume así el doctor Jorge Gutiérrez Gómez (4):

“1º El estado de necesidad suprime la imputabilidad. La causa de justificación en esta teoría descansa en la coacción psicológica emanada del temor de un mal inevitable, de manera diversa a la actuación del agente.

(1) Tesis de la Escuela Clásica.

(2) Tesis de la Escuela Germánica.

(3) Tesis de la Escuela Positivista.

(4) Gutiérrez Gómez. Comentarios al Código Penal Colombiano, pág. 132.

“2º El estado de necesidad suprime al acto el carácter de ilícito, pues existiendo la colisión de dos derechos o bienes jurídicos, se impone o predomina el que corresponde al actor, porque éste está obligado de modo primordial a tutelar su propio derecho antes que los correspondientes a las demás personas.

“3º El estado de necesidad encuentra su plena justificación sencillamente en el instinto de conservación”.

La ciencia resume así los elementos que deben concurrir para que el estado de necesidad sea justificativo del hecho:

1º Existencia de un peligro grave e inminente.

2º Que el peligro esté dirigido contra las personas.

3º Que no pueda evitarse por otros medios.

4º Que no haya sido provocado por el agente.

5º Que no deba afrontarse por obligación.

6º Que haya proporción entre el peligro y el acto.

En su esencia, ¿por qué constituyen la defensa individual y el estado de necesidad causales de exoneración de responsabilidad penal? Simplemente, porque en ambos casos, el bien que se está protegiendo es más importante que el bien contra el cual va dirigida la defensa. Si la vida de una persona peligra por una agresión, al repeler ésta es posible que se dé muerte al agresor. Se ha causado un daño ciertamente, porque se ha suprimido una vida, pero para quien se defiende es más apreciable el bien de su propia existencia que la vida ajena y para la sociedad es igualmente más importante conservar la vida del hombre honesto injustamente amenazado que la del ofensor.

En el fondo se mueve una colisión de derechos, unos más valiosos que otros, y sujetos a la circunstancia de que su vigencia no puede concebirse simultáneamente; la supervivencia del uno depende de la extinción del otro. Considerados aisladamente los dos derechos pueden ser igualmente apreciables, pero colocados en colisión, habrá siempre uno de mayor valor que el otro, ya individualmente, ya socialmente. Podría defenderse la tesis según la cual, encontrándose dos derechos en colisión resulta preferible que ambos perezcan a que uno de ellos, el más valioso, subsista a costa de su opositor? No sólo sería absurda, semejante doctrina, sino además inmoral. Equivaldría a la destrucción de todo el orden jurídico, tan penosamente elaborado; implicaría la afirmación imposible de que el Derecho resulta impotente en frente del mismo Derecho.

Esta situación conflictiva de derechos no es exclusiva de la rama penal; en todos los campos del Derecho es verosímil su ocurrencia, y de hecho es frecuente que así suceda.

En el derecho Constitucional y en el Administrativo se presentan situaciones similares; y este conflicto jurídico, en relación con el Poder de Policía es lo que vamos a analizar en seguida, con el ánimo de encontrarle una solución justa y conveniente.

Hemos dicho antes que el principio dominante del poder de policía del Presidente es aquél según el cual no le es lícito reglamentar el ejercicio de las libertades públicas sino cuando la Constitución no ha reservado esa actividad a la ley, y además que, los funcionarios subalternos son simples ejecutores materiales de las normas consignadas en los reglamentos o en la ley. Un Alcalde para expedir un permiso de policía no puede exigir al particular requisitos distintos de los consignados con antelación en el reglamento pertinente; tampoco puede un agente de policía impedir por su propia iniciativa

la ejecución de un acto que no esté prohibido en los reglamentos como le está vedado, igualmente, iniciar actos de coerción no autorizados expresamente en los reglamentos o en la ley.

Normalmente, las reglamentaciones limitativas de las libertades deben ser tales que no anulen su ejercicio en la práctica o lo hagan virtualmente imposible, a la vez que deben estar dirigidas a permitir la existencia simultánea y armónica de todas aquellas. Por esta razón los medios de policía por vía general son ordinariamente de carácter permanente.

Es necesario a la convivencia social que las obligaciones y prohibiciones relativas a la libertad tengan la máxima estabilidad, pues su frecuente modificación hace casi imposible su observancia porque no permite crear hábitos de disciplina social en la conducta del pueblo.

Empero, la variedad de los hechos sociales y la diversidad de los intereses que el Estado debe proteger, han impuesto las excepciones a todas las reglas generales del Derecho. Éste ha admitido ya la existencia de los reglamentos de vigencia transitoria los cuales, naturalmente, protegen bienes o intereses de índole diversa. Satisfacen necesidades sociales que son también de índole transitoria.

Ordinariamente el ejercicio de las libertades públicas transcurre sin más alteraciones que las provocadas naturalmente por la normal conducta humana. A prevenir esas alteraciones de carácter ordinario van dirigidos los reglamentos ordinarios de carácter permanente. Con todo, en el decurso de la vida de las sociedades suelen presentarse situaciones conflictivas extraordinarias que requieren obviamente de preventivos igualmente extraordinarios; y como esas emergencias son transitorias, porque de no serlo perecería el organismo social, los

medios para exterminarlas o para prevenirlas son también transitorios.

Esas perturbaciones tienen de extraordinario no solamente su carácter transitorio sino igualmente que están integradas o son provocadas por elementos inusitados; entonces, las vías que escoja el Derecho para regresar a la normalidad deben, forzosamente, de ser inusitadas. Por ventura, el Derecho como fruto de la ciencia, todo lo ha previsto. La sociedad nunca queda desamparada.

Ante la posibilidad de una catástrofe es cuando las facultades constitucionales implícitas del poder de policía se revelan como una admirable concepción del Derecho público moderno.

Tomemos un ejemplo de frecuente ocurrencia en nuestra vida política. El conflicto, la colisión entre la libertad de reunión y el derecho de sufragio. Dados el sectarismo y la exaltada pasión política peculiares del espíritu latino y tropical, las votaciones populares suelen ir siempre precedidas de extraordinario ardor, de animosidad verbalista y aún por desgracia, de manifestaciones de violencia, que ponen en grave peligro la tranquilidad y la seguridad. Si el sufragio se ejerciera bajo la influencia de estos factores de coacción dejaría de ser la fuente y fundamento del régimen democrático, la opinión popular sería falseada, gravemente se conmoviera el orden público y la estabilidad misma de los Gobiernos se vería de continuo amenazada. Qué se hace, qué se ha hecho tradicionalmente entre nosotros para evitar que una falsa concepción de la libertad resulte a la postre el peor enemigo de esa libertad?

En el fondo hay una colisión de derechos; se hace imposible el ejercicio simultáneo del derecho de sufragio y del de reunión pública. Impónese entonces averiguar cuál de los dos derechos en conflicto, es en ese momento, más apreciable, cuál exhibe un valor social más definido.

El derecho de sufragio, no solamente por ser la fuente viva de todo el sistema democrático sino también porque su ejercicio está limitado a ciertas y únicas oportunidades fijadas en la ley, merece la máxima protección. Si aparece en conflicto con cualquiera otro derecho menos útil social y políticamente, con el de reunión pública, que puede ejercitarse sin ninguna traba en todo tiempo, es incuestionable que debe ceder el último en beneficio del primero. Sufragar no puede hacerse sino un sólo día, reuniones públicas pueden celebrarse todos los días del año (1).

Suspender por diez o quince días el ejercicio del derecho de reunión, anula ese derecho? No ciertamente, es posible que antes bien lo favorezca.

Así lo han comprendido a través de toda nuestra historia política los gobiernos de todos los partidos. El ejercicio del derecho de reunión ha sido tradicionalmente suspendido diez días antes de todas las votaciones, por un decreto del Presidente de la República.

Algunos espíritus románticos del derecho y la libertad no han dejado de protestar con poca convicción, afirmando que ese acto del Presidente de la República es inconstitucional por no existir autorización legal expresa. Pero todos, aún los inconformes, han exteriorizado unánime acuerdo sobre la conveniencia y necesidad de esa limitación transitoria. Nadie se ha sentido perseguido, todos hemos entendido siempre que la transitoria suspensión

(1) Barthelemy dice: "Un grave peligro nacional puede excusar un cierto olvido de los escrúpulos constitucionales. Las leyes son hechas para los ciudadanos y no los ciudadanos para las leyes. En situaciones excepcionales hacen falta remedios excepcionales; es la salud del país lo que constituye la ley suprema". Le droit public en temps de guerre". Pág. 32.

tiene por fin el mantenimiento de la seguridad política y por tanto del orden público. Y no solamente la libertad de reunión sino también la de palabra ha sido restringida en las mismas ocasiones y por iguales motivos.

Serán éstos, actos injurídicos tolerados apenas, con la particularidad de que su tolerancia es unánime y la razón de su conveniencia de consenso general? (1).

No. Ellos tienen una fuente de derecho bien caracterizada; una fuente de orden constitucional. El Presidente de la República tiene el deber de conservar el orden público. Implícitamente dispone de todos los medios adecuados para alcanzar ese fin. La seguridad y la tranquilidad de los pueblos lo mismo que su supervivencia civilizada, no pueden esperar delante de semejantes conflictos de Derecho a que el legislador, dentro de su desordenada tarea provea al Presidente, expresamente, de esos medios. Además, no lo ha hecho porque no es necesario; ya lo hizo el constituyente (2).

(1) Ni aún los más empecinados románticos, a pesar de sus discretas protestas de inconstitucionalidad se han atrevido jamás a demandar judicialmente esos decretos de suspensión, porque comprenden muy claramente que de llegar a ser admitidas sus querellas (difícil que ocurriera) incurrirían en grave atentado contra la seguridad social y **contra su propia seguridad.**

(2) La corte Suprema Federal de la Argentina, dijo en auto de 17 de junio de 1929, al resolver en el recurso de hecho de amparo a la libertad, interpuesto por Juan Caraccia: "Que la reglamentación que restringe, aparentemente el derecho de algunos para garantizar el de todos, no puede considerarse en principio como agravante de la Constitución, pues ésto importaría negar los altos fines que los constituyentes se propusieron, al ordenarla, decretarla y establecerla". Fallos, Tomo 155, pág. 185. (Citado por el doctor y Coronel Carlos Risso Domínguez en su obra **La Justicia Militar,**

El orden público, que se confunde con el bien público, está por encima de todo otro interés subalterno, y en ese caso, dependen del mantenimiento del orden público la vida del Estado y la supervivencia y salud del sistema político democrático. Es lá justificación por el estado de necesidad, es el sacrificio transitorio de un bien por la evitación de un mal mayor (1). Y las reglas para el empleo de estos medios extraordinarios de policía son las mismas que presiden el empleo de los medios ordinarios: existencia de un motivo de policía, prosecución de un fin de policía, proporcionalidad de los medios entre el motivo y el fin. Sólo que en estos casos, el motivo que provoca el empleo de los medios no tiene una consagración legal expresa como es la regla general. Es una situación extraordinaria

(1) Fleiner en su obra ya citada, pág. 180, dice: "También hay situaciones graves por las que las autoridades administrativas sólo pueden dominar apelando inmediatamente al ejercicio de la coerción. Tales situaciones en el Derecho Administrativo son similares a las situaciones de Derecho Penal de legítima defensa y evitación de mal mayor. Así, las autoridades gubernativas poseen amplias facultades para impedir actos punibles. Entre éstas hay que clasificar, además, la facultad de las autoridades administrativas para asegurar el normal ejercicio de su propia actividad; la autoridad puede emplear inmediatamente la coacción para evitar que se haga ruido en los alrededores de los edificios públicos. La misma facultad tiene la autoridad escolar apelando, si fuera necesario, al auxilio de la policía local, etc., y por fin la autoridad competente está facultada en caso de incendios o inundaciones, para adoptar inmediatamente las medidas coactivas que juzgue necesarias; por ejemplo está autorizada, *lisa y llanamente*, para ocupar fincas de los particulares, y derribar casas y diques, si con ésto se puede evitar un mayor daño. Estas limitaciones graves en la propiedad privada están justificadas únicamente por la competencia general de policía de que goza la autoridad.

ria y de ella nace la excepción. Hé aquí la explicación de nuestra afirmación inicial, parcialmente estudiada en capítulos anteriores (1), sobre la positiva existencia de motivos de policía no previstos expresamente en la ley, y que sin embargo, provocan excepcionalmente el empleo de medios de policía.

Análoga excepción, aunque más restringida, tiene lugar en algunos casos de empleo de medios materiales, tales como los que cita Fleiner en la nota que se transcribió al pie de la página. Es incuestionable que aunque no existiera disposición legal o reglamentaria que lo autorizara, un jefe subalterno de policía y aún un simple oficial de los cuerpos armados, podría, en presencia de una calamidad pública de graves proporciones como un incendio, ordenar la destrucción de los edificios adyacentes para evitar la propagación del fuego. Y de la misma manera que el Estado no está obligado a indemnizar al propietario de un edificio que ha sido destruido por el fuego, por accidente, tampoco debería indemnización alguna por la pérdida de los edificios destruidos por orden de las autoridades de policía para prevenir la propagación del mismo fuego. Esta última destrucción tiene el mismo carácter accidental de la primera.

Sería monstruoso, imperdonable y criminal que so pretexto de faltar una autorización legal expresa, las autoridades permitieran la propagación a toda una ciudad del fuego que hubiera podido contenerse en un pequeño sector. Ni el más romántico de los juristas podría pensar en la licitud de semejante conducta. Es éste un caso de legítima defensa de los superiores intereses sociales.

(1) En el capítulo relativo al motivo de policía tuvimos ya oportunidad de citar, en apoyo de nuestra tesis, abundantes doctrinas de autores y tribunales franceses.

Las suspensiones transitorias del ejercicio de algunas libertades con fines de orden pública se han revelado en la costumbre política de todos los países, con más frecuencia y más amplitud en relación con las garantías tácitas. Por ejemplo la libertad de locomoción. Es un hecho cierto que para permitir el paso de cortejos o por otras causas análogas, las autoridades locales de policía ordenan transitoriamente el cierre de algunas vías públicas de tránsito ordinario. Se sacrifica así, momentáneamente, el ejercicio de la libertad de locomoción en beneficio de otra libertad, la de reunión y desfile en cortejo, por ejemplo. Por desgracia, es también evidente que de estas suspensiones locales, suele abusarse, ordenándolas por cualquier motivo fútil. Aunque ellas no causan perjuicios apreciables en dinero que den lugar a acciones de indemnización dirigidas contra las municipalidades por abuso del poder, sí originan muchas molestias e incomodidades, que la autoridad debe procurar evitar, particularmente si se tiene en cuenta que la poca duración en el tiempo de aquellas suspensiones no permite demandar su invalidación ante los tribunales contencioso-administrativos (1).

Podemos concluir con Rolland que resulta jurídicamente evidente que las jerarquías superiores de la administración que disfrutan de un poder au-

(1) En los capítulos finales de este ensayo se estudiará la forma diversa como se comporta el poder de policía, según se trate de reglamentar las libertades expresas o las garantías tácitas.

Igualmente, se encontrará adelante el estudio relativo a la responsabilidad del Estado por el abuso del poder de policía, la cual cobra particular gravedad cuando los daños o los excesos se producen con el pretexto de los reglamentos de vigencia transitoria.

tónomo de policía, y en ciertas ocasiones algunas jerarquías subalternas como los Alcaldes, cuentan con más extensas facultades por los reglamentos transitorios que por los permanentes. La justificación de este fenómeno se halla en el fin jurídico de la policía que es el mantenimiento del orden público y en los motivos excepcionales de policía que suelen presentarse en la vida de los pueblos, aún en la más ordenada que pueda concebirse (1).

(1) Hasta en Inglaterra, el pueblo más conservador del mundo, se han visto precisados a inventar una especie de truco legal, conocido con el nombre de **"bill of indemnity"**, para sancionar todos aquellos actos que el Gobierno se ve precisado a ejecutar en situaciones de emergencia, no previstas en la ley e imprevisibles. El pueblo inglés profesa un respeto teórico tan profundo por la legalidad, que rehusa admitir la posibilidad de que la ley pueda ser violada. Pero como en todos los países, inclusive en Inglaterra, suelen presentarse situaciones de emergencia, no tan graves como las que pueden provocar una declaración de estado de sitio, pero sí más graves que las previstas normalmente en la ley, ha sido necesario buscar normas superiores de derecho, no escritas en la ley, que permitan regular con eficacia esas emergencias. Nosotros sostenemos la existencia de una institución que hemos llamado de legítima defensa o de estado de necesidad en el derecho administrativo. Los ingleses, por su parte, aferrados a sus viejas tradiciones han tenido que inventar un disfraz menos científico aunque idénticamente eficaz. Lo llaman el **"bill of indemnity"**. Cuando se presenta una dificultad imprevista que no puede solucionarse sino con una medida ilegal conforme al derecho británico, el Gobierno asume toda la responsabilidad, y luego acude al parlamento para que éste legalice los actos que inicialmente fueron ilegales. El Parlamento aprueba entonces un **"bill of indemnity"**, queda así todo conforme a la ley, legal en su integridad y los ingleses se evitan por este sistema tan original la vergüenza de que pudiera decirse que su Gobierno incurrió en un exceso de poder. Compárese y escójase.

El estado de sitio.

Hay situaciones más graves que aquellas que acabamos de estudiar como dé legítima defensa del orden público, porque no se refieren a la colisión en el ejercicio de las garantías ciudadanas sino a la seguridad del mismo Estado como entidad política. Son las originadas por la guerra exterior o por conmociones interiores como la sedición o la rebelión.

La diferencia entre las dos situaciones es evidente; en el primer caso la supervivencia de los poderes públicos no se halla amenazada directamente, en tanto que en el segundo es la seguridad del Estado la que se afecta.

Algunas Constituciones, como la colombiana, han conferido al Gobierno, expresamente, facultades excepcionales en virtud de las cuales el Presidente con todos sus Ministros, puede declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio o parte de él (1).

(1) Artículo 117 de la Constitución: "En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya re-

En virtud de la declaración de estado de sitio el Gobierno adquiere automáticamente la atribución de dictar decretos con la misma fuerza de las leyes, pero con la diferencia de que por medio de ellos no puede derogar las leyes sino suspender su vigencia. Estos decretos se diferencian sustancialmente de los que puede dictar en desarrollo de las facultades de que trata el inciso 9º del artículo 69. Estos últimos, dentro de los límites definidos en la ley de autorizaciones, tienen las mismas características de la ley. Los decretos que se dictan durante el estado de sitio no son legislativos, sino decretos de policía, de un alcance excepcional ciertamente, pero que no por ésto pierden su carácter de actos de policía.

Como todos los actos de policía que importan el ejercicio de atribuciones excepcionales, estos decretos no pueden tener sino vigencia transitoria. Su existencia no se concibe sino para las situaciones anormales de la vida social y justamente como tales situaciones son necesariamente transitorias, las medidas que puedan originar deben ser igualmente transitorias.

primido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubiere cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

Restablecido el orden público, el Gobierno convocará al Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará al Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio".

Pero para este estudio el aspecto interesante del estado de sitio es únicamente el relativo al poder de policía. El acto en virtud del cual se declara el estado de sitio no es un acto administrativo de policía sino un acto de Gobierno de aquéllos que la jurisprudencia francesa ha convenido que no son susceptibles de recurso contencioso; pero los decretos posteriores sí son actos de policía, encaminados todos a restablecer el orden público, tienen por tanto todas las características de los actos de policía y dentro de la peculiar circunstancia en que son emitidos, deben obedecer a las reglas esenciales que dominan los actos de policía. Deben ser provocados por un motivo, deben perseguir un fin de policía y deben guardar moderada proporción entre esos extremos.

El decreto que declara el estado de sitio sólo tiene por fin incrementar los poderes ordinarios de policía (1), una vez conseguido ese propósito los actos de policía pueden producirse libremente, pero siempre sometidos a las normas que presiden esa clase de actuaciones. El imperio de la Constitución no se suspende, pero sí pueden ser suspendidas todas aquellas garantías individuales cuyo ejercicio parezca incompatible con el estado de emergencia. Entonces podrán ser suspendidas o reglamentadas

(1) Bielsa dice, refiriéndose al estado de sitio: "Como consecuencia de este estado, el ejercicio del poder de policía aumenta en intensidad, es decir, se hace más enérgico y oportuno en relación al peligro, que es, precisamente, lo que explica práctica y constitucionalmente la suspensión de las garantías constitucionales.

"Pero en la **ejecución** de las medidas consiguientes a la declaración del estado de sitio, la actividad del poder ejecutivo **no es necesariamente de gobierno, sino administrativa**, como todo lo que entra en la esfera de actuación del poder de policía". Derecho Administrativo. Tomo I, pág. 158.

en forma diversa a la existente, la totalidad de las garantías constitucionales, inclusive las más preciosas como la inviolabilidad de la persona y del domicilio.

Acerca de sí durante el estado de sitio el Gobierno puede suspender el ejercicio de las libertades individuales, se han suscitado las más encendidas controversias. El doctor Jorge Soto del Corral sostiene que la disposición constitucional que dice que el Gobierno tendrá, *además de las facultades legales*, las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones, significa que el Gobierno no puede hacer sino lo que expresamente autoriza la Constitución o aquéllo que está previsto por el derecho de gentes. La frase: *además de las facultades legales*, implica una facultad que la Constitución confiere al legislador para que mediante una ley, señale los límites estrictos dentro de los cuales puede el Gobierno actuar en los casos de estado de sitio; y como dicha ley no se ha expedido, las facultades del Gobierno están limitadas en el presente así:

a) Facultades inhibitorias:

1º Pueden suspenderse todas las leyes incompatibles con el estado de sitio.

2º Pueden dejar de regir las siguientes garantías constitucionales:

A) Pueden confundirse la autoridad política y la militar; la autoridad política y la judicial; la autoridad judicial y la militar.

B) Puede la autoridad política: Presidente, Gobernadores, Alcaldes y Jefes Militares, decretar contribuciones.

C) Pueden decretarse expropiaciones por la autoridad política y no ser previa la indemnización.

D) La Prensa no es libre.

C) Puede prohibirse la circulación de impresos por los correos.

b) Facultades positivas:

Las contenidas en el Libro II del Código Militar; las de las Convenciones de La Haya de 1899, de Ginebra de 1906 y de París de 1929.

El mismo profesor Soto, del Corral afirma que mientras el Congreso no dicte una ley, que es urgente, mediante la cual se autorice al Gobierno para suspender otras libertades distintas de las enunciadas, dicha facultad no existe, y si el Gobierno, con el pretexto de estado de sitio dicta medidas diferentes incurre en abuso de autoridad.

La anterior Doctrina fué también sostenida por don Miguel Antonio Caro en las siguientes palabras: "Bien claro está el sentido de esta disposición y su intención civilizadora. *En tiempo de guerra*, la cual por su naturaleza es un desorden, ocurren casos no previstos por las leyes comunes; sucede también que por causa de la guerra misma no haya podido reunirse en sesiones ordinarias el Congreso para conocer de las cuestiones que son de su competencia. En estas circunstancias el Presidente de la República ejerce las facultades que le hayan conferido las leyes, y, en su defecto, las que le da el derecho de gentes, dictando decretos de carácter legislativo, pero en manera alguna para disponer libremente de la hacienda nacional ni de las vidas e intereses de los ciudadanos, sino con dos únicos fines legítimos, cuales son, defender los derechos *de la nación en guerra* extranjera y establecer el orden interior si hubiere sido perturbado. *Estos decretos provisionales* de carácter legislativo, encaminados a esos dos fines únicos, no pueden tampoco salir de los límites que el artículo consti-

tucional señala expresamente. Y cuando por deficiencia de las leyes de la República se ocurre a los principios del derecho de gentes (en parte considerable consignados en el Código Militar), es patente que no ha de invocarse esa autorización para aplicar la ley de las naciones, con fines inicuos de expoliación, persecución y proscripción, sino al contrario, para mitigar los horrores de la guerra y emplear medios políticos y magnánimos para lograr su terminación, puesto que por derecho de gentes se entiende precisamente el conjunto de principios que la civilización cristiana, en lucha secular con la barbarie, ha logrado al cabo acreditar o sancionar. Por tanto la invocación que se hace del derecho de gentes en la disposición citada, no es una repudiación del orden legal, sino ampliación de él con fines esencialmente benéficos”.

La anterior no es, empero, la opinión dominante en todos los expositores colombianos. El doctor Tulio Enrique Tascón, después de enumerar las mismas garantías que el doctor Soto del Corral admite que pueden ser suspendidas, agrega que también “cesan la libertad de reunión y de locomoción, etcétera” (1), lo cual indica que por las mismas razones que puede suspenderse la libertad de reunión, pueden suspenderse las demás libertades como la inviolabilidad de la correspondencia o del domicilio, si pareciere necesario.

El doctor Francisco de Paula Pérez, es más explícito; aunque inicialmente parece acoger la tesis de Caro, afirma: “Libertades de prensa, reunión y locomoción, suelen ser objeto de reglamentos transitorios, por esas circunstancias exigidos” (2).

En Francia cuyas condiciones constitucionales son similares a las colombianas se sostiene en prin-

(1) Derecho Constitucional Colombiano, pág. 224.

(2) Derecho Constitucional Colombiano, pág. 324.

cipio que las facultades del Gobierno durante el estado de sitio están limitadas por la ley; con todo, en presencia de los graves problemas que ofrece la práctica, el Consejo de Estado ha imprimido una gran elasticidad a esa doctrina; la jurisprudencia ha sentado, para el estado de sitio, las siguientes reglas básicas:

1º El poder de policía puede restringir los límites impuestos a las libertades por la misma ley;

2º La limitación de la libertad por la policía no es sin embargo legítima, sino cuando falta algún otro medio más benevolento para restablecer o mantener el orden;

3º El poder de policía puede limitar la libertad a condición de no suprimirla;

4º El sacrificio impuesto a la libertad en nombre del orden público, debe ser compensado por una indemnización (1).

Las anteriores opiniones nos muestran claramente la falta de unidad doctrinaria que ha impedido hallar la fórmula adecuada. Ello se debe quizás, a que el problema no se ha contemplado en el fondo como una cuestión rigurosamente de policía. Encontrada una teoría central para la policía, el problema de las facultades gubernamentales durante el estado de sitio deja de ser problema.

Nuestro punto de vista nos permite concluir una solución lógica, que obedece inequívocamente a la tesis central de este ensayo. Si ciertas situaciones de emergencia que hemos llamado de estado de necesidad o de legítima defensa del orden público toleran la suspensión transitoria de ciertas libertades en beneficio de la supervivencia de esas mismas libertades, y si tales suspensiones pueden

(1) Véase Barthelemy, *Droit Public*, pág. 260 y siguientes.

decretarlas en casos de urgencia, autoridades subalternas de policía como los Alcaldes y Gobernadores, dedúcese que con mayores razones, cuando del mantenimiento de orden público depende la estabilidad del Estado, puede el Presidente de la República, declarado el estado de sitio, suspender el ejercicio de todas aquellas libertades que representen un obstáculo para el restablecimiento del orden, aún en ausencia de esas *facultades legales* que menciona el artículo consititucional. Lo anterior no quiere decir en manera alguna la arbitrariedad legalizada. Todos los decretos que durante el estado de sitio dicte el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, son decretos de policía; como tales deben ser provocados por un motivo de policía, deben perseguir claramente un fin de policía y deben ser proporcionados. Como lo dice el Consejo de Estado francés, si el restablecimiento del orden puede alcanzarse por medios que no impliquen la restricción de la libertad, decretar ésta sería arbitrario.

Hasta la fecha, en Colombia no hay ninguna ley que señale al Presidente la forma como debe proceder en estado de sitio; no está previsto expresamente por la ley que en estado de guerra exterior la correspondencia pueda ser examinada por las autoridades políticas para fines distintos de los judiciales; si el país se viera de improviso envuelto en una guerra con naciones extranjeras, según la tesis del señor Caro y del doctor Soto del Corral, el Gobierno no podría ordenar una medida de precaución tan elemental, como la censura de la correspondencia. Las instituciones hay que interpretarlas en razón del fin para que fueron establecidas y es necesario hacerlas operar eficazmente, de acuerdo con la ingrata realidad de cada tiempo. No hagamos imposible el ejercicio del Gobierno, sino busquemos y hallemos las Doctrinas que lo regulen,

lo hagan responsable y limitado en bien de los ciudadanos.

Que los medios de policía deben ser no solamente proporcionados al motivo y al fin de policía sino también los más benévolos dentro de los eficaces, es la doctrina central de este trabajo; al aplicarla a la institución del estado de sitio se encuentran con facilidad los límites de las facultades del Gobierno, se previene la arbitrariedad, se localiza la responsabilidad sin necesidad de obstaculizar o impedir completamente la dura tarea de gobernar.

Algunos afirman que para situaciones como la descrita en capítulo anterior y que llamamos estado de necesidad, existe la institución del estado de sitio, y que por tanto el estado de necesidad no encuentra justificación. Ello no es cierto; el estado de sitio, que en algunas partes se conoce con el nombre de ley marcial, no puede declararse sino por dos serios motivos: guerra exterior o grave conmoción interna. Se trata en ambos casos de una verdadera situación de guerra, externa o interna, de una emergencia en la cual tienen más que hacer las autoridades militares que las civiles. Ordinariamente en el estado de sitio, los Gobiernos confieren a las autoridades militares muchos de los poderes que normalmente son ejercidos por los civiles. No solamente el nombre de ley marcial, sino también el de estado de sitio rememoran una emergencia militar. Se estima que el estado de sitio supone una situación de tan extrema gravedad, que en muchos países la atribución de declararlo no le corresponde al Gobierno sino al Congreso.

Podría pensarse que si el estado de sitio se justifica ante los graves peligros para la supervivencia del Estado, ello no quiere decir que en casos de menor gravedad no pueda también apelarse a ese recurso. No es fácil, empero, defender esa tesis. Basta considerar los efectos psicológicos que pro-

duce en la población la sola noticia de la declaración de estado de sitio para concluir que no hay razón para alarmar a las gentes y encender aún más los ánimos, cuando el motivo es una simple colisión de intereses políticos o de derechos públicos que puede resolverse con medios menos graves. Aquí también, como siempre en el terreno de la policía, debe aplicarse el principio que tanto hemos repetido, de que no basta que los medios empleados sean suficientes para satisfacer el fin propuesto sino que además, deben escogerse *los más benévolo*s. "No puede andarse a cañonazos con los gorriones" decían antes los alemanes.

El estado de sitio implica evidentemente una multiplicación de las facultades del poder de policía, pero si el fin que va a satisfacerse que es siempre el mantenimiento del orden público, es posible alcanzarlo con las facultades ordinarias, no puede justificarse la apelación a medios tan excesivos.

Podrá pensarse sensatamente que es justo declarar en estado de sitio toda la República, cada vez que vayan a celebrarse elecciones políticas, para poder suspender unos días las reuniones públicas y la venta de bebidas alcohólicas? Ciertamente que nó. El estado de sitio está reservado para las emergencias militares.

Implicaría un abuso de autoridad, o más exactamente un exceso de poder, con toda la secuela de responsabilidades, actuar con tanta ligereza en frente de las perturbaciones del orden público.

Esferas de Policía.

Los problemas que suscita el mantenimiento del orden público pueden afectar todo el territorio de la Nación o una parte de él, solamente; pueden re-

vestir características comunes a toda la República o ser típicos de las condiciones y necesidades de una localidad. Esta diversidad enseña que el régimen de policía debe acomodarse a ella. En consecuencia debe haber un régimen de carácter nacional y un régimen de carácter local.

La Constitución, como ya lo dijimos, consigna esa distinción; al Presidente le da atribuciones para el mantenimiento del orden público en todo el territorio nacional, y a las Asambleas les confía la reglamentación de la policía local. Esta última se extiende solamente a los límites de cada uno de los Departamentos. Dentro de cada Departamento hay problemas que interesan a todo su territorio y algunos que sólo importan a los municipios individualmente considerados. Esta nueva diferencia señala la necesidad de diferente régimen. Los Códigos seccionales así lo han resuelto; el régimen de policía vigente en todo el Departamento se llama policía general, y el relativo a cada municipio, policía especial.

La anterior clasificación puede resumirse en el siguiente cuadro, así:

REGIMEN DE POLICIA	}	Nacional	
		Local	} General Especial

La policía nacional es, pues, la que rige en todo el territorio de la República, y está integrada por las leyes de ese carácter, los actos de policía del Presidente y los de algunos otros funcionarios del orden nacional a quienes la ley excepcionalmente, ha conferido atribuciones particulares de policía.

La policía local es la que rige dentro de los límites de cada Departamento. La policía local general está integrada por las ordenanzas de las Asambleas

y los decretos reglamentarios de los Gobernadores. La policía local especial la forman los acuerdos de los Concejos y los decretos reglamentarios de los Alcaldes.

Importa determinar qué materias son propias de cada una de esas esferas de policía. Para hacerlo debemos buscar los motivos, porque de las características que éstos muestren depende la calidad de los medios que deban emplearse. Precisa recordar a cada momento el principio dominante en el régimen de policía: proporcionalidad y adecuación de los medios entre el motivo y el fin. En el fondo, este principio representa la columna vertebral de toda nuestra doctrina relativa a la policía. Consecuentes con ese principio medular, a la luz de él, hemos procurado resolver todos los problemas planteados en este ensayo.

La libertad personal o la inviolabilidad del domicilio, por ejemplo, son garantías cuyo ejercicio no depende en manera alguna de las peculiares modalidades de la vida de cada región del país. La forma como estas libertades pueden ejercerse y la manera como deben ser limitadas para prevenir con eficacia los atentados contra el orden público, compete en consecuencia a la policía nacional.

El tránsito por las vías públicas y los espectáculos, en cambio, dependen de las modalidades, costumbres y características de cada localidad. Son materia de la policía local.

Estos dos ejemplos nos permiten formular la regla general que debe servir de criterio para la diferenciación. Deberá corresponder a la policía nacional la reglamentación de todas aquellas actividades que pueden afectar el orden público de idéntica manera en cualquier parte del territorio nacional; y a la policía local aquellas actividades que afectan el orden público de modo diferente en cada localidad.

El anterior, sin embargo, no ha sido el criterio en nuestra legislación. Casi la totalidad de los reglamentos que deberían ser nacionales, son locales. La ley ha dado mayores atribuciones a las Asambleas Departamentales que al Presidente de la República, lo cual ha representado un serio obstáculo para el desarrollo armónico de nuestro régimen de policía.

Las Asambleas, con frecuencia, han excedido los límites de su competencia legal, aprobando ordenanzas limitativas del ejercicio de las libertades reservadas por la Constitución a la ley. Semejante situación ha sido tradicionalmente tolerada, aún por quienes se muestran más celosos respecto de las atribuciones del Presidente. Ha sido sin duda, una consecuencia lógica de la ignorancia que siempre ha imperado en el país respecto de las cuestiones de policía (1).

(1) A tal extremo llega la desorientación científica a este respecto, que nuestros legisladores, deseosos de intervenir en la reglamentación del tránsito, creyendo que eso no podía hacerlo la ley, acordaron una reforma constitucional, extraordinariamente pueril, en la cual se dice que la ley podrá reglamentar lo relativo al tránsito. (Acto Legislativo N^o 1 de 1938). Nunca, como en esta ocasión, los constituyentes han revelado una ignorancia tan total respecto de lo que estaban haciendo. Nunca se han mostrado tan infantiles en frente de la Constitución, que es tan respetable. Es tan espantable la reforma como modelo de "esperimento jurídico", que da a entender que la ley no puede intervenir en las cuestiones de policía, sino con el fin de unificar los reglamentos de tránsito, lo cual, además de inadmisibile, es falso, y sigue siendo falso a pesar de la redacción del artículo que dice así: "Artículo 5^o La ley podrá también reglamentar lo relativo a la policía, con el fin de unificar los reglamentos de tránsito en todo el territorio de la República".

¿Qué estaría pasando en este país, que dejó suceder tanta barbaridad?

Usualmente se supone que como la Constitución defiere a las Asambleas Departamentales la reglamentación de la policía local, la ley no puede ocuparse de materias relacionadas con la policía. (Y probablemente el Presidente tampoco, dentro del mismo raciocinio). Semejante tesis no puede concebirse sino en quienes ignoran los rudimentos mismos del Derecho policíaco. Tal afirmación implica negar la existencia de un orden público que interesa a toda la Nación, por igual; es también negar que la misma Constitución atribuye al Presidente de la República un poder de policía nacional.

La doctrina extranjera, tanto en Europa como en los Estados Unidos de Norte América, ha reconocido desde tiempo inmemorial esta distinción técnica tan esencial, de dos regímenes diferentes de policía. Lo que nosotros hemos llamado policía nacional, lo designan los franceses e ingleses con el nombre de policía general, y lo que en Colombia se llama policía local, allá se denomina policía especial. La diferencia es de nombres, pero las instituciones son idénticas, simplemente porque obedecen a un hecho de la vida real: a que hay problemas de orden público que interesan a toda la Nación, y otros que tienen una importancia estrictamente local. Ambos pueden coexistir sin interferencias porque persiguen en definitiva el mismo fin: orden público.

La Corte Suprema de Justicia, dijo en 1931, siete años antes de ser aprobado el Acto Legislativo de 1938: (Se refiere a una demanda de inconstitucionalidad de un decreto de policía dictado por el Presidente de la República): "Como objeción sustancial; que hiere todo el Decreto, figura en primer término la que se dirige contra la facultad que tuviera el Ejecutivo para dictarlo, en razón de la materia sobre que aquél versa.

“Se argumenta que, si bien la conservación del orden público está a cargo del Presidente de la República principalmente, esta atribución debe cumplirse aplicando las ordenanzas de policía de cada Departamento y por medio de las autoridades seccionales respectivas, ordenanzas todas que contienen disposiciones relativas a la guarda del orden público... ..

“Estriba esta objeción en el paralogismo de confundir la policía local con la policía nacional, y en el error de considerar todavía al cabo de cuarenta años de regir la Constitución de 1886, que el orden público es asunto peculiar a los gobiernos seccionales, al igual de los antiguos Estados Soberanos, y que las Asambleas son también soberanas para legislar sobre orden público dentro de su propio territorio, con exclusión de cualquiera otra autoridad.

“Para confutar aquella objeción basta recordar, en primer término, que una de las reformas trascendentales que se realizó con la revolución constitucional de 1886, fué la de poner bajo el imperio de los poderes nacionales el asunto de orden público en el sentido de prevenir y debelar las rebeliones internas o cualesquiera otras perturbaciones capaces de comprometer la paz pública.

“No es exacto tampoco que el Acto Legislativo de 1910 confiera a las Asambleas la atribución de expedir ordenanzas sobre esta materia; las facultades allí concedidas se limitan a la materia de *policía local*” (1).

Ya antes había dicho la misma Corte: “La policía local en materia de orden público, es hoy con razón un mero auxiliar y colaborante de la Policía Nacional, la cual predomina, ora en razón de jerarquía, ya por la naturaleza del asunto, el cual desde

(1) **Gaceta Judicial** N° 1832.

la expedición de la Constitución de 1886, se halla bajo el imperio de las leyes y autoridades nacionales". Más adelante, la Corte para explicar hasta qué punto debe restringirse el concepto vulgarmente aceptado de policía local, acoge los conceptos de Batbié en su tratado de Derecho público, y de Davis, el abogado consultor de la policía metropolitana de Londres. Dice Batbié: "La Policía, o sea el conjunto de disposiciones que tienen por objeto asegurar la ejecución de las leyes y la conservación del orden en el Estado se divide en tres clases: Policía General, Policía Local y Policía Especial. La primera se distingue tanto por su objeto como por la extensión del territorio que abarca. La segunda, limitadísima en su territorio, es variada en su objeto, y se dice variada solamente, porque no comprende todo el ramo, y porque respecto de ciertas materias está subordinada a la policía general".

“La policía general, agrega, y la policía local, suelen comprender materias comunes, en las cuales no es fácil establecer, en este terreno común, los límites de su respectiva competencia. Un desorden local puede en ocasiones tomar una extensión y una intensidad tales que alcance los caracteres de revuelta o revolución. La policía general en estos casos domina y absorbe la policía local” (1).

Dice Davis: "Aunque es perfectamente correcto llamar en general *asuntos de policía*, las materias de que tratan las leyes y *demás providencias* de la autoridad relativas al buen orden y tranquilidad del Estado, y aunque estos fines constituyen el rasgo característico del sistema legal de Policía, tan-

(1) Aunque el concepto de estos autores y aún el de la Corte en ese entonces, se resienten del defecto de suponer que son perturbaciones del orden público únicamente las de extrema gravedad como las rebeliones, la doctrina que contienen sobre la división de las policías es exacta.

to en la Gran Bretaña como en los países extranjeros, y ya se refiera ésta a toda la Nación, o solamente a las capitales, ciudades y municipios, sin embargo la organización y manejo de las entidades y fuerzas de la policía constituyen objetos diferentes”.

“Aparte de la represión del crimen, en su acción general, es claro que debe existir, a lo menos en las ciudades populosas, un poder especial que prevenga y castigue el ruido y el desorden, reglamente la locomoción y el tránsito, reprima la indecencia en los actos y palabras y prevenga y castigue un sinnúmero de incomodidades y daños que sólo pueden refrenarse si se toma conocimiento de ellos al instante. A esto debe agregarse un gran número de pequeñas reyertas, cuyo arreglo inmediato tiende materialmente a conservar la tranquilidad pública. Sobre todos estos asuntos se requiere en beneficio general la pronta y breve supervigilancia e intervención de la policía, cuyo ejercicio legítimo y prudente ningún peligro reporta contra la libertad” (1).

La Corte concluye su razonamiento así: “Estos son los lineamientos específicos que distinguen la policía local de la policía general. Y es la primera y no esta última la que corresponde dirigir y fomentar a las Asambleas, según el ordinal 2º del Artículo 54 del Acto Legislativo citado”.

Como ya explicamos, en Colombia se llama policía nacional la que en Francia e Inglaterra se denomina policía general, pero los conceptos son idénticos.

(1) Este concepto de Davis fué posiblemente emitido antes de 1923, fecha en la cual se retiró de la policía de Londres. Esto explica quizás, la confusión que deja entrever, entre las facultades de policía, como un poder del Estado, y los servicios materiales de policía.

Si el Presidente de la República disfrutara de las mismas atribuciones legales con que cuentan las Asambleas Departamentales, sería más fácil unificar la legislación de policía, aunque en ningún caso podría el Presidente reglamentar todas las materias de que tratan los Códigos seccionales, simplemente porque las Asambleas al expedirlos, han rebasado los límites de su competencia legal.

La solución, sin embargo, sería la expedición de una Ley nacional de policía que reglamentara todas las cuestiones que interesan al orden público nacional y fijara con precisión los límites y competencias de cada una de las esferas de policía. Esto evitaría no solamente el caos y anacronismo de los reglamentos de policía que hoy imperan en el país, sino también el caso muy frecuente de exceso de orden en que incurren las Asambleas cuando reglamentan libertades que no pueden ser limitadas sino por la ley. Estos excesos han sido tradicionalmente tolerados, más por ignorancia que por mala fe.

Roberto Pineda Castillo dice: (1) "Generalmente las policías Departamentales y Municipales no se informan en ningún criterio técnico en cuanto a su organización y funcionamiento. Las personas que concurren a las Asambleas Departamentales, al dictar los reglamentos de policía local, no se asesoran de técnicos o entendidos en la materia. De ahí han resultado todas esas disposiciones anacrónicas e inconsultas contenidas en los Códigos de Policía".

Los motivos de policía de carácter local pueden convertirse en un momento dado en motivos de carácter nacional, y caen entonces en la esfera de la policía nacional. Tal ocurrió, por ejemplo, con lo relativo al tránsito en algunos de sus aspectos.

(1) Conferencias de Derecho de Policía. Escuela General Santander, 1941, página 11.

Cuando las vías de comunicación eran poco numerosas y escasamente transitadas, la policía de circulación permaneció en la esfera local. A través de los años, se aumentaron y ampliaron las vías y el tránsito por ellas alcanzó gran incremento e importancia. En esta forma algunos de los problemas del tránsito por las vías públicas, particularmente las de conexión interdepartamental, adquirieron un interés nacional y resultaron así, estrechos e inconvenientes los reglamentos de policía local, bien general o especial. El motivo era de tal importancia que requería la intervención de medios nacionales. Como no existía ni existe ley que lo prohíba, el Presidente de la República hubiera podido expedir reglamentos de policía nacional relativos al tránsito. Desgraciadamente no se hizo así. El Congreso tampoco intervino, y se recurrió a una enmienda constitucional improcedente y anticientífica.

Mientras la ley no haya definido los límites de las policías, nacional y local, la sola decisión del Presidente, es suficiente para desplazar un motivo de la esfera local hacia la nacional. Claro que el acto del Presidente no puede ser arbitrario, debe obedecer a la existencia cierta del motivo, pues de lo contrario incurriría en exceso de poder por emplear medios de policía desproporcionados al motivo y al fin.

Policía Local.

Vimos que el régimen de policía local se desenvuelve en dos esferas diferentes: la policía general que rige en todo el Departamento, y la policía especial que rige solamente dentro de los límites de cada municipio. Estudiémoslas separadamente.

a) *Policía General.* La Constitución, como varias veces lo hemos dicho, confiere a las Asambleas

el poder de policía para ser ejercido en la esfera local. En desarrollo de esa atribución consitucional todas las Asambleas han procedido a dictar Códigos de Policía en los cuales se han establecido numerosas limitaciones al ejercicio de las libertades individuales y se han consagrado las sanciones que los Jefes de Policía pueden imponer a los contraventores de tales regulaciones (1).

¿Cuáles son los límites dentro de los cuales pueden las Asambleas dictar sus reglamentos de policía? Ante todo las limitaciones que se derivan de los textos constitucionales. Es obvio que si al Presidente de la República le está vedada la expedición de reglamentos relativos a las libertades reservadas a la ley, la misma limitación se impone a las Asambleas. Es el principio de la *reserva de la ley* que tiene igual valor en frente de los reglamentos de los órganos nacionales y de los departamentales. La segunda limitación está contenida en las leyes. La tercera en los reglamentos de policía nacional expedidos por el Presidente de la República.

Las Asambleas, por las razones ya analizadas, han reglamentado materias que deberían ser objeto de medios de carácter nacional. Normalmente, las Asambleas no deberían intervenir sino por motivos estrictamente locales. La misma ley ha incurrido en aparentes contradicciones que han dado lugar a suponer que las atribuciones de policía local son mayores que las de policía nacional. Por ejemplo, el Artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal dice: "Son funciones de las Asambleas: 8º Reglamentar la policía local, en todos sus ramos, respetando las disposiciones legales". La ley no dice expresamente que deben ser res-

(1) Cuántos defectos contienen esos Códigos, es cosa que ya hemos estudiado.

petados los decretos de policía del Presidente, y de ahí muchos han concluido que las Asambleas pueden intervenir con independencia de aquellos. Es una interpretación simplista; el artículo tampoco dice que deben respetar la Constitución, y sin embargo, es obvio que deben respetarla. Puede predicarse lo mismo de los decretos de policía nacional (1).

Con todo, y a pesar de esas naturales limitaciones, las Asambleas cuentan con algunas atribuciones de que carece el Presidente. El artículo 5º de la Ley 71 de 1916 dice: "Las Asambleas Departamentales podrán imponer a los que infrinjan sus ordenanzas penas de multas que no exceden de quinientos pesos, y de arresto, prisión y trabajo en obras públicas, hasta por un año. En caso de violación grave de las ordenanzas de policía, la pena puede ser hasta de un año de reclusión, y de confinamiento en determinados territorios por igual tiempo".

El régimen de las penas está reservado a la ley, pero ésta puede autorizar a otras autoridades para que las consagren como garantía para el cumplimiento de sus preceptos. La ley ha conferido a las Asambleas una atribución más amplia que al Presidente, pero, si se comparan los textos legales, la regla 6ª del Artículo 68 con la regla 8ª del Artículo 97, de la Ley 4ª de 1913, se puede concluir que ciertamente las Asambleas pueden respaldar la eficacia de sus ordenanzas con medios más amplios que los del Presidente, pero que, sin embargo, la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, se-

(1) Esta discusión ha quedado cancelada por el Artículo 63 de la Ley 167 de 1941: "Las Ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales serán acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo".

gún la cual, la facultad deferida al Presidente no es de policía, no tiene sentido.

Por otra parte, las numerosas penas consignadas en los Códigos de Policía que estudiamos en el capítulo correspondiente, no tienen respaldo en la ley. Es evidente que son penas de policía admitidas universalmente, pero aparte de su aceptación general, originada en la costumbre y en ocasiones en viejas leyes ya derogadas, no tienen hoy día, base legal alguna. Puede afirmarse que, a pesar de su vigencia tolerada, buena parte de las normas de los Códigos de Policía se hallan hoy tácitamente derogadas por numerosas leyes, y otras que no han sido derogadas, son inconstitucionales desde su origen.

Los Gobernadores disfrutaban en la esfera local, de facultades similares a las del Presidente de la República en la esfera nacional; lo explicado ya del poder de policía de éste, debe entenderse respecto de aquellos, con las limitaciones que vamos a analizar en seguida.

Ante todo, el poder de policía de los Gobernadores no es de origen constitucional sino de origen legal. Sus actos están por tanto supeditados por las leyes, decretos nacionales y ordenanzas de la Asamblea. Pero su facultad no es simplemente reglamentaria de las ordenanzas, también puede dictar reglamentos de los llamados autónomos aunque como es claro, dentro de un radio de acción infinitamente más reducido. El artículo 127 del Código de régimen político y municipal dice: "Son atribuciones de los Gobernadores las siguientes: 3ª. Mantener el orden en el Departamento y coadyuvar a su mantenimiento en el resto de la república". Es un deber similar al que la Constitución le impone al Presidente. El inciso 15 del mismo artículo, repite: "Estatuír lo relativo a la policía local, de acuerdo con las leyes, ordenanzas o acuerdos departamentales vigentes". La insistencia de la ley en

ignorar los preceptos de policía del Presidente parece ser consecuencia de que el legislador no leyó el inciso 7º del Artículo 115 de la Carta, lo que no implica que por esa ligera omisión los actos del Presidente hayan perdido su categoría o su eficacia.

El Gobernador no puede establecer ninguna clase de penas en sus reglamentos; la ley dijo que el Presidente puede establecer penas de multa o de arresto, no solamente a los que le falten al respeto, sino también a los que *desobedezcan las providencias del Gobierno*; (1) de los Gobernadores tan sólo dijo que pueden imponer multas hasta de doscientos pesos a los que les falten al respeto (2).

En consecuencia los reglamentos de policía, de la clase de los autónomos, que pueden dictar los Gobernadores tienen límites notablemente estrechos, hasta el punto de que, en la práctica, no pueden manifestarse con plenitud sino en los casos que motivan la expedición de reglamentos de vigencia transitoria.

En la esfera de policía local, se distinguen dos clases de jefes de policía: los ordinarios y los especiales. Los primeros son los funcionarios de carácter político que por ley, tienen facultad de emplear medios jurídicos por vía general sin que sus actos deban ser sometidos a aprobación ulterior; los segundos sólo pueden emplear medios de policía por vía individual. Son Jefes ordinarios los Gobernadores, los Alcaldes y los Prefectos donde los hay; son Jefes especiales los Inspectores, los Corregidores y los Comisarios donde los hay.

b) *Policía Especial*. Los Códigos Departamentales de policía han confiado a los Consejos Municipales

(1) A pesar de lo afirmado por la Corte en la jurisprudencia que transcribimos atrás.

(2) Inciso 18 del artículo 127 del C. de R. P. y M.

pales la reglamentación de la policía especial. Han procedido así en desarrollo de lo preceptuado por el Código de Régimen Político y Municipal: "Artículo 169. Son atribuciones de los Concejos:..... 5ª Arreglar la policía en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del Gobierno, del Gobernador o del Prefecto respectivo". A los Consejos Municipales les compete emplear medios de policía para los motivos especiales de policía, es decir, para aquellos de estricto sabor municipal. La reglamentación de espectáculos públicos, de tránsito urbano y de embellecimiento y ornato de las poblaciones, son los más frecuentes de la policía especial.

En la esfera de policía especial ocurre como en la general y nacional; como la ley no ha determinado sus límites, los Concejos podrán dictar reglamentos acerca de aquellas cosas que no estando reservadas a la ley, no hayan sido objeto de intervención ni de la policía nacional ni de la general.

Los Concejos pueden garantizar la eficacia de sus reglamentos con penas de multa hasta cincuenta pesos y arresto hasta diez días, según lo dispone la regla 6ª del citado artículo 169 del C. de R. P. y M.

Los actos de policía de los Alcaldes también contribuyen a integrar el régimen de policía especial; sin embargo su naturaleza es diferente y su alcance más restringido, aún en la esfera municipal, que los de los Gobernadores en su propia esfera. El Alcalde no tiene ninguna autonomía en el ejercicio del poder de policía; su actividad está limitada al ejercicio de la potestad reglamentaria al menos para los reglamentos de carácter permanente; no puede intervenir por propia iniciativa en materias de policía respecto de las cuales no se haya producido el Concejo por medio de reglamentos

(llamados Acuerdos) o por medio de autorizaciones expresas al Alcalde para que éste lo haga.

El Alcalde, por disposición legal, artículo 183 del C. de R. P. y M., es Jefe Superior de Policía dentro del territorio de su jurisdicción política, pero esta calidad, por sí sola, no lo autoriza para expedir reglamentos de los llamados autónomos. Los pocos Códigos que contemplan el problema, como el de Boyacá, confirman esta limitación, indicando concretamente que los Alcaldes sólo pueden reglamentar los Acuerdos de los Concejos (1), (2).

(1) Código de Policía de Boyacá. Artículo 7º "La policía especial, cuyas bases establecen la ley y las ordenanzas, se organiza por los acuerdos de los Concejos Municipales y por los **decretos reglamentarios** que dicten los Alcaldes para su mejor ejecución.

(2) Se ha discutido mucho acerca de si los Gobernadores y Alcaldes tienen potestad reglamentaria respecto de las Ordenanzas y de los Acuerdos. La dilucidación "in extenso" de este punto nos apartaría por completo de la materia propia de este trabajo aunque su importancia nos obliga a hacer una breve referencia.

Los más modernos tratadistas de Derecho Administrativo conceptúan que la potestad reglamentaria está implícita y necesariamente contenida en el poder ejecutivo y que aunque la Constitución o la ley no la reconozca expresamente, ella está fuera de duda. Esta doctrina constituye la base de la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, según la cual se ha reconocido al Presidente de aquél país la potestad de dictar reglamentos a pesar de que dicha atribución no se encuentra expresa en la Constitución.

Las mismas razones que se han considerado válidas para defender la potestad reglamentaria del Presidente, pueden aducirse para la de los Gobernadores y Alcaldes respecto de Ordenanzas y Acuerdos. Pero hay más, la ley lo prevé: el inciso 15 del Artículo 127 del C. de R. P. y M. que ya transcribimos dice que corresponde al Gobernador **Estatuir** lo relativo a la policía local, de acuerdo con las

En resumen, pues, los actos de policía de carácter permanente que dicten los Alcaldes están limitados a simples decretos de ejecución.

Esta restricción de las facultades policíacas de los Alcaldes, no se justifica completamente. Su posición y responsabilidad como Jefes de la Administración municipal es equivalente a la de los Gobernadores en el orden departamental, y, aunque la ley no lo diga, es evidente que sobre los Alcaldes pesa

leyes, ordenanzas o acuerdos departamentales vigentes. El inciso 3º del mismo Artículo que le ordena mantener el orden en todo el Departamento, lo que implica la facultad de dictar reglamentos con ese fin. El artículo 30 del mismo Código dice más claramente: "Expedir reglamentos y dictar órdenes para la buena marcha de las oficinas administrativas". Una ley bien reciente en cuya elaboración intervinieron muchos de nuestros más calificados juristas y que fué precedida de grave meditación de parte del Consejo de Estado, la número 167 de 1941, dice en el inciso 3º del Artículo 63: "Por las mismas causas y también por violación de los **decretos y reglamentos** de los Gobernadores serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental". ¿Por qué dice "de carácter particular"? Simplemente porque el único funcionario que en el Departamento puede dictar normas de **carácter general y abstracto** es el Gobernador; y las normas de carácter general y abstracto emanadas de las autoridades administrativas se llaman reglamentos.

Por lo que hace a los Alcaldes, dice el inciso 3º del Artículo 239 del C. de R. P. y M.: "A los empleados municipales se les pueden imponer deberes por las leyes, ordenanzas, acuerdos y los **reglamentos del Alcalde** respectivo". El inciso 3º del Artículo 240 dice: "En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los **reglamentos del Alcalde** y las órdenes superiores". El inciso 2º del mismo artículo refiriéndose a los Gobernadores dice: "El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos departa-

el deber de conservar el orden público en su territorio. A este respecto se impone también una reforma legislativa.

Colaboran con el Alcalde, en su calidad de Jefes subalternos o especiales, los Corregidores y los Inspectores. En algunos Departamentos los llamados Comisarios. Estos empleados no pueden emplear sino medios jurídicos por vía individual, pues aunque los Corregidores pueden dictar reglamentos

mentales será el siguiente: las leyes, las ordenanzas, **los reglamentos del Gobernador** y las órdenes de los superiores". Podríamos citar algunas otras disposiciones del mismo tenor que se hallan en los Códigos del Régimen Político y Contencioso-Administrativo, pero las que se dejan transcritas son suficientes.

El Consejo de Estado durante mucho tiempo sostuvo que los Gobernadores y Alcaldes carecían de potestad reglamentaria, doctrina que ya ha comenzado a rectificar suavemente. En sentencia de 27 de septiembre de 1938 repite lo que ya había dicho el 5 de junio de 1935: "El demandante omite expresar que esta Corporación en sentencia de 5 de junio de 1935 **admitió que los Gobernadores sí podían expedir reglamentos**, siempre que se les facultara para ello por la ley o la ordenanza de manera especial y expresa". Más adelante dice: "Los Alcaldes Municipales, en uso de la atribución legal que tienen de cumplir y hacer cumplir los acuerdos **pueden expedir decretos reglamentarios de su ejecución**, que es cosa distinta del decreto reglamentario del acuerdo mismo". Acepta así el Consejo de Estado que la potestad reglamentaria está implícitamente contenida en la función ejecutiva. Por desgracia, formula una distinción entre decretos reglamentarios de la ejecución de los acuerdos y decretos reglamentarios de los acuerdos mismos, que le resta claridad a la doctrina porque carece de fundamento científico y que es, como dice el profesor Carlos H. Pareja en su obra ya citada, pág. 207, una logomaquia.

Finalmente, debemos observar que la doctrina de los autores reconoce esta potestad reglamentaria. Entre otros

de carácter general, su vigencia está condicionada a la aprobación del Alcalde que es la que le da fuerza obligatoria.

Desempeñan también ciertas limitadas funciones de policía especial y como superiores de los Alcaldes, los Prefectos de las Provincias, pero la escasa importancia de estas entidades y la circunstancia de que han sido suprimidas en casi todos los Departamentos, nos exime de hacer algo más que mencionarlas.

vale citar al doctor Pareja que lo afirma inequívocamente en su Derecho Administrativo, pgs. 206 y siguientes; Hauriou, citado por el mismo Pareja, en la página 451 de su *Droit Administratif et Droit Public*; Rolland en su *Droit Administratif*, págs. 190 y siguientes. Este autor termina textualmente así: "El Alcalde toma para cumplir su misión ciertas decisiones que se llaman decretos y que son bien individuales **bien reglamentarios**". El doctor Néstor Vergara Támara que en general acompaña al doctor Jorge Soto del Corral en sostener la tesis opuesta, o sea que los Gobernadores y Alcaldes carecen de potestad reglamentaria, hace sin embargo la siguiente salvedad: "En esta materia de policía **sí tiene el Alcalde poder reglamentario**". (Potestad Reglamentaria y Facultades Extraordinarias del Gobierno, pág. 69).

Duguit en su *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo II pág. 183 dice: "Es necesario anotar que en todos los países modernos y particularmente en Francia, muchas autoridades del orden administrativo tienen un poder reglamentario extraordinariamente extendido. Los Prefectos y los Alcaldes formulan reglamentos de policía que constituyen una verdadera legislación en el orden departamental y el municipal".

Abrigamos la esperanza, más aún la convicción, de que nuestra tesis que es la de casi todos los modernos autores de derecho público, no perecerá en Colombia, que resistirá, por su solidez científica, los duros embates de sus inteligentes contradictores y que el Consejo de Estado, como ya comenzó a hacerlo, acabará por aceptarla sin reticencias.

Otras funciones de los Jefes de Policía.

Solamente los Jefes Ordinarios pueden emplear medios por vía general, permanentes o transitorios, con las limitaciones y condiciones que hemos dejado expuestas. Los jefes especiales sólo pueden emplear medios por vía individual. Esta última clase de medios, sin embargo, no está reservada a los jefes especiales; los Ordinarios también disponen de tal facultad, y de hecho deben ejercerla en numerosas ocasiones, especialmente cuando conocen en segunda instancia, por apelación o consulta, de las Resoluciones dictadas por los subalternos. En el capítulo de los motivos ya dejamos estudiada detalladamente esta cuestión.

Además del empleo de los medios jurídicos también pueden usar de los materiales, aunque de ordinario esta función no la desempeñan directamente, sino por intermedio de los cuerpos armados de policía los cuales están colocados *a sus órdenes*, como ejecutores inmediatos y exclusivamente materiales de los medios adoptados por los jefes.

Formas que asumen las manifestaciones del Poder de Policía.

Estudiado ya el complejo mecanismo de poderes y atribuciones de policía de las autoridades administrativas, debemos analizar ahora las formas más corrientes que asumen las manifestaciones jurídicas de esos poderes.

El primer plano está ocupado por los reglamentos de carácter general; sus características, su forma y su objeto ya quedaron expuestos en anteriores capítulos.

La segunda forma está representada por las *Resoluciones*. Estas, de ordinario son medios jurídicos por vía individual; se producen para dar aplicación a un caso concreto de la norma superior contenida en el reglamento. Cuando un Alcalde impone una multa a un contraventor, no dicta un decreto sino una resolución. En materias de policía, puede afirmarse que casi no tiene excepciones este sistema; las normas de carácter general se manifiestan por decretos, y las de carácter individual y concreto por medio de resoluciones. Este es más bien el resultado de una costumbre que el de un principio o de una disposición legal. Frecuentemente, en el orden administrativo es esa la regla dominante, aunque la ley admite que las reglamentaciones asuman la forma de resoluciones. En efecto, el artículo 3º del Código de R. P. y M. dice:

“Son Agentes del Poder Ejecutivo, y cooperan al ejercicio de dicho Poder: el Gobernador en cada Departamento, el Prefecto en cada Provincia, y el Alcalde y sus subalternos, en cada Municipio. Los actos de los empleados, de carácter general, se denominan comunmente decretos; los de carácter especial, resoluciones, bien que en ocasiones son objeto de los primeros, asuntos de carácter especial, y recíprocamente, son de los segundos, otros de carácter general”.

En todo caso en el campo del derecho de policía, que es una rama especializada del derecho administrativo, los actos por vía general se manifiestan en forma de decretos, y los de vía individual en forma de resoluciones. Estas últimas pue-

den dictarlas tanto los jefes ordinarios como los especiales (1).

La tercera de las formas que asume el poder de policía, es conocida con el nombre de órdenes, las cuales son siempre de carácter individual.

La orden debe tener su fuente o en una reglamentación general o en una resolución. Es casi una forma de notificación de los mandatos superiores de la autoridad. Si una actividad cualquiera es prohibida por razones de orden público, la explotación de canteras en las vecindades de la ciudad, por ejemplo, la publicación del reglamento constituye suficiente notificación para que los explotadores suspendan la actividad prohibida. Pero si después de publicada la prohibición insistiere algún recalcitrante en ejecutar lo prohibido, ordinariamente, antes de proceder por la fuerza física, media una orden concreta, conminando al renuente. Si un reglamento municipal prohíbe el estacionamiento de peatones en las vías públicas, el agente armado encargado de vigilar por el cumplimiento de tal reglamento, antes de proceder por la fuerza, ordena a los contraventores que circulen.

Las órdenes pueden ser verbales o escritas, según la importancia y la urgencia que revista la satisfacción de la norma que se pretende hacer cumplir. Las que tienen su causa en una resolución de carácter concreto, como la que va dirigida a obtener la evacuación de un inmueble ilícitamente

(1) José Joaquín Castro Martínez, en su Tratado de Derecho Administrativo dice: "Dentro de un orden jurídico lógico la resolución sobreviene cuando, reglamentada la materia general, es necesario particularizar la reglamentación en cuanto a una actividad, aspecto o sector de la administración pública. Por eso se dice que entre los vicios de que puede adolecer una resolución está el de violación de las disposiciones contenidas en los decretos válidos". Pág. 261.

te ocupado, es casi siempre escrita. Las que expiden los agentes de los cuerpos armados en su diaria vigilancia para prevenir la comisión de contravenciones, son siempre verbales.

Los particulares están obligados a cumplir las órdenes expedidas por la policía, en el mismo grado en que les obligan los reglamentos, precisamente porque la orden es una consecuencia de aquéllos.

Asímismo, las autoridades de policía no pueden dictar órdenes sin una causa legal o reglamentaria, expresa. Un agente de policía no puede ordenar el retiro de una persona estacionada en una calle si no existe un reglamento anterior que así lo haya dispuesto. Se concluye por ésto, que los particulares no están obligados al cumplimiento de órdenes ilegítimamente expedidas y que los funcionarios de policía que expidan órdenes sin fuente legal suficiente, incurren en desviación o en abuso de poder. Si de tal abuso se sigue un daño, habrá lugar a indemnización, tal como se estudiará posteriormente.

Los Jefes de Policía tienen también la facultad de dar órdenes, no ya a los particulares, sino a sus subalternos para que éstos las comuniquen a los particulares. Este tipo de órdenes de carácter interno, se estudiará en próximo capítulo.

Por oposición a la orden, encontramos una cuarta forma de los actos de policía que es el *permiso*, el cual surge como consecuencia de una prohibición. En los reglamentos generales pueden consignarse obligaciones positivas o restricciones que implican el deber de abstenerse. La orden dimana de una obligación positiva contenida en el reglamento, como cuando una autoridad ordena a un enfermo someterse a tratamiento médico; el permiso, por el contrario, es una excepción a la prohibición.

Los reglamentos, por razones de seguridad, tranquilidad o salubridad, pueden prohibir una actividad cualquiera, como portar armas de fuego, pero estableciendo allí mismo los casos de excepción que pueden justificar el que una persona no quede cobijada por la prohibición. Para autorizar las excepciones, se expiden los permisos.

La distinción de estas especies tiene gran importancia práctica, porque permite averiguar cuando es lícito a la autoridad dar una orden. Si el reglamento no establece una obligación positiva sino una prohibición, no cabrá la posibilidad legal de la orden, sino la del permiso. Si donde hay una prohibición la autoridad da una orden, incurre en un exceso de poder.

El otorgamiento de permisos implica el ejercicio de una facultad discrecional, pero no arbitraria, porque el reglamento debe contener claramente expresadas todas las causas que puedan justificar el permiso y las condiciones a que se sujete su vigencia (1). Sin embargo, la autoridad siempre dispondrá de una facultad de apreciación subjetiva especialmente cuando el permiso dependa de condiciones personales del aspirante, v. gr., en el caso de porte de armas de fuego, para cuyo permiso debe estimarse la temibilidad del sujeto, además de otras condiciones que justifiquen la excepción, como la amenaza de una agresión o el ejercicio de ciertos empleos o profesiones peligrosos.

A veces el permiso deriva no de una prohibición absoluta sino de una restricción para el ejercicio de ciertas actividades que no se consideran en sí

(1) Bielsa dice que en materia de permisos, "la mejor garantía contra la arbitrariedad y los abusos de la autoridad policial está en el sentido ético, la educación jurídica, el espíritu de justicia y equidad de los funcionarios que la ejercen".

mismas peligrosas pero que pueden suponer un peligro si no se ajustan a determinadas condiciones relativas principalmente a la idoneidad de los ejecutantes o a la de los medios de ejecución. La conducción de automóviles o la construcción de edificios sobre la vía pública son actividades cuyo ejercicio no puede representar la excepción; entonces la autoridad lo que hace no es autorizar una excepción a la prohibición, sino constatar las condiciones de idoneidad del conductor o del constructor y los materiales y requisitos técnicos y estéticos de la obra. Cuando el aspirante demuestra que los requisitos previstos en el reglamento han sido cumplidos, la autoridad expide el permiso.

Cuando el permiso es un certificado o verificación, la potestad discrecional para otorgarlo es inmensamente menor. Cuando el arquitecto ha cumplido los requisitos prescritos en los reglamentos como necesarios para obtener la autorización para construir, adquiere el derecho al permiso, y la autoridad no puede negarlo sin incurrir en abuso. Por esto es de suma importancia que cuando se trata de una restricción, y no de una prohibición, el reglamento exprese muy claramente las condiciones técnicas que causan el derecho al permiso, a fin de evitar hasta donde sea posible la oportunidad de incurrir en arbitrariedad.

Ya se trate de los permisos que significan excepción a una prohibición o de los que implican la verificación de una calidad, deben contener claramente las condiciones que pueden originar el retiro o cancelación, llamado también inhabilitación.

Si el permiso se ha otorgado en atención a circunstancias personales del solicitante, debe ser revocado cuando muere su titular o se dedica a otra actividad, pero, si su otorgamiento dependió de circunstancias o condiciones propias de la cosa a que

se refiere, debe subsistir el permiso aunque la actividad que protege pase a otras manos.

El sistema de prevención por medio de los permisos fue considerado durante mucho tiempo como peligroso y excepcional dentro del ejercicio de las libertades, y aún llegó a estimarse como arbitrario. Afortunadamente hoy se halla muy extendido y es estimado, con justa razón, como el mejor y el más eficaz de los medios de policía. Además, el progreso en los sistemas de control jurisdiccional de los actos administrativos, permite en muchos países, poner cortapisa a la arbitrariedad de la autoridad (1).

LOS MEDIOS MATERIALES

El poder de policía no es solamente la facultad de expedir reglamentos para limitar y orientar el ejercicio de los derechos de la personalidad humana, porque, por imperativas que se supongan las disposiciones policíacas, no son ellas suficientes para conseguir el sometimiento espontáneo de los gobernados. Aparece entonces necesario vincular a los medios jurídicos otra clase de medios, que complementen la eficacia de los primeros y que ostenten la fuerza suficiente para someter físicamente a los desobedientes.

No todos los hombres se hallan siempre dispuestos a acomodar su conducta a las reglas de la

(1) El artículo 73 del Código Contencioso-Administrativo dice que no son acusables las resoluciones que se dictan en los juicios de policía de naturaleza civil o penal. Se refiere claramente a los juicios que deciden sobre la responsabilidad de contraventores, pero esta prohibición no cubre la negativa de una autoridad a otorgar un permiso cuando el solicitante cumplió con todos los requisitos reglamentarios.

disciplina social, y el Estado debe entonces valerse de medios directos de coerción sin cuyo empleo resultaría irrisorio el poder preventivo. El empleo de estos medios materiales es llamado por muchos *el ius agendi*. Consiste en el derecho de oponerse por la fuerza a toda actividad individual o colectiva que implique un atentado contra la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas.

El empleo de los medios materiales, de suyo tan peligroso para el ejercicio de la libertad, no es, sin embargo, anárquico. Está limitado por las reglas relativas al empleo de las armas y por la responsabilidad de los funcionarios de policía, tanto de los que ordenan el empleo de la fuerza como de los que cumplen las órdenes o de los que obran por propia iniciativa.

Como por regla general, la fuerza organizada sólo puede emplearse como oposición a la agresión injusta, resulta imperativa norma, que el empleo de las armas tiene un carácter eminentemente defensivo y, como toda defensa legítima, debe estar proporcionado a la agresión que lo motiva. Se cumple aquí también, la norma superior de policía: los medios no pueden emplearse sino por un motivo de policía, para satisfacer un fin de policía y en equilibrada proporción, valiéndose siempre de los más benévolos.

Importa, positivamente, insistir acerca del carácter esencialmente defensivo que preside el uso de la fuerza pública. Su justificación es la misma de la defensa individual; ante una agresión inminente y grave, que no puede repelerse en otra forma, el individuo, cuando no dispone de otros medios debe defenderse con su propia fuerza. De idéntica manera cuando el orden de la comunidad es agredido, el Estado, por medio de su fuerza pública, debe defender los bienes sociales amenazados. Esta norma debe entenderse con la misma va-

lidez, tanto en el empleo colectivo de la fuerza, como en su uso individual, es decir, el que haga cada agente de policía, aisladamente, por su propia iniciativa.

Cualquier empleo que se haga de la fuerza, ya sea la fuerza física propiamente dicha (la fuerza muscular) o las armas excediéndose de los límites estrictos que señale la necesidad de la defensa, será arbitraria y originará siempre una responsabilidad penal.

Nunca se insistirá lo suficiente sobre este aspecto de la policía. Jamás es lícito el empleo de la fuerza sino por causa de defensa; defensa del orden público en cualquiera de sus manifestaciones policíacas: tranquilidad pública, seguridad pública, salubridad pública.

El criterio de defensa no quiere decir en manera alguna que la policía revele debilidad en sus intervenciones materiales, pero sí significa que debe emplearla solamente hasta el límite necesario de la defensa del orden público y de su propia defensa.

El artículo 181 del reglamento de servicio de la Policía Nacional consagra el principio de defensa en el empleo de las armas, en los siguientes términos:

“Los agentes de policía no pueden hacer uso de sus armas sino en el último extremo, es decir, cuando se hayan ejercido actos de violencia contra ellos, o no tengan otra manera de *defender* la seguridad de las personas o las cosas que están bajo su *custodia*”.

Las reglas relativas al empleo de la fuerza varían según se trate de situaciones individuales o de situaciones colectivas, por esa razón debemos examinarlas separadamente.

Empleo de la fuerza en situaciones individuales

Los agentes de policía, que sólo disponen de medios materiales, deben ajustar el empleo de éstos a la misma regla general: proporcionalidad entre el motivo y el fin. Y como esos medios son principalmente la fuerza física y las armas deben escoger siempre aquél que siendo suficiente, sea el más benévolo, es decir, el que ocasione menos daño.

El empleo de armas de fuego, cortantes, punzantes o contundentes, solamente se justifica cuando aquellas personas contra quienes van dirigidas emplean: medios similares para agredir a la policía y solamente en cuanto ésta no pueda repeler la agresión por medios menos graves (1). El empleo de las armas tiene fines exclusivamente defensivos.

Si un agente de policía es agredido sin valerse de arma alguna, solamente debe emplear la fuerza física, salvo que la superioridad de su contrincante sea notoria, caso en el cual debe apelar a las armas preferentemente al bastón de mando o a la cachiporra. El uso de armas de fuego contra quienes no las están empleando, se justifica únicamente cuando el agente se encuentra solo y los agresores son numerosos. El agente o el oficial de policía no pueden permitir jamás que se les desarme.

De las normas consignadas en los reglamentos de servicio de las policías de los países ame-

(1) Véase: Carlos Lozano y Lozano. Circular dirigida a los Oficiales de la Policía Nacional el 17 de febrero de 1937. Transcrita por Carlos H. Pareja, obra citada, pág. 297.

ricanos y europeos, pueden concluirse las siguientes reglas, sobre uso de las armas, especialmente de las de fuego: (1).

1º Deben emplearse siempre como medio de defensa;

2º Pueden emplearse para desarmar a personas que también las están empleando o intentan emplearlas;

3º Pueden emplearse para capturar a personas que las están empleando o intentan emplearlas;

4º Cuando una o varias personas, aunque estén desarmadas, intenten arrebatarse las armas al agente de policía;

5º Cuando un preso, detenido, o capturado emprende la fuga y no sea posible darle alcance;

6º Cuando un delincuente sorprendido *in flagranti* (en flagrante), emprende la fuga y no sea posible darle alcance.

Deben no emplearse las armas:

1º En presencia de un superior mientras éste no lo ordene así;

2º Cuando al disparar pueda existir el riesgo de herir a persona distinta de aquella contra quien van dirigidas las armas, como en las vías de mucha concurrencia;

3º En las reuniones públicas, aunque degeneren en tumulto, mientras la autoridad civil no dé

(1) Véase: Police Academy. New York, Rules and Regulations. Carabineros de Chile. Reglamento de servicio.

Departamento de Policía. Buenos Aires. Reglamento de policía de la provincia de Buenos Aires.

Paul Caulet. Guide de l'agent de l'autorité. Chile. Código de Justicia Militar. Misión Chilena en Colombia Conferencias para oficiales.

la orden. Se exceptúan los casos de urgencia, cuando no hay tiempo de consultar a la autoridad civil (1).

Empleo de la fuerza en situaciones colectivas

De más graves consecuencias es el empleo de la fuerza provocado por motivos de policía de carácter colectivo. La resistencia colectiva al acatamiento de la disciplina social puede tener causas más respetables que la resistencia individual; además, su represión material (que siempre tiene un fin preventivo) importa, por las consecuencias que origine, una mayor responsabilidad.

El mantenimiento del orden público, le compete primordialmente a las autoridades civiles y, si bien es cierto que los cuerpos armados de policía o sea la gendarmería, son cuerpos civiles, solamente pueden emplear medios materiales. Ordenar estos medios materiales, es decir, dictar la orden, es emplear un medio jurídico. Normalmente y para situaciones individuales, se ha deferido a los gendarmes, oficiales y agentes, la facultad de asumir la iniciativa en el empleo de las armas, justamente porque éstas son un medio de defensa. Pero, cuando el motivo es de carácter colectivo, en principio, la orden de disparar está reservada a los jefes de policía.

El Jefe de Policía puede dar a los comandantes de la gendarmería una autorización general para ordenar el empleo de las armas de fuego cuando la necesidad lo exija, pero tal autorización no

(1) Las normas sobre empleo de las armas deberían estar consignadas en un reglamento. Su expedición es urgente.

puede nunca extenderse a más de una ocasión. Empero, no es ésta la regla general. En las reuniones públicas los cuerpos armados deben estar siempre asesorados para su actuación, en forma permanente, por un Jefe de Policía, y así, solamente este funcionario podrá dar la orden de fuego. Barthelemy dice: "Es necesario recalcar que, para justificar el empleo de las armas contra los grupos, la presencia de un Magistrado Civil, aunque sea de la más modesta categoría, es indispensable cerca del jefe militar, aún el de la más alta categoría. Un mariscal de Francia no puede hacer las intimaciones; un comisario de policía sí puede hacerlas" (1).

Algunos de nuestros Códigos de Policía señalan expresa y claramente, que para disolver por la fuerza las reuniones públicas ilegales debe preceder una orden escrita de la primera autoridad política del lugar, y los comandantes de policía, antes de dar la orden de fuego, deben invitar a los revoltosos a retirarse pacíficamente, si no fueren obedecidos, deben ordenar toques de corneta o redobles de tambor hasta por tres veces, antes de disparar.

En todos estos casos, los oficiales y agentes subalternos carecen de facultad para disparar por propia iniciativa; siempre deben esperar la orden del superior (2).

Colaboración del ejército

Cuando las perturbaciones del orden público son de extrema gravedad, la Constitución facul-

(1) Obra citada, pág. 306.

(2) Se exceptúan los casos de urgencia, cuando no haya tiempo de consultar a la autoridad política o cuando su representante no se encuentre presente.

ta a los Gobernadores para requerir el auxilio del Ejército. El artículo 193 dice:

“El Gobernador podrá requerir el auxilio de la fuerza armada, y el Jefe Militar obedecerá sus instrucciones salvo las disposiciones especiales que dicte el Gobierno”.

Este artículo se refiere al Ejército. Su auxilio no puede ser requerido por los Alcaldes, únicamente por los Gobernadores. Cuando el Ejército interviene para reprimir materialmente perturbaciones internas del orden por mandato del Presidente de la República, que es su jefe nato, o por requerimiento de los Gobernadores, los Jefes Militares, para su actuación deben proceder de acuerdo con las instrucciones que les impartan las autoridades civiles. Con todo, es frecuente que los Jefes Militares reciban autorización general para proceder de acuerdo con su criterio.

La actuación del Ejército sólo es requerida cuando las fuerzas de policía armada no pueden por sí solas, someter a los rebeldes; entonces los dos cuerpos deben intervenir en íntima colaboración. Una vieja tradición tiene establecido que en tales casos, los cuerpos de policía quedan subordinados a los Jefes Militares, quienes asumen íntegramente la responsabilidad. Parece justificarse este sistema por la consideración de que los agentes de policía son entrenados para actuaciones individuales, principalmente, y en las actuaciones colectivas los militares tienen más competencia técnica para dirigir. El argumento en principio es válido, pero si se considera que el Ejército es entrenado únicamente para la guerra, y los cuerpos de policía para la paz, resulta más probable que los métodos civiles de la policía se conformen más adecuadamente que los militares, al mantenimien-

to del orden que es una actividad de fines preventivos (1).

La determinación de estos puntos tan delicados no debe dejarse por más tiempo a la costumbre, no siempre uniforme de los Jefes Militares. El Código Nacional de Contravenciones debe contener reglas claras al respecto, que definan una vez por todas estos conflictos de competencia técnica.

Excepcionalmente el Ejército desempeña funciones de vigilancia policiva individual. Este caso ocurre en Colombia, para la vigilancia de las elecciones. Sólo el Presidente de la República puede ordenar esta última clase de colaboración militar en el mantenimiento del orden público.

La actuación de los cuerpos de policía pueden ordenarla no solamente el Presidente y los Gobernadores, sino todos los Jefes de Policía, simplemente porque estos cuerpos, aunque armados, no son de carácter militar, sino esencialmente civil. Son los colaboradores inmediatos de todos los jefes de policía, y su preparación e intervención para el mantenimiento del orden público, son característicamente civiles. La intervención del Ejército, por motivos internos de perturbación, sólo puede ser ordenada por el Presidente de la República o requerida por los Gobernadores, porque son cuerpos militares cuyas funciones normales resultan extrañas al orden interno, en tanto que los cuerpos de policía, porque son cuerpos civiles, se encuentran permanentemente a órdenes de los jefes de policía de todas las categorías.

(1) Para mayor ilustración véase: Miguel Lleras: Conferencias de Policía Preventiva, 1940, Escuela General Santander. Miguel Lleras: Por una formación civil en la Policía. Revista de la Policía Nacional, octubre de 1942.

Otros medios materiales

Además de la fuerza física y de las armas, son también medios materiales de policía, las penas de policía: arresto, confinamiento, etc., pero el empleo de estos medios está siempre precedido inmediatamente de un medio jurídico. No ocurre otro tanto con la fuerza y las armas.

Las penas de policía fueron ya estudiadas en capítulos anteriores.

**Los medios materiales
son también preventivos**

Aunque en sí mismos, los medios materiales tienen un aspecto represivo, como su empleo se justifica con fines de prevención únicamente, el mantenimiento del orden público, no caracteriza a la policía. Esta es la razón por la cual afirmamos desde el principio que los términos policía y prevención son sinónimos: la policía es únicamente preventiva. Los medios materiales en sí mismos represivos, buscan un fin último superior al fin material inmediato de someter a los recalcitrantes y desobedientes, buscan el fin permanente de la policía, un fin jurídico: el mantenimiento del orden público.

CUARTA PARTE

EL OBJETO DE POLICIA

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD HUMANA

Explicación previa

Los medios de policía, cuyo empleo es provocado por los motivos de policía, que son las perturbaciones del orden público, y que persiguen un fin de policía, que es el mantenimiento del orden público, tienen también un objeto. Es aquéllo sobre lo cual versan los actos de policía, es decir, la regulación del ejercicio de los derechos de la personalidad humana. El análisis de esa regulación, debe partir del de los derechos mismos sobre los cuales incide. Hé aquí la razón por la cual la formulación de una teoría general del Derecho policíaco no puede, para ser completa, eludir el estudio de los derechos del hombre.

Es usual que toda disertación sobre las libertades humanas, dentro del Estado moderno, vaya precedida, para su mejor comprensión, de la relación de las vicisitudes de la humanidad a través de los tiempos; de las luchas, de las derrotas y de las victorias de los grupos políticos contra sus gobernantes, encaminadas a obtener la consagración escrita y la garantía de ciertos derechos que el hombre ha considerado esenciales para la completa integración de su personalidad. Omitimos aque-

llas consideraciones históricas, porque es fácil hallarlas en cualquier tratado de Derecho Público.

Eludimos también el análisis filosófico de los fines del Estado y la crítica de las tesis individualistas y socialistas, porque aunque el tema es seductor, ello nos conduciría a formular una teoría del Estado, propósito extraño a la naturaleza de este ensayo.

Partimos del hecho indiscutido de que en todas las Constituciones modernas son reconocidas ciertas libertades y derechos y que la política del Estado va dirigida a procurar las mayores posibilidades para el armónico y completo desarrollo de la personalidad humana. Los medios que escoge cada agrupación política para alcanzar ese fin, son evidentemente diferentes, pero coinciden todos en el propósito.

Muchas experiencias han resultado positivamente equivocadas, porque se ha exagerado el verdadero valor de las libertades o se ha extendido el alcance de ellas olvidando que al hombre no puede concebirse sino como unidad social o, finalmente, porque en el afán de luchar por su reconocimiento teórico se descuidó el principio de que de nada vale la proclamación política de las libertades, si no se acompaña a cada una de la correspondiente oportunidad.

Así, en ocasiones fue reducido el concepto de policía a un mínimo que resultó pernicioso para el bienestar social; en otras se incrementó tanto su poder que aún llegaron a confundirse en unas mismas manos el poder preventivo y el represivo del Estado, lo que condujo a las más odiosas tiranías; y en las más recientes, al insistir en la idea de que la propiedad privada sobre los medios de producción representa la base de todos los derechos del hombre, se ha perdido de vista la importancia de aquellas libertades que sí contribu-

yen al desarrollo de la personalidad. La policía entonces se muestra cada día con una fuerza más creciente limitando el ejercicio de las auténticas libertades en beneficio de la propiedad privada respecto de la cual apenas sí se manifiesta la intervención del Estado. Por este camino, las libertades individuales se han convertido en libertades de clase, de aquellas clases que detentan la propiedad de los medios de producción gracias a la protección casi ilimitada que les dispensa el Estado.

Nada vale la libertad si el Estado no prevé las oportunidades para ejercitarla, para "gozar de ella". La acción de la policía se muestra cada día más intensa, porque los motivos de policía también crecen en frecuencia y en intensidad. Es cada día más marcada la tendencia de los grupos sociales (especialmente de los económicamente débiles) a abusar de la libertad teórica que la Constitución consagra en su favor. Los abusos de la libertad son las perturbaciones del orden público, y como ellas crecen, debe en igual medida crecer la intensidad de la acción policíaca.

La ausencia de oportunidades para gozar de la libertad es lo que conduce a los hombres a abusar de ella, aunque parezca una paradoja. Unos, los débiles, pugnan por hallar ellos mismos las oportunidades que el Estado les niega; otros, los poderosos, en su afán por conservar lo que tienen, también abusan. Los débiles no tienen libertad de trabajo, ni de educación, por ejemplo, pero gozan de libertad física; abusan entonces de la última para tratar de conquistar las primeras (1). Los

(1) "El hecho de que existen el derecho y la libertad para los individuos en Inglaterra se acepta tan fácilmente como el hecho de que existe la justicia, y sin mucha más razón. Las masas carecen de muchos elementos vitales de la libertad. Y particularmente carecen de la libertad para

poderosos cuentan con libertad de trabajo y de industria, por ejemplo, y abusan de ellas para conservarlas, para no verse obligados a aumentar las filas de los débiles. En esa forma, ciertos grupos abusan de lo que tienen en la esperanza de alcanzar lo que les falta; y otros grupos abusan igualmente de lo que tienen, en la seguridad de que sólo así podrán conservarlo (1). Aparece como corolario la acción de la policía; ella nada tiene que hacer con las causas de la perturbación, sólo atiende a los síntomas, como dice Hauriou, y como los síntomas aumentan, así aumenta su intervención.

El ideal de la sociedad es, sin duda, disminuir la intervención de la policía en el ejercicio de las libertades hasta el *mínimum* imaginable; este ideal no puede alcanzarse en una sociedad de clases, fundada sobre la propiedad privada de unos pocos, que estimula la competencia y el odio entre los hombres y hace imposible los hábitos morales de disciplina, de respeto y de solidaridad. La propiedad privada hace a los hombres recalcitrantes;

(1) "El hombre que busca la libertad para administrar su negocio enteramente como mejor le plazca, o para vivir de riquezas heredadas toda la vida sin añadir un poco de su trabajo a la riqueza comunal, no es sólo un ladrón sino un idiota". Johnson. *El Poder Soviético*. pág. 73.

seleccionar su propio trabajo, un trabajo en el que ellos puedan poner todo su corazón, y expresar hasta el límite su propia personalidad, ya sea como doctor, como barrendero, como artista o como artesano. Sin la satisfacción del impulso esencial todas las demás formas de libertad son secundarias y de una importancia muy relativa. La Libertad en Inglaterra es principalmente el privilegio de las clases poseedoras de la industria y el comercio y tiene una historia muy interesante. Tiende a convertirse en libertinaje y amenaza a la sociedad con grave riesgo". Johnson. *El Poder Soviético*, pág. 69. (Lo mismo puede decirse de todos los países liberal-burgueses).

como la ley emana de una injusticia, no se revelan espontáneos para cumplirla, y el Estado debe imponerla a todos coercitivamente. Para hacerlo se ve obligado a establecer numerosas restricciones a las libertades, contradiciendo así sus propios fines; en vez de avanzar en la consecución del ideal, retrocede; en lugar de facilitar el desarrollo de la personalidad, lo obstaculiza. En otras palabras, la acción de la policía, en vez de disminuir, aumenta, y no queda otro recurso que defender y justificar este crecimiento en sus intervenciones, mientras no se modifique la causa que origina las manifestaciones de perturbación. Esta última tarea no le compete a la policía, porque la causa es el reconocimiento de la propiedad privada como uno de los derechos esenciales del hombre. Cuando esta propiedad no sea privada, sino colectiva, cuando deje de ser un derecho individual, dejará de pesar sobre la policía el deber de protegerla contra los atentados de quienes no la tienen, y podrá entonces aliviar su peso frente a las otras libertades, a las auténticas. Desapareciendo la causa que induce a los hombres a abusar de su libertad, desaparecerá el motivo que provoca tántas y tan antipáticas intervenciones de la policía. Como la policía no puede intervenir sino en presencia de un motivo, desaparecido éste, serán infinitamente menores las restricciones y limitaciones preventivas que el Estado deba imponer al ejercicio de las libertades.

La base necesaria de todas las libertades es la libertad económica, de ella depende la existencia de las oportunidades, y no puede haber libertad económica, y por tanto oportunidades en los Estados liberal-burgueses que han incluido entre los derechos individuales el de propiedad. La necesidad de proteger esta última ha hecho imposible la verdadera protección de las libertades; el régi-

men de derecho se ha desarrollado extraordinariamente en favor de la propiedad, lo cual ha originado un desarrollo desproporcionado del régimen de policía; volver al equilibrio, crear oportunidades ciertas para el ejercicio de las libertades, empeñarse en la tarea de satisfacer el fin natural del Estado, o sea el desarrollo, la plenitud de la personalidad humana, implica necesariamente borrar de la lista de los derechos ciudadanos el de propiedad. Es lo único que diferencia a los Estados que andan por el camino que permite alcanzar su fin de aquellos otros que han equivocado el camino. En otras palabras, lo único que diferencia al Estado socialista de los Estados liberal-burgueses, es la propiedad; las libertades son indiscutidas, ambos las consagran en sus Constituciones, ambos están de acuerdo en que ellas son necesarias para la perfecta integración de la personalidad; pero en el primero, en el Estado socialista, al eliminar la propiedad privada sobre los medios de producción se ha hecho posible abrir la puerta de las oportunidades para ejercitar la libertad; en los segundos, al conservar la propiedad individual, se ha hecho imposible ofrecer oportunidades (1). Este conflicto lo expresó Lenin en las siguientes admirables palabras: "Sólo en una sociedad comunista, cuando se haya destruído completamente la resis-

(1) Es evidente que en la Unión Soviética todavía soporta numerosas restricciones el ejercicio de la libertad, pero mucho menos que en los Estados liberal-burgueses. Ello se explica porque el Estado socialista es apenas una forma de transición que permitirá en el futuro la existencia del Estado comunista. La diferencia entre estas dos formas la sintetizó Lenin con admirable y hermosa precisión en estas fórmulas: el estado socialista: "De cada uno según su capacidad, a cada uno según su trabajo"; el estado comunista: "De cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades".

tencia de los capitalistas, cuando los capitalistas hayan desaparecido, cuando no existan clases (esto es cuando no haya diferencia entre los miembros de la sociedad en su relación con los medios sociales de producción), sólo entonces 'el Estado deja de existir' (1), y se hace posible hablar de libertad. Sólo entonces será posible, y se realizará una completa y verdadera democracia, una democracia sin excepciones. Y sólo entonces el mismo Estado comenzará a desvanecerse debido al hecho sencillo de que, libertada de la esclavitud capitalista, de los indecibles horrores, de los salvajismos, dislates e infamias de la explotación capitalista, la gente se irá acostumbrando gradualmente a cumplir con las reglas elementales de la vida social que se han conocido desde hace siglos y que se han estado repitiendo durante miles de años en todos los libros escolares; se acostumbrarán a cumplirlas sin necesidad de recurrir a la violencia, sin que se les obligue, sin la subordinación, sin el aparato especial de compulsión que se llama el Estado" (2).

Hemos explicado el inmenso incremento que viene reconociéndose al poder de policía, hemos descubierto su causa profunda, cuya existencia nos

(1) Cuando dice Lenin que "el Estado deja de existir" es obvio que habla en sentido figurado; por esa razón en su obra "El Estado y la Revolución", esa frase figura entre comillas.

(2) Es evidente, para quien haya leído a Lenin, que cuando habla de que desaparecerá la compulsión del Estado no significa que éste haya de desaparecer como personificación jurídica de la nación, sino que su coerción, es decir su policía, desaparecerá.

Véase: "Historia del Partido Comunista de la U. R. S. S." redactado por una comisión del comité central del partido comunista de la U. R. S. S., y publicado por "Ediciones en Lenguas Extranjeras" de Moscú. 1940.

irrita, en la organización del Estado, pero en manera alguna pugnamos por el debilitamiento de la policía como poder y como función. Dentro de las características económicas y políticas de nuestros Estados de tipo liberal-burgués, la policía desempeña un papel esencial. Aunque sea a nuestro pesar, el hecho existe, hay un evidente desequilibrio en el Estado, que se refleja necesariamente en el ejercicio de las libertades; para explicar cómo funciona la policía frente a éstas, partimos de la evidencia de ese hecho.

Antes de clasificar las libertades y de analizarlas jurídicamente, una a una, en relación con la policía, sólo nos resta añadir con Hewlett Johnson: "Si la libertad individual significa 'hago lo que quiero', expresando mi personalidad en pensamiento, palabras y actos, entonces se necesita algo más que una mera falta de restricción. La verdadera libertad demanda concesión de oportunidades *para todos*, y una nación en la que a la abrumadora mayoría del pueblo le falta trabajo adecuadamente remunerado y tiempo libre suficiente para gozar sus frutos, una tierra en la que en medio de la abundancia potencial la mitad de la población está desnutrida y carece de libertad de oportunidades en lo que concierne a la educación, a la selección de una profesión, a los medios de guardar para atender a la salud, asegurar una vejez holgada y proveer para los accidentes de la vida, *debiera por un momento dejar de alardear sobre las libertades que posee, y comenzar a luchar por las libertades que le faltan*" (1). (El subrayado es nuestro).

(1) "El Poder Soviético", pág. 77.

Clasificación de los derechos.

Los derechos individuales pueden clasificarse de muchas maneras, según el propósito que se persiga y según el criterio con que se les analice. En la práctica, cada autor de derecho público presenta su propia clasificación o adopta las que otros han formulado si sus puntos de vista coinciden. Entre nosotros, la clasificación que más acogida ha merecido de parte de los especialistas en derecho constitucional, durante los últimos diez años, ha sido la que Duguit presenta en el quinto tomo de su "Traité de Droit Constitutionnel". La clasificación del profesor bordelés obedece principalmente a un criterio histórico; todos los derechos del individuo los llama libertades, y los reúne en cinco grandes grupos así:

- 1º La libertad individual propiamente dicha.
- 2º La libertad de trabajo, de comercio y de contratos.
- 3º La libertad de opinión.
- 4º La libertad religiosa.
- 5º La libertad de asociación (1).

Rafael Raveau, profesor de la Universidad de Valparaíso, reduce su clasificación de los derechos a dos grupos:

- 1º Libertad.
- 2º Igualdad.

La primera la subdivide en dos grupos:

- a) Libertad sobre intereses materiales.
- b) Libertad sobre intereses morales (2).

(1) Véase "Traité de Droit Constitutionnel". Tomo V. 10ª Edición. 1925.

(2) Raveau: "Tratado de Derecho Constitucional". pág. 446.

Carl Schmitt, uno de los más modernos tratadistas alemanes de Derecho Público, presenta los derechos individuales en cuatro grupos:

1º Derechos de libertad del individuo aislado.

2º Derechos de libertad del individuo en relación con otros.

3º Derecho del individuo en el Estado, como ciudadano.

4º Derechos del individuo a prestaciones del Estado. A los dos primeros grupos los denomina garantías liberal-individualistas de la esfera de libertad individual, de la libre competencia y la libre discusión; al tercer grupo lo llama derechos político-democráticos del ciudadano individual y al último, derechos y prestaciones socialistas (o más suavemente: sociales) (1).

Muchas otras clasificaciones podrían mencionarse, pero no es necesario. Se han citado algunas para mostrar cómo el criterio político, o el pensamiento filosófico o la doctrina jurídica que las preside, pueden modificar las agrupaciones de los derechos. Como éste no es un estudio crítico, sino constructivo, no nos detenemos a analizar lo que otros han propuesto, ni los puntos de vista desde los cuales han defendido sus postulados.

Estamos estudiando las libertades y derechos desde el punto de vista de la policía, como objeto de los actos de policía; tendremos por tanto que clasificarlos atendiendo a ese criterio.

Hay una clase de derechos que algunos llaman naturales y otros apellidan fundamentales, y que son considerados universalmente como la base esencial para poder disfrutar de la libertad. Respecto de estos derechos, que pertenecen tan íntimamente al individuo, que le son tan necesarios

(1) Schmitt. Teoría de la Constitución, pág. 197.

para la expresión de su personalidad, todas las Constituciones se revelan celosas de su enunciación, y precisas en las posibilidades de su limitación. Pertenecen en una forma tan definida a la esfera de la vida privada de cada uno, su ejercicio importa tan poco en la vida de relación social, que sus limitaciones preventivas son manifiestamente escasas. La policía, respecto de este primer grupo de derechos, en su actuación, está severamente ligada por la Constitución y la ley. El ejercicio de ellos, difícilmente origina perturbaciones del orden público, y por esa razón su naturaleza se muestra extraña a las intervenciones policiales. Son los derechos cuyo ejercicio está más ampliamente garantizado y menos sometido a restricciones. En este grupo, la intervención del Estado ordinariamente se opera por vía represiva.

Los llamaremos los derechos del individuo aislado; son los que están situados más lejos de la acción de la policía.

En consecuencia, el primer grupo podemos presentarlo así:

DERECHOS
DEL INDIVIDUO AISLADO

Inviolabilidad
personal.

Inviolabilidad
del domicilio.

Libertad de
residencia.

Inviolabilidad de la
correspondencia.

Libertad de conciencia.



El ejercicio de otros derechos, llamados por algunos institucionales, y por otros, relativos, implica siempre manifestaciones que inciden en la vida social, importan a otros individuos e importan al Estado. Por lo que el ejercicio de este segundo grupo de derechos se relaciona tan íntimamente con la comunidad, por cuanto sus manifestaciones son casi siempre externas, por lo que pueden interferir el ejercicio del derecho de otros, en una palabra, porque pueden dar lugar a perturbaciones del orden público, deben ser y son más intervenidos por la policía. El ejercicio de muchos de ellos reclama severas reglamentaciones que prevengan con eficacia las colisiones y, por tanto, las alteraciones del orden.

Sin embargo estos derechos suponen dos posiciones distintas de la actividad social: los unos son apolíticos, no se refieren *directamente* a la organización del Estado ni al funcionamiento de los servicios públicos; su abuso afecta ciertamente el orden público, pero no se refiere directamente a la estabilidad del Estado. En la segunda clase de estos derechos sociales reposa más directamente la organización del Estado, de la libertad con que puedan ser ejercidos depende en alto grado la pureza del Estado. Su ejercicio debe ser poco limitado o no debe ser en absoluto limitado.

El segundo grupo, pues, debe ser subdividido en dos categorías: la primera de derechos no políticos, que admite una más amplia intervención preventiva; y la segunda, de derechos políticos, respecto de los cuales la policía no tiene nada que hacer; su naturaleza no permite limitaciones preventivas.

La segunda parte de la clasificación puede resumirse así:

DERECHOS DEL INDIVIDUO COMO UNIDAD SOCIAL:

1º—NO POLITICOS	}	Libertad de opinión.	{	Libertad de Prensa e imprenta.
				Libertad de discurso.
				Libertad de reunión.
	Libertad religiosa. — Libertad de Cultos.			
	Libertad de Asociación.			
		Libertad de Locomoción.		
	}	Libertad de escoger trabajo.	{	Derecho de Huelga.
				Derecho a la Asistencia pública.
		Derecho a la educación—(Libertad de Enseñanza)		
—————				
2º—POLITICOS	}	Derecho de Petición.		
		Derecho de Sufragio.		
	}	}	{	Igualdad ante la justicia. .
				Equidad en los Impuestos.
	}	}	{	Igualdad ante los servicios públicos.

Finalmente tenemos la propiedad cuya inclusión entre la lista de los derechos individuales ya tuvimos oportunidad de calificar. Respecto de este derecho, las limitaciones administrativas son muy escasas. Por regla general no puede ser intervenida por la policía sino por mandato o autorización legal. Los actos de policía, de carácter administrativo, por vía general y de carácter permanente, restrictivos de la propiedad, serán siempre inconstitucionales.

Nuestra clasificación puede presentarse totalmente en el siguiente cuadro:

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD HUMANA	
{ Del individuo aislado. { Inviolabilidad personal. } Libertad de conciencia.	{ Inviolabilidad del domicilio. { Libertad de Residencia. Inviolabilidad de la correspondencia. } Libertad de Prensa e imprenta. Libertad de discurso. Libertad de reunión. Libertad Religiosa. — (Libertad de Cultos). Libertad de Asociación. Libertad de Locomoción. Libertad de escoger { Derecho de Huelgas. trabajo. { Derecho de Asistencia Pública. Derecho a la educación. — (Libertad de Enseñanza) Derecho de Sufragio. Derecho de Petición.
{ Derechos del individuo como unidad social. }	{ No políticos. } { Políticos. } Igualdad ante la Ley. Igualdad ante los Impuestos. Igualdad ante los servicios públicos. Igualdad de acceso a los cargos públicos.
{ Derecho de propiedad. }	

DERECHOS DEL INDIVIDUO AISLADO.

Inviolabilidad personal.

La inviolabilidad personal, llamada también libertad física y garantía de seguridad personal, es el derecho fundamental por excelencia; de él depende la posibilidad de ejercer los demás. Por esta razón su consagración constitucional ha sido minuciosamente detallada, y sus limitaciones están expresadas en la misma Constitución. Dicen los Artículos 19 y 20 de nuestra Carta política:

“ARTICULO 19. — Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial”.

“ARTICULO 20. — El delincuente cogido **in flagranti** podrá ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren, y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión; y si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al dueño o morador”.

Del texto constitucional se deduce que, para que una persona pueda ser privada de su libertad, se requieren los requisitos siguientes:

1º Que el motivo que origina la aprehensión esté consagrado en la ley con anterioridad al hecho.

2º Que la aprehensión se verifique en virtud de un mandato escrito de autoridad competente.

3º Que el mandato contenga todas las formalidades que la ley exige para su expedición.

Es preciso hacer algunas distinciones para poder analizar con acierto los anteriores requisitos.

Captura y detención.

Tanto la captura como la detención son medidas preventivas encaminadas a garantizar la aplicación de la ley penal. Difieren, sin embargo, esencialmente. La primera es la simple aprehensión material de un individuo; para verificarla no es necesaria en todos los casos, la orden judicial. Cuando se sorprende *in flagranti* delito a una persona, puede y debe aprehendérsela inmediatamente, sin requerir orden escrita. Igual ocurre cuando se trata de un delincuente reclamado públicamente por los Jueces; cualquiera puede capturarlo sin orden escrita (1).

La detención es la privación de la libertad personal, precedida de orden escrita de autoridad competente expedida con las formalidades legales. La detención supone la captura, es decir, la aprehensión material del reo. Algunos autores confunden la detención con el acto jurídico que la ordena (2). Es un error. La detención es una forma de privación de la libertad física. Es un acto material; requiere evidentemente una orden, que es el mandato judicial, que es un acto jurídico. Pero no debe confundirse la orden de detención, con su consecuencia, que es la detención misma.

De lo anterior se deduce que la captura procede:

1º Cuando ha sido dictada orden de detención

(1) Artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

(2) Entre otros Timoleón Moncada, que dice: "La detención es el acto jurídico que ordena la captura". Comentarios al Código de Procedimiento Penal Colombiano. pág. 182.

por el funcionario competente y con los requisitos legales.

2º Cuando se sorprende al delincuente en el acto mismo de cometer el delito.

3º Cuando el delincuente ha sido públicamente requerido por la autoridad competente.

En los dos últimos casos no es necesaria la orden escrita.

La detención no puede ordenarse sino con los siguientes requisitos:

1º Que la infracción porque se procede tenga señalada pena de presidio o de prisión. Si la pena señalada es distinta, de arresto o de multa, por ejemplo, no podrá ordenarse la detención.

2º Si resulta contra el reo, por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no esté escrita; o si hay un *indicio grave* de que el sindicado es responsable penalmente como autor o participe; o si el funcionario que decreta la detención hubiere visto al sindicado en el acto que constituye su participación en la infracción.

El auto que ordena la detención, debe expresar:

1º El hecho que se investiga en el proceso.

2º Los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho.

3º Su calificación legal y la pena que la ley establece para él.

4º Los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena.

El motivo legal.

El mandato constitucional dice que la privación de la libertad no puede verificarse sino por moti-

vos previamente definidos en la ley. Esa ley es el Código de Procedimiento Penal, y acabamos de ver con cuánta precisión define los motivos que pueden originar una detención o una captura y los requisitos que deben precederlas. Solamente la ley, y no los reglamentos de policía, puede determinar el motivo; es un caso típico del principio estudiado atrás de "reserva de la ley".

Sin embargo en Colombia, diariamente se ejecutan capturas por simples contravenciones. En ninguna parte autoriza la ley la captura ni la detención de contraventores aunque se les sorprenda en el acto mismo de cometer la infracción. Este problema ofrece varias modalidades que conviene analizar separadamente.

En principio, cuando una persona comete una contravención, debe recibir una citación del Jefe de Policía ordenándole concurrir a su despacho a fin de celebrar el juicio administrativo de policía e imponer la sanción correspondiente. La sanción no puede decretarse sin la presencia del contraventor, simplemente porque nadie puede ser condenado "sin haber sido oído y vencido en juicio". Si la persona citada se niega a concurrir, es necesario obligarla por la fuerza; ello implica necesariamente una captura, por breve que sea su duración. La orden de captura en este caso será ilegal, pero si no se expide se anula y hace imposible la acción de la policía. El dilema no tiene solución. La costumbre administrativa lo ha resuelto en la primera forma; se expiden las órdenes de captura que nuestros funcionarios han disfrazado con el nombre de "órdenes de conducción". Sin embargo son órdenes de captura, con la peculiaridad de que no reúnen ninguno de los requisitos establecidos en el Código Procesal para estos actos.

Jamás se ha pensado seriamente en este problema. Nadie lo ha planteado. Es evidente que la "con-

ducción" de los contraventores es necesaria para que la acción de la policía no sea irrisoria. Se impone entonces una ley que la autorice y la reglamente, a fin de que esas órdenes de conducción se ajusten a ciertos requisitos que impidan la arbitrariedad que es tan frecuente en el actual sistema "consuetudinario".

La anterior conclusión se refuerza al considerar que en el mayor número de ocasiones, cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de la contravención, si el agente de policía no la "conduce" inmediatamente ante el Inspector, más tarde se haría casi imposible su localización, aún para una simple citación.

Finalmente, en numerosas oportunidades, la captura, llamada "conducción", tiene el propósito de proteger a la persona misma del contraventor, como en los casos de embriaguez en los cuales no sólo es necesario evitar molestias al público, sino también prevenir accidentes que pudieran ocurrirle al intoxicado.

La necesidad ha creado una costumbre administrativa ilegal, pero superior a las prohibiciones de la ley. Es imperioso que ella reconozca este hecho, lo sancione y lo reglamente adecuadamente.

Hasta la fecha, todas las "conducciones", absolutamente todas las que hacen los agentes de policía o las que ordenan los Inspectores por motivos contravencionales, son ilegales, es más, son un delito de detención arbitraria.

Capturas por sospecha.

En todo el país, pero particularmente en Bogotá, se ha generalizado el procedimiento de las capturas por sospecha. No solamente las ejecutan los agentes subalternos, sino que las ordenan los jefes.

Tres modalidades presentan estas capturas: las causadas por sospecha de que una persona es responsable de un delito cometido; las originadas por sospecha de que la persona *proyecta* cometer un delito y las colectivas.

Ninguna de estas formas de privación de la libertad tiene fundamento legal. Todas suponen un delito de detención arbitraria, que es, sin embargo, repetido diariamente abusando de las víctimas que son siempre personas humildes e ignorantes de sus derechos y de la protección a que son acreedoras. Como nunca reclaman contra semejantes abusos, su tolerancia da nuevos bríos a la arbitrariedad de la autoridad (1).

Ha servido de pretexto legal para estos abusos, el Artículo 14 del Decreto 1775 de 1926, que dice: "Son funciones y deberes de los agentes de policía:

"..... 2º — Detener provisionalmente a las personas responsables o sospechosas de ser responsables de delitos o de infracciones de policía, y ponerlas inmediatamente a disposición de los funcionarios respectivos".

Es obvio que es deber de los agentes de policía el detener a los responsables de delitos; la ley lo ha previsto, pero también ha dicho que la detención de los responsables no puede llevarse a cabo sin orden judicial. Los sospechosos de ser responsables también deben ser detenidos, pero cuando hay algún indicio que ofrezca serios motivos de credibilidad, y la credibilidad no puede ser calificada sino por el Juez. La ley no ha librado a los agentes de policía la calificación de los elementos probatorios

(1) Numerosos y frecuentes son los casos en que han sido capturados "por sospecha" honrados trabajadores a quienes se ha mantenido privados de la libertad hasta por tres días. Muchos han perdido su trabajo por esa causa.

de responsabilidad que deben obrar en un expediente que desconocen (1).

Más desconcertante aparece la captura por sospecha de que se proyecta la comisión de un delito. ¿De qué sabios elementos de penetración se valdrán los agentes de policía para averiguar con tanta precisión lo que pasa en las mentes ajenas? ¿Cuál será el secreto método de investigación psicológica que les permite diagnosticar los propósitos ajenos? De cualquier manera que sea, la ley no ha autorizado la privación de la libertad con tan endebles elementos de convicción sobre la responsabilidad penal de las personas.

La culminación de todo este sistema extralegal tan empleado por la policía, es la detención colectiva, indiscriminada, sin orden de autoridad competente y sin motivos definidos en la ley. En el argot profesional se conocen estas detenciones colectivas con el nombre de "batidas de maleantes".

Los reglamentos internos de la Policía Nacional exigen, como requisito para las batidas de maleantes, la autorización previa del Director General del Cuerpo. Estas autorizaciones son el modelo más caracterizado de extralimitación en el desempeño de funciones legales, de invasión de jurisdicción, de abuso de autoridad. Cuando semejantes autorizaciones revisten la forma de órdenes, representan

(1) Por desgracia, la misma Alcaldía de Bogotá editó un folleto con un informe suscrito por oficiales de la Policía Nacional y por Inspectores Municipales en el cual se sostiene que los agentes de policía en virtud del artículo mencionado, están autorizados para capturar por sospecha, sin orden judicial y por iniciativa dejada a su personal discernimiento.

Parece increíble que la propia autoridad proclame en ediciones oficiales, ilegitimidades tan enormes. (Véase "La Policía de Vigilancia en Bogotá". Imprenta Municipal. 1940. pág. 17).

igualmente el modelo de las que no deben cumplirse por *manifiesta* violación de un mandato constitucional (1).

Autoridad competente.

Las órdenes de detención deben emanar de autoridad competente. Como la libertad física no está sometida a régimen de policía, sino exclusivamente a régimen de derecho, la autoridad que puede expedir aquellas órdenes, es únicamente la autoridad judicial.

Sin embargo, como en Colombia la investigación de los delitos y aún el conocimiento de algunos de ellos, compete a los llamados Jueces de Instrucción (que no son, hasta la fecha, jueces sino inspectores de policía), y a los Jefes de Policía, estos funcionarios del Organó Administrativo pueden dictar órdenes de detención, pero cuando lo hacen, no obran como empleados de policía, sino como funcionarios judiciales. Como la policía desempeña ex-

(1) Con las batidas de maleantes la Policía contribuye en la forma más eficaz conocida hasta la fecha a impedir la regeneración social de quienes han cumplido condena. Cuando los condenados a algunas de las penas previstas en la inconstitucional ley 48 de 1936, regresan a las ciudades después de extinguida su condena, son inmediatamente capturados colectivamente por la policía y enviados de nuevo a las colonias por vagos. Como apenas acaban de regresar no han obtenido aún trabajo, como no pueden por esa razón probar que disponen de medios lícitos de subsistencia, son condenados por vagos, una segunda vez, y una tercera... hasta que sus métodos delictivos han sido perfeccionados obligatoriamente y con el estímulo de la autoridad, y hasta que la amargura de la persecución los convence de la imposibilidad de la vida honesta. (Para mayor ilustración, véase: Miguel Lleras. Conferencias de Policía Preventiva).

cepcionalmente ciertas funciones judiciales, al hacerlo dispone de las atribuciones y facultades propias de los jueces, pero es claro que debe ejercerlas con los requisitos propios de los juicios. En consecuencia, no puede dictar autos de detención sino cuando está desempeñando funciones penales, nunca cuando obra como policía (1).

(1) Hay una aparente contradicción entre los artículos 49 y 60 del Código de Procedimiento Penal con el 55 de la Constitución. Este último dice: "Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar". Los citados artículos del Código Procesal le asignan a las autoridades de policía, que son autoridades administrativas, ciertas funciones judiciales, de escasa importancia, ciertamente, pero de todos modos judiciales.

Artículo 49. Salvo disposición en contrario, la Policía conoce en primera y segunda instancia:

..... 2º De los **delitos** contra la propiedad que estén reprimidos con arresto, cuando la cuantía no exceda de veinte pesos. 3º De los procesos por lesiones personales que produzcan una enfermedad o incapacidad que no exceda de cinco días y que no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico".

Artículo 60. Son funcionarios de instrucción:

..... 8º Los Alcaldes y los Inspectores de Policía en todas las contravenciones, y **en las demás infracciones penales** cuyo conocimiento corresponde a la Policía o a los Juzgados Municipales".

Estas funciones judiciales han sido asignadas a la Policía, principalmente por razones de técnica procesal y de economía administrativa, y desde este punto de vista el sistema es defensible, no obstante que resulta inconstitucional. Si esas disposiciones fueran demandadas y anuladas, sería necesario reformar la constitución para que el sistema pudiera subsistir.

Régimen de excepción de la inviolabilidad personal.

La Constitución Colombiana prevee un caso de excepción, en el cual la libertad física puede someterse a régimen de policía:

“ARTICULO 24. — Aún en tiempo de guerra nadie podrá ser penado **ex post facto**, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente.

Esta disposición no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno, y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública”.

Es evidente que la Constitución, al referirse a graves atentados contra el orden público, quiere significar aquellos que ponen en peligro la estabilidad del Estado, como la rebelión y la sedición. Solamente en circunstancias tan extremas, pueden las autoridades administrativas ordenar detenciones preventivas, sin intervención judicial. Pero no cualquier autoridad de policía puede hacerlo; solamente el Presidente de la República, con el dictamen favorable de todos sus Ministros. Además, de acuerdo con el Artículo 118 de la Constitución estas órdenes de detención deben ser consultadas con el Consejo de Estado (1).

(1) Es el único caso de detención por sospecha, que está autorizado. Pero los motivos deben ser tan graves como los que provocan la declaración de estado de sitio, y la orden de captura no puede dictarla sino el Presidente con asentimiento de sus Ministros. Si al Presidente se le

Ni la Constitución, ni la ley, indican qué debe hacerse con los detenidos, ni cuánto tiempo pueden permanecer privados de la libertad. El vacío es aparente; a toda detención debe seguir un juicio encaminado a determinar la responsabilidad del reo. Si el Gobierno ha tenido graves motivos para temer que una persona proyecta atentar contra la paz pública, es seguramente porque el sindicado ha ejecutado ya algunos actos externos que revelan sus proyectos. Entonces aparece la figura de la tentativa. Aunque el atentado contra la seguridad del Estado no se haya producido, si se han dado pasos hacia la realización de ese propósito, si existen hechos materiales externos lo suficientemente graves como para que constituyan, según la fórmula constitucional, "graves indicios de que atentan contra la paz pública", es porque éstos suponen pruebas "indiciarias" de responsabilidad por tentativa. Así aparece claro, que una vez detenida la persona sobre quien recaen las sospechas *fundadas* (y fundadas en pruebas) debe ponerse inmediatamente a órdenes del juez, junto con las pruebas que influyeron en el ánimo del Gobierno para decretar la detención.

No cabe otra interpretación a este artículo; lo contrario sería poner en manos del Gobierno un arma de persecución política, abominable, especialmente si se considera que tales *órdenes* son actos discrecionales cuya oportunidad sólo el Gobierno puede determinar. Si la persona detenida no puede juzgarse por tentativa, es porque la detención ha sido arbitraria.

A estas detenciones administrativas debe aplicarse la fórmula del artículo 379 del Código de Pro-

exigen tantos requisitos para estas órdenes, cómo aparece de monstruosa la captura por sospecha ejecutada por simples agentes de policía o las ordenadas, con carácter colectivo, por el Director General del Cuerpo Nacional.

cedimiento Penal, es decir, que la persona puede ser detenida si resultare contra ella por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no esté escrita, o un indicio grave de que es responsable como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decreta la detención (en este caso el Presidente de la República) la hubiere visto en el acto que constituye la infracción. La diferencia reside en que, como es una privación de la libertad excepcionalmente sometida a régimen de policía, quien aprecia las circunstancias es un funcionario de policía, el Presidente de la República, y no uno judicial, como es lo ordinario.

El recurso de Habeas Corpus,

En muchos países existe el llamado recurso de habeas corpus, como una garantía contra las detenciones arbitrarias. Consiste en el derecho que se reconoce a toda persona, para recurrir de hecho, cuando se crea injustamente detenida, ante el superior de quien ha ordenado la captura, para que resuelva en un plazo de horas sobre la legalidad de la medida.

En Colombia no existe este recurso, pero en cambio se exigen numerosos requisitos previos para poder privar a una persona de su libertad, y los jueces disponen de plazos perentorios para decidir en el fondo, sobre las detenciones. Si no lo hacen dentro de esos plazos incurrir en el delito de detención arbitraria, además de otras penas accesorias que puede imponer el superior, como la multa y destitución. Además los autos de detención son apelables ante el superior.

Los Artículos 386 y 387 del Código de Procedimiento Penal, dicen:

386. — “Los capturados serán privados de comunicación hasta que se les reciba su primera indagatoria. Pero esta incomunicación no podrá durar, en ningún caso y por ningún motivo, más de **setenta y dos horas**, contadas desde aquella en que se hubiere hecho la captura.

Si de hecho se prorrogare la incomunicación del capturado por más tiempo del fijado en este artículo, el funcionario o juez que instruye el proceso y el Jefe o Director de la Cárcel respectiva incurrirán por la primera vez, en multa de cincuenta a cien pesos, y por la segunda vez, en la misma pena de multa y en la destitución del empleo que ejerzan. Estas penas serán impuestas por el respectivo superior o juez, de oficio o a petición del Fiscal o del procesado, con la sola vista de la prueba de que la incomunicación del procesado se ha prorrogado fuera del término perentorio establecido en este artículo.

387. — Verificada la captura del procesado y si fuere **el caso de detenerlo**, el funcionario instructor dará por escrito, **dentro de las doce horas** siguientes, al Alcaide o Jefe de la respectiva Cárcel, la orden correspondiente para que el procesado sea detenido en dicho establecimiento. En esta orden se expresará el motivo de la detención, con citación de la fecha del auto que la hubiere ordenado, y si el detenido debe estar incomunicado, se indicará la hora en que se hubiere practicado la captura y la hora en que la incomunicación debe cesar, de acuerdo con el artículo anterior. El Alcaide o Director que haya recibido a un capturado sin la orden expresada, la reclamará dentro **del término de doce horas**. Y si pasadas **otras doce horas** no hubiera recibido dicha orden, lo pondrá en libertad bajo la responsabilidad del funcionario renuente. Si vencido este último término sin recibir la orden el Alcaide o Director de la Cárcel no pusiere en libertad al capturado, incurrirá en responsabilidad por detención arbitraria”.

El Código Penal caracteriza el delito de detención arbitraria, como sigue:

Artículo 295. — Al funcionario o empleado público que abusando de sus funciones prive a alguno de su libertad, se le impondrá prisión de seis meses a dos años.

Artículo 296. — Al funcionario o empleado público que prolongue indebidamente la detención de una persona, se le impondrá arresto de un mes a un año.

Artículo 297. — Al encargado de la Dirección de una Penitenciaría, Cárcel o establecimiento similar que reciba a alguno como preso o detenido sin orden de autoridad competente, o que no cumpla o retarde la orden de liberación, se le impondrá arresto de un mes a un año”.

Inviolabilidad del domicilio.

La inviolabilidad del domicilio es una prolongación y consecuencia necesaria de la inviolabilidad personal. Aquellas cosas que están vinculadas a la intimidad de la vida de cada uno merecen un respeto y libertad idénticos a los de la propia libertad física. Tan estrechamente se considera ligado el concepto de domicilio al de libertad física que la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano no la contiene expresamente.

Por domicilio no se entiende solamente el lugar, casa o apartamento, en donde vive habitualmente el individuo, en donde tiene su lecho, su familia, las cosas de su vida íntima. Es domicilio también, desde este punto de vista, la habitación en donde resida transitoriamente una persona, como la de un hotel (1). De los Artículos 319 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, que dan las reglas a que deben ajustarse los allanamientos, se concluye, que el

(1) No debe confundirse esta noción de domicilio con la del Código Civil ni con la del Derecho Internacional Privado.

concepto de domicilio se extiende igualmente a los lugares en donde los individuos desempeñan su profesión u oficio, como las oficinas, talleres, fábricas, etc. Aún los lugares ordinariamente abiertos al público, como teatros, cantinas, restaurantes, deben considerarse protegidos con esta garantía, pero solamente en aquella parte del establecimiento a donde no es libre el acceso del público, la que ha sido explícitamente reservada por el dueño o administrador para su uso exclusivo. Se discute mucho acerca de si en los almacenes, tiendas y establecimientos análogos, el mostrador separa aquello que debe quedar protegido con la garantía de inviolabilidad de lo que constituye propiamente lugar público. Creemos que si el mostrador se usa únicamente como accesorio para facilitar la exhibición de las mercancías, no hay lugar a la distinción, pero si aparece claramente la intención del dueño de reservar una parte de la habitación para su uso exclusivo, entonces sí.

Porque la inviolabilidad del domicilio se considera una prolongación de la libertad física, está protegida por las mismas garantías constitucionales. El citado artículo 19 enseña que el domicilio no puede ser allanado sino con las siguientes condiciones.

1º Mandamiento escrito de autoridad competente, expedido con las formalidades legales.

2º Por motivo previamente definido *en las leyes*.

Subrayamos, *en las leyes*, porque es importante recalcar que los motivos sólo pueden definirlos las leyes y nunca los reglamentos de policía.

La autoridad competente para expedir órdenes de allanamiento es sólo la autoridad judicial, o los funcionarios de policía, pero no como tales, sino cuando desempeñan funciones judiciales.

Los allanamientos proceden cuando es necesario hacer algún reconocimiento o pesquisa en busca de pruebas o para capturar a algún sindicado. La orden de allanamiento debe estar precedida de un auto en el que se exprese el propósito y la forma de ejecutar la intervención. El funcionario que la decreta debe asistir personalmente a la diligencia, aunque puede comisionar a otro juez o a la policía para practicarla.

Puede allanarse el domicilio sin orden escrita, únicamente cuando al perseguir a un delincuente sorprendido *in flagranti*, se refugia en su domicilio, o cuando se refugia en uno ajeno, caso en el cual debe preceder requerimiento al dueño o morador. Negar la autorización para penetrar, implica un acto de encubrimiento y la autoridad podrá entonces allanar por la fuerza, capturar al fugitivo y capturar al encubridor, puesto que se le sorprendió en el acto mismo de cometer el hecho que supone encubrimiento.

También pueden ser allanados los domicilios en todos aquellos casos de estado de necesidad, como cuando hay *evidencia* de que en el interior se está cometiendo un delito grave, o por inundación o incendio. Sin embargo, sería preferible que la ley consagrara estas excepciones.

Los Códigos Departamentales de Policía consagran numerosas excepciones, pero todas ellas son inconstitucionales. Solamente la ley, y no los reglamentos, pueden definir motivos de allanamiento de los domicilios. Es cierto que muchos de esos motivos son convenientes y justos, pero debe ser la ley la que los consagre.

Por otra parte, los Códigos de Policía declaran que no son domicilios, una serie de habitaciones acerca de los cuales nada dice la ley. Dicen, por ejemplo, que no se consideran casas de habitación y por tanto no están protegidas con las garantías

constitucionales, las casas de prostitución, las cantinas, teatros, etc. Es curioso comparar estas disposiciones con las del Código de Procedimiento Penal que expresamente señala las casas de juego y de prostitución, las que habitan personas sometidas a libertad vigilada y los lugares a donde el público tiene libre entrada, como fondas, cafés y teatros, para someterlos a un régimen de excepción que consiste en autorizar el allanamiento de esos lugares durante las horas de la noche, pero solamente para eso, porque aún estos lugares, el Código procesal estima que no pueden allanarse sin orden judicial.

En tanto que la ley se revela respetuosa, los Códigos de Policía deciden olvidar las garantías constitucionales. La inviolabilidad del domicilio es otro de los derechos que no está sometido a régimen de policía, y su limitación ha sido reservada por la Constitución a la ley. Son, pues, inconstitucionales todas esas normas de policía que autorizan allanamientos sin orden judicial, fuera de los casos expresamente previstos por la Constitución o por la ley. Es una de tantas anomalías, toleradas por ignorancia, y que debe corregir el Código Nacional de Contravenciones.

Libertad de residencia.

Consecuencia de las dos anteriores libertades, es también la de residencia que consiste en la facultad de escoger el lugar de habitación o el de los negocios en cualquier lugar del territorio, y también la de salir o entrar al país. Es una prolongación tan necesaria de la libertad física que muchas Constituciones, como la colombiana, no la consagran expresamente.

La libertad de residencia puede ser limitada preventivamente como pena de policía. La prohibición

de residir en determinado lugar o la obligación de residir en otro, que son las llamadas penas de destierro y de confinamiento, y que tienen por fin apartar a un individuo del ambiente que le brinda oportunidades para delinquir. Estas penas, como todas las de policía, tienen carácter preventivo.

Aunque es una prolongación de la inviolabilidad personal, por ser un derecho implícito, puede ser ampliamente intervenido por los reglamentos de policía. Es frecuente que, dentro de los perímetros urbanos, la policía especial fije ciertas zonas para residencias y otras para industrias, por razones de tranquilidad o de seguridad y salubridad. Estos reglamentos implican una limitación de la libertad de residencia.

Inviolabilidad de la correspondencia.

Consiste en el derecho de cada individuo de que se respete el secreto de sus comunicaciones con los demás. Se extiende esta garantía no sólo a las cartas, sino a todos los documentos, papeles, libros de cuentas, etc., que tengan carácter privado. Tiene por fin proteger la vida privada de las personas, y es por tanto una consecuencia de la libertad física.

La Constitución Nacional consagra este derecho en los siguientes términos:

“Artículo 37. — La correspondencia confiada a los correos y telégrafos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Para la tasación de impuestos se podrá exigir la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos.

Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos”.

La única intervención que tienen las autoridades administrativas respecto a la inviolabilidad de la correspondencia es la de los funcionarios de hacienda pública que pueden, sin orden judicial, examinar los libros de contabilidad de los contribuyentes para constatar la veracidad en las declaraciones de renta y patrimonio. Pero, con esta sola excepción, expresa en la Constitución, el derecho al secreto de la correspondencia no está sometido a régimen de policía.

Libertad de conciencia.

Vulgarmente se considera la libertad de conciencia como una expresión de la libertad religiosa o se afirma que, objetivamente, su existencia no puede concebirse por separado. Es un error explicable porque la segunda es una consecuencia de la primera, pero no son la misma libertad, ni moral ni jurídicamente.

La de conciencia es la libertad de cada persona para juzgar las cosas según su criterio y según su razón; es la libertad de adhesión interna a principios morales, filosóficos, religiosos o políticos según la certeza subjetiva que a cada individuo señale su inteligencia. Ciertamente, la libertad de conciencia, que es una posición mental frente a la vida, no puede manifestarse por actos externos; por este aspecto, escapa al orden jurídico. Con todo, si supone actos internos, puede ser constreñida por actos externos, y desde este punto de vista interesa al derecho; por esa razón puede considerársele independientemente de la libertad religiosa. Es una condición para la libertad religiosa, pero lo es tam-

bién para la de opinión y para muchas otras libertades, inclusive los derechos políticos.

Una de las formas de coerción que pueden ejercerse sobre la libertad de conciencia consiste en la imposición de ciertas creencias religiosas o políticas, vedando a los individuos la posibilidad de examinar puntos de vista diferentes o de recibir otras influencias. Este sistema que puede practicarse principalmente por medio de la Escuela, es evidentemente contrario a la libertad. Irrisorias serían la libertad religiosa y la de opinión si se le veda al individuo la posibilidad de conocer diversas opiniones.

La garantía de esta libertad implica de parte del Estado una actitud negativa más que positiva, lo cual muestra cómo no puede estar sometida a régimen de policía, porque sería absurdo.

En cuanto los actos internos de la conciencia se traduzcan en actos externos, no se tratará ya de libertad de conciencia sino de otra cualquiera, como la de opinión o la religiosa, y entonces la conducta del Estado podrá manifestarse positivamente respecto de su ejercicio.

En todo caso, lo que tratamos de poner en evidencia es que la libertad de conciencia existe independientemente y que interesa al orden jurídico porque supone una obligación para el Estado: la de abstenerse (1).

Así lo comprendió el constituyente colombiano, cuando expresó en el artículo 50 que el Estado garantiza la libertad de conciencia y que nadie pue-

(1) Esta distinción tiene una gran importancia práctica. En Alemania, por ejemplo, desapareció bajo el régimen nazi esta libertad, y a los individuos les fueron impuestas por todos los medios eficaces de convicción, y excluyendo la posibilidad de influencias extrañas, toda una serie de aberraciones políticas, jurídicas y religiosas.

de ser *compelido* a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia.

Conclusión primera.

De todo lo anterior se concluye que respecto del primer grupo de derechos, los del individuo aislado, el régimen de policía tiene muy escasa aplicación y sus intervenciones preventivas son lícitas únicamente en los casos y para los fines explícitos en la Constitución. En otras palabras, los derechos del primer grupo, por regla general, están sometidos únicamente a régimen de derecho, su ejercicio no puede ser limitado o restringido por las manifestaciones del poder de policía.

DERECHOS DEL INDIVIDUO COMO UNIDAD SOCIAL.

DERECHOS NO POLITICOS.

Libertad de opinión.

Consiste esta libertad en la facultad otorgada a todo individuo para expresar públicamente o en privado sus ideas. Es la facultad de transmitir a otros las ideas propias. Esta facultad, reconocida constitucionalmente, tiene su origen en la libertad de conciencia. En principio la transmisión de las opiniones sólo admitía la forma oral y directa, por esto se pensó durante mucho tiempo que era imposible someter su ejercicio a régimen de policía. Más tarde, cuando el ingenio puso a disposición del hombre muchas formas nuevas de comunicación, esta libertad creó nuevas formas de libertad. Los progre-

sos en los métodos de difusión mostraron la facilidad para abusar en el ejercicio de estas libertades, y se impuso entonces la necesidad de someter algunas de sus formas a un régimen de policía. Muchas de las manifestaciones de la libertad de opinión son políticas, pero la hemos incluido en el grupo de los derechos no políticos porque nuestra clasificación obedece a la idea de agrupar entre los derechos políticos únicamente aquellos que justamente, por razones políticas, no pueden ser sometidos jamás a régimen de policía sin que al hacerlo no se vulnere gravemente la característica esencial de los Estados Democráticos.

El derecho de opinar es un valioso instrumento democrático, y no debería someterse a régimen preventivo; sin embargo, son tan irreparables algunos de los daños que pueden causarse por su abuso, particularmente en el campo moral, que algunas de sus formas de expresión han sido intervenidas con fines de prevención.

Este derecho se expresa principalmente por medio de la prensa, el libro, el cine, la radio, el teatro, el discurso y la reunión pública. No incluidos el derecho de petición por las razones antes explicadas, y tampoco la religiosa por ser una forma muy especializada.

Libertad de prensa e imprenta.

La más antigua, usual y eficaz forma de expresar opiniones la constituyen la prensa y el libro. Los pueblos se muestran tan celosos de su libertad de imprenta, que jamás han permitido que se le someta a intervenciones preventivas. En tiempo de paz, no hay un solo país democrático que admita

la censura previa de los periódicos y libros. Gracias a esta amplitud para su ejercicio, es cada día más admirable la cultura de la llamada "opinión pública", así como la valiosa contribución de esta opinión al progreso científico, literario, artístico y político. La prensa representa el instrumento más valioso de control y de juicio sobre el funcionamiento de los servicios públicos y sobre la conducta de los funcionarios del Estado.

Por medio de la prensa pueden causarse las más graves ofensas y difundirse los peores errores, sin embargo está sometida exclusivamente a régimen de derecho. La calumnia, la difamación o la injuria, no tienen otro control preventivo que el de la integridad moral, la honestidad y la probidad mental de los escritores. A ningún organismo administrativo le es lícito intervenir, con fines de policía, en la publicación de periódicos o de libros.

Esta ausencia total de prevención explica por qué en muchos países, el régimen de derecho de la prensa se ha desarrollado tan extensa y enérgicamente. En algunos, el juicio de los delitos de prensa está reservado a los jurados populares, aunque se observa una marcada tendencia a modificar el sistema, porque su aplicación ha dejado impunes muchos delitos de calumnia. Se justifica sobradamente que las penas y las indemnizaciones sean severas en alto grado para estos delitos, precisamente porque la libertad cuyo abuso puede originarlo no comporta ninguna restricción preventiva.

La ley impone algunas obligaciones a los editores, como la de registrar sus periódicos ante la autoridad y la de indicar el nombre del autor responsable de los escritos, el nombre de la imprenta y su dirección, etc. Cuando no se cumplen estos requisitos, las autoridades de policía pueden ordenar el embargo provisional de las ediciones infractoras,

pero la sanción corresponde siempre a los jueces (1).

El artículo 36 de la Constitución colombiana, dice:

“La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública.

Ninguna empresa editorial de periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros gobiernos, ni de compañías extranjeras”.

Y el último inciso del Artículo 37, dice:

“Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos”.

La radio, el cine y el teatro.

Estos son otros medios de transmisión de las ideas, extraordinariamente eficaces como vehículos

(1) Muchos Códigos de Policía establecen penas de policía por vender o hacer circular publicaciones obscenas. Estas penas son inconstitucionales. El Ministerio de Gobierno para corregir esta anomalía, dictó la Resolución N^o 2 de 1924 que dice: “La policía sólo puede, en cuanto a la venta, préstamo, circulación, distribución, exposición en cualquier forma, de libros o escritos contrarios a las buenas costumbres, impedir preventivamente su circulación, embargarlos, iniciar los sumarios correspondientes y pasar éstos y aquéllos a la autoridad judicial, para que ella conozca y dicte los fallos del caso; y dictados debe proceder conforme a ellos”. Una simple Resolución del Ministerio de Gobierno no puede derogar las disposiciones departamentales de policía. La anterior regla de carácter general ha debido expedirse mediante un Decreto del Presidente de la República, que es el que constitucionalmente goza de poder de policía. Por lo demás, los artículos de los Códigos Seccionales no deben ser aplicados por ser manifiestamente contrarios a disposiciones legales y constitucionales.

de propaganda. La influencia que puede ejercerse por estos medios es inmensa, y el daño que puede causarse por su abuso es muchas veces irreparable, particularmente en el orden moral. Esta circunstancia ha exigido que aquellas formas de la libertad de opinión hayan sido sometidas a régimen de policía. En todos los países, las representaciones teatrales y cinematográficas están sometidas a censura previa, la cual se ejerce principalmente con fines de moralidad. El resultado de la intervención policiaca se traduce en un permiso en el cual constan las condiciones a que se sujeta el espectáculo.

La radiodifusión propiamente dicha, es decir, la transmisión aérea por medio de ondas eléctricas, de las ideas, es tan libre como el periodismo, pero la instalación de radiodifusoras está sujeta a permiso de policía con el propósito de evitar las interferencias de ondas. Estos permisos tienen el fin de garantizar el cumplimiento de los reglamentos de transmisión aérea. Son reglamentos de tránsito.

Libertad de discurso.

El ejercicio de esta libertad está íntimamente ligada con el de reunión. El discurso requiere auditorio, aunque se pronuncie en un lugar privado. La libertad de discurso no está sujeta en absoluto a régimen de policía.

Libertad de reunión.

Una consecuencia necesaria de la libertad de opinión es la de reunión, porque supone la facultad de los individuos para congregarse transitoriamente, en público o en privado, con el propósito de exteriorizar sus ideas, de formular peticiones, de acor-

dar planes o para buscar su perfeccionamiento cultural.

Conviene distinguir entre la reunión y la asociación, que son derechos fundamentalmente diversos. El primero es una agrupación transitoria con propósitos momentáneos, en tanto que el segundo supone un vínculo permanente para la satisfacción de un fin común. En la reunión poco importan el lugar y las personas que concurren, en la asociación los individuos son previamente identificados, se unen por vínculos jurídicos y constituyen sujetos de obligaciones y derechos, son personas jurídicas.

La Constitución colombiana, dice:

“Artículo 42. — Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenerare en asonada o tumulto o que obstruya las vías públicas”.

Importa, pues, distinguir dos especies de reuniones: las públicas y las privadas. Las últimas se caracterizan porque los asistentes son previamente señalados, y sólo pueden concurrir las personas invitadas. Cuando se celebran en lugares privados están protegidas por la inviolabilidad del domicilio. A las públicas pueden asistir todas las personas que lo deseen, sin que sea necesaria una invitación personal, y aunque se exija una contribución o el pago de una boleta para la entrada.

Como la libertad de opinión, la de reunión no debe estar sujeta, en principio, sino a régimen de derecho. Sin embargo, esta regla no es absoluta. Cuando la reunión se celebra en lugares cerrados, o abiertos, pero distintos de las vías públicas, resulta evidente que ninguna medida preventiva es justificable. Con todo, debe avisarse a la autoridad para que ésta tome las precauciones del caso para guardar el orden y para vigilar, a fin de que los asistentes no porten armas.

Cuando la reunión asume la forma de desfiles en cortejo, la situación no puede ser idéntica. En tal caso debe considerarse que el cortejo puede impedir la libre circulación por las vías, y este derecho es muy valioso. Por ésto, la Constitución autoriza a la autoridad para disolver las reuniones que obstruyan el tránsito. En tales condiciones, la notificación a la autoridad asume la forma de solicitud de permiso, y bien puede la policía negar su consentimiento para que la reunión se lleve a cabo en las calles o en las plazas, o puede señalar cuáles, únicamente, puede recorrer el cortejo. Si la reunión va a celebrarse fuera de las vías públicas, el aviso conserva su característica de notificación a la policía de que va a ejercitarse un derecho, y en ningún caso aquélla podrá oponerse; pero tratándose de desfiles por las calles, la policía puede impedirlos si considera que el derecho de locomoción sufrirá menoscabo.

Muchos sostienen, inclusive el Ministerio de Gobierno, que la libertad de reunión no está sometida jamás a régimen preventivo. Es un error. La Constitución autoriza la intervención preventiva en una forma inequívoca cuando señala la facultad de la autoridad para disolver las reuniones que obstruyan las vías públicas.

En resumen, la libertad de reunión está sometida a régimen de derecho, únicamente; pero cuando va a ejercitarse en las vías públicas puede ser sometida al sistema de autorización previa o permiso de policía, y en todos los casos la autoridad debe ser notificada previamente de la reunión.

Entre nosotros, casi todas las reuniones públicas se celebran en las calles y plazas, especialmente las de carácter político, y están sometidas por eso, no solamente al aviso, sino al otorgamiento del permiso, el cual, como ya se dijo, puede limitar los lugares que vayan a ser ocupados por los manifes-

tantes. Si la reunión no se ajustare a los términos del permiso, la policía puede disolverla por violación de las condiciones estipuladas.

Conviene recalcar en que la disposición constitucional es facultativa, es decir, que la autoridad, o sea la policía, no está obligada a disolver toda reunión que obstruya las vías públicas, pero puede hacerlo cuando lo estime prudente y con fines exclusivos de policía, es decir, de tranquilidad, seguridad o salubridad públicas.

Para los mismos fines, puede la policía dictar reglamentos, estableciendo los requisitos necesarios para permitir reuniones por las vías públicas y las condiciones según las cuales pueden otorgarse los permisos.

El permiso, sin embargo, sólo tiene cabida en esos casos; en los demás, la reunión estará sometida exclusivamente a régimen de derecho (1).

Los reglamentos departamentales de policía no contienen claramente la distinción que hemos mencionado, y por ésto, sus disposiciones sobre el ejercicio de la libertad de reunión se refieren todas al aviso o notificación que debe recibir la policía de

(1) Sin embargo, la obligación de avisar con anticipación a la autoridad el día, lugar y objeto de la reunión, equivale también en cierta forma a un régimen preventivo, puesto que aquellas reuniones espontáneas, que se celebren sin el requisito del aviso pueden ser consideradas ilegales y en consecuencia puede disolverlas la policía.

En el fondo las únicas reuniones que están excluidas completamente del régimen de policía son las que se celebran en lugares cerrados, como clubes, teatros o casas particulares. Barthelemy dice: "Contrariamente a lo que significa la declaración en el régimen normal de las libertades, la declaración de las manifestaciones equivale prácticamente a una solicitud de autorización. La declaración es la formalidad más ligera y más liberal del régimen preventivo simple". *Droit Public*. pág. 119.

los organizadores, a fin de que pueda ser garantizada plenamente la seguridad de la reunión, y por tanto su libertad. Ningún código consigna el régimen del permiso para las que se celebren en las vías públicas.

A pesar de la ausencia de disposiciones sobre permiso, es evidente la facultad de la policía para someter las reuniones a ese régimen, es decir, para negar su consentimiento para la celebración de la reunión en las vías públicas. Esa facultad no emana de leyes ni reglamentos, sino de la Constitución; sería preferible, con todo, que se reglamentara para evitar exceso de celo, o abusos injustificados, que pueden hacer ilusoria la libertad.

Cuando el permiso es negado por razones distintas de las de orden público, esta decisión puede ser anulada por los tribunales administrativos, y además puede causar el derecho a una indemnización. Nada justificaría que la policía negara el permiso para celebrar una reunión en una vía pública de poco tránsito cuya ocupación momentánea ningún perjuicio puede causar a los demás (1).

En éste, como en todos los casos, el acto de policía debe ser proporcionado al motivo y al fin.

Las reuniones pueden ser disueltas por las fuerzas armadas si degeneran en motines. Por la misma razón puede suspenderse un discurso, si el orador está invitando a la sedición o a la rebelión, porque

(1) Hay que tener en cuenta que aunque el desfile se proyecte en calles centrales de intensa circulación, si ésta puede desviarse transitoriamente hacia otras vías sin causar grave perjuicio a los no participantes, la autorización debe ser concedida. Además si la reunión va a celebrarse en una plaza o en un parque, por centrales que sean, si no se obstaculiza el tránsito de personas y vehículos, tampoco habría motivo suficiente para impedirlo.

ello implica la incitación a cometer un delito, la cual es, en sí misma, un delito previsto en el Código Penal. Los reglamentos de policía local contienen las reglas de procedimiento que deben atender los cuerpos armados al disolver una reunión pública. Estas disposiciones, como tantas otras, deberían ser materia de reglamentos de policía nacional.

Libertad religiosa.

Es ciertamente esta libertad una consecuencia de la de conciencia. Pero no es solamente el derecho de profesar una religión, de creer en un dios y de comunicarse espiritualmente con él. También es el derecho de afiliarse a una iglesia, de celebrar ceremonias externas de un culto, de reunirse públicamente para hacerlo, de solicitar la adhesión de otras gentes a la religión de cada uno, o sea el de buscar prosélitos. Sin embargo, la libertad religiosa debe ser mucho más aún; si la religión es la creencia en un dios, si el Estado garantiza a todos los individuos la libertad de creer, también debe garantizar la de no creer, si garantiza el derecho de afiliarse a una iglesia debe garantizar el de no afiliarse a ninguna, si garantiza el derecho de buscar prosélitos debe garantizar el de hacer propaganda para evitar ese proselitismo.

Tal vez la fórmula constitucional que corresponde más exactamente al sentido de la verdadera libertad religiosa es la del artículo 124 de la Constitución Soviética, que dice:

“A fin de asegurar a los ciudadanos la libertad de conciencia, la Iglesia, en la U. R. S. S., está separada del Estado, y la escuela, de la Iglesia. La libertad de practicar los cultos religiosos y la liber-

tad de propaganda antirreligiosa se reconoce a todos los ciudadanos" (1).

La religión es mucho más que la creencia en un dios, es un hecho social de incalculable influencia y un elemento político de igual entidad. "Yo afirmo muy alto que toda religión es un elemento poderoso de formación social. Quiero decir con esto que ante todo las religiones han sido frecuentemente el elemento esencial de formaciones políticas. Foustel de Coulange ha puesto poderosamente en evidencia el puesto que la religión ocupó en la ciudad antigua. Y no sería difícil demostrar que la religión ha jugado un papel de primer orden en la formación de las grandes naciones modernas, y particularmente la de Francia" (2).

(1) El Profesor holandés Kranenburg, dice refiriéndose a la evolución religiosa en Rusia, que "la religión amenazada y debilitada por la protección del Estado durante el último siglo de los Zares, ha sido reforzada por los santos elementos internos puestos en juego por el inevitable martirio a que la sujetó el régimen bolchevique". Su observación la refuerza con la siguiente transcripción del profesor Frank en su monografía sobre el Estado Soviético: "No solamente las iglesias están llenas de creyentes de todas clases sino también la religiosidad y la devoción piadosa se han hecho más fuertes, y la vida de las comunidades religiosas —aún no legalizada— se ha desarrollado grandemente, en cuanto a la caridad y al amor fraterno, pese a las grandes privaciones. Esta tensión faltaba, en una forma deprimente, en otros tiempos. Esta purificación de la religión ha producido también una separación en la conciencia de los creyentes entre la vida eclesiástica, ética y religiosa y la vida externa del Estado. Los creyentes desean con fervor una separación auténtica del Estado y la Iglesia". Teoría Política, página 240.

(2) Duguit, obra citada. Tomo V, pág. 458. Es evidente lo que dice de Foustel de Coulange, este autor en su obra "La Ciudad Antigua", dice: "El vínculo social no es fácil de establecer entre esos seres humanos que son tan

Duguit define la libertad religiosa, así: "No es suficiente decir que la libertad religiosa es la libertad de manifestar la creencia en una fuerza sobrenatural y de practicar el culto correspondiente. Es necesario admitir que la libertad religiosa es también la libertad para el individuo de hacer parte de una iglesia, y la libertad para las iglesias de constituirse, de vivir, de poseer, de actuar conforme a sus propias leyes y de hacer todos aquellos actos que les permitan atender el fin de orden religioso que persiguen. La libertad religiosa es una limitación a los poderes del Estado. Este no puede hacer nada que entorpezca las manifestaciones de las creencias, el ejercicio público del culto, la formación y el funcionamiento de una iglesia cualquiera y la posibilidad para los fieles de reunirse con el fin de celebrar su culto y también la libertad de llamar al público" (1).

La libertad religiosa es, pues, no solamente una manifestación de la libertad de conciencia y de opinión, lo es igualmente de la de reunión y asociación.

El régimen a que está sometido el ejercicio de esta libertad es el mismo a que están sometidos los

(1) Duguit, obra citada, pág. 459.

libres, tan inconstantes. Para darles reglas comunes, para instituir el mando y hacer aceptar la obediencia, para hacer ceder la pasión a la razón y la razón individual a la razón pública, es preciso, sin duda, alguna cosa más fuerte que la fuerza material, más respetable que el interés, más segura que una teoría filosófica, más inmutable que una convención, algo que esté por igual en el fondo de todos los corazones y ahí se asiente con imperio. Esa cosa es una creencia". La Cité Antique, pág. 153. Pero el concepto de religión como fuerza espiritual y como elemento de cohesión bien puede ser menos restringido que el que usualmente se acepta. Como dijo Goethe, en frase inmortal: "El que tiene la ciencia o el arte tiene su religión. El que no tenga ni la ciencia ni el arte, que tenga la religión",

derechos que ella implica. Entre éstos ocupa lugar importante el del culto que implica de ordinario reuniones públicas. Las de esta clase que se celebren en las vías públicas estarán sometidas a las autorizaciones de policía comunes a que están sometidas todas.

En Colombia, por desgracia, viejo legado del régimen clerical español, la libertad de religión y de cultos no es absoluta. No se admiten los cultos contrarios a la moral cristiana; pero aunque no esté expresamente garantizada la libertad de propaganda antirreligiosa, debe entenderse que ella es implícita. Así lo admite la redacción del texto y así lo exigen las modernas corrientes del derecho público.

Dice así nuestra Carta Política:

“Artículo 50. — El Estado garantiza la libertad de conciencia.

Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia.

Se garantiza la libertad de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto de ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común.

El Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica.

Artículo 51.— El Ministerio sacerdotal es incompatible con el desempeño de cargos públicos. Podrán, sin embargo, los sacerdotes católicos ser empleados en la instrucción o beneficencia públicas”.

Vale observar de paso, que la disposición del Artículo 51 es otra restricción a la libertad religiosa. Es una excepción irritante al principio de la igual-

dad ante la ley, más irritante respecto de los sacerdotes no católicos a quienes se les niega hasta el derecho de desempeñar cargos en la beneficencia pública.

A la libertad religiosa en Colombia le falta todavía mucho camino por recorrer, para ser evidente libertad.

Libertad de asociación.

Si el individuo tiene el derecho de desenvolver libremente su personalidad, debe tener también el de asociarse a otros individuos con el propósito de buscar cooperación en su tarea individual. La libertad de Asociación se nos presenta así como una consecuencia inevitable de la libertad individual. Es la facultad que se reconoce a cada individuo para unirse a otros de un modo estable y duradero, con el fin de satisfacer un interés común, económico, político, científico, deportivo, literario, etc., aprovechando los lazos de la fraternidad y solidaridad que naturalmente surgen al rededor de todo interés común.

El problema de esta libertad está en determinar si la asociación debe ser libre, intervenida por el Estado o dirigida por el Estado. La historia nos revela las más contradictorias situaciones constitucionales respecto de esta libertad y todas ellas han sido el resultado del influjo más o menos poderoso de las ideas político-económicas. La Revolución Francesa, teóricamente reconocida como la revolución por excelencia de las libertades, hasta el punto que ahogó muchas de ellas en su afán de alcanzarlas, no consigné en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ningún principio de asociación. Dejó de hacerlo, no porque pensarán los líderes populares que era una consecuencia im-

pública de la libertad individual, sino por todo lo contrario, porque se entendió entonces que representaba un obstáculo insuperable para el desenvolvimiento de la personalidad. Solamente en 1848 se reconoció por primera vez en Francia el Derecho de asociarse. Es curioso observar cómo, casi un siglo después, la revolución más notable contra las libertades, la fascista italiana de 1922, afirmaba como fundamento del Estado y del individuo, no ya el derecho sino, más aún, la obligación de asociarse. Aquello porque habían luchado tantas generaciones de libertarios se imponía coercitivamente, a los hombres, repartiéndolos obligatoriamente en clases y grupos a los cuales no pueden negarse a ingresar. El Estado fascista es la más irritante consolidación de la división social en clases y es además la más completa afirmación en el poder de las clases capitalistas. Aparece evidente que esta concepción totalitaria no tiene nada de común con la libertad de asociación.

Barthelemy, siguiendo a Tocqueville, dice que después de la libertad de actuar solo, la más natural de todas las libertades es la de combinar los esfuerzos de cada uno con los de los demás. "Es una prolongación de la libertad individual, y es democrática en el sentido de que es patrimonio de todos inclusive de los pobres". Es, además, cierto que no puede hablarse de democracia política en donde los ciudadanos carecen de libertad para agruparse con el propósito de defender sus ideas.

Deben considerarse dos grupos diferentes de asociaciones: las que persiguen el lucro y las que tienen un fin no lucrativo. Las primeras son las llamadas Sociedades comerciales y las segundas se conocen con el nombre de fundaciones o asociaciones propiamente dichas.

La existencia de la asociación no depende, en un verdadero régimen de libertad, del consentimiento

to del Estado. Ella, más que un contrato, es un hecho que resulta de las voluntades individuales reunidas con un fin común. El Estado no puede oponerse a la formación de las asociaciones que podríamos llamar espontáneas, mientras sus fines no sean contrarios al orden público. Sin embargo, la asociación es algo más que la libertad de agruparse, es también la libertad de adquirir una capacidad jurídica independiente de la de cada uno de los individuos que la integran. El derecho al reconocimiento de una personería jurídica, que la haga sujeto de obligaciones y derechos.

El reconocimiento de la personería de las sociedades comerciales depende del cumplimiento de ciertas formalidades solemnes, como el otorgamiento de escritura pública y el registro en las Cámaras de Comercio. Una vez constituida, la disolución de la sociedad escapa por completo a la autoridad administrativa; depende de una decisión judicial. Durante la existencia de la sociedad, la Administración interviene únicamente para vigilar el cumplimiento de las leyes y de los estatutos, principalmente con el fin de proteger los intereses de terceros. En algunos casos puede imponer multas cuando se han omitido algunas formalidades, particularmente en lo relativo a la presentación de cuentas, pero si considera que la Sociedad debe disolverse, debe siempre acudir a los jueces (1).

En las asociaciones que no tienen un fin lucrativo, el reconocimiento de la capacidad legal está en manos del Gobierno. La Asociación debe compro-

(1) Se exceptúan las Sociedades Anónimas, respecto de las cuales el Gobierno, en virtud de la ley de 14 de mayo de 1904, cuenta con más amplias facultades, inclusive las de decretar su disolución. Estas funciones de excepción, son ejercidas por intermedio de la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

bar previamente que su organización se ha ajustado a las normas legales y que en consecuencia es acreedora a su reconocimiento. Las leyes han dado numerosas atribuciones al Gobierno para intervenir más de cerca en el funcionamiento interno de estas agrupaciones para evitar que se desvíen de los fines declarados en sus estatutos. Esta intervención es más intensa en las llamadas instituciones de utilidad común que son aquellas cuyo fin interesa más a la sociedad que a sus fundadores o gestores.

El Gobierno cuenta también con la facultad legal de suspender la personería temporal o definitivamente a aquellas asociaciones que funcionan en una forma manifiestamente contraria a su fin. Estas decisiones gubernamentales están sujetas a recurso contencioso ante los tribunales administrativos.

A pesar de todas estas intervenciones gubernativas, se puede afirmar que, en los Estados democráticos, la libertad de Asociación está sometida a régimen de Derecho, porque el hecho mismo de agruparse con uno u otro fin lícito, ni está ni puede estar condicionado por regulaciones de carácter preventivo (1).

Empero, la autoridad puede disolver sin orden judicial previa, aquellas asociaciones cuyos fines o procedimientos impliquen un atentado contra el orden público, como las llamadas ligas militares de juventudes, regimientos políticos, etc. En tales casos la licitud de la intervención policial es perfec-

(1) Debe distinguirse sin embargo, entre la existencia de la asociación y su reconocimiento como persona jurídica. Este último está sometido a régimen de policía. El Decreto 1326 de 1922 dispone que las solicitudes de reconocimiento las decide el Gobierno previo el dictamen favorable del Gobernador respectivo, quien califica si la asociación es o no contraria a la moralidad o al orden legal.

tamente clara, se trata de asociaciones extralegales que están asumiendo funciones que son exclusivas del Estado, que ponen en peligro la propia seguridad del Estado. La disolución le compete a la policía, pero la sanción que pueda caber a los responsables, individualmente considerados, está reservada a los jueces.

La disolución, en la práctica, ofrece numerosas dificultades, porque si los asociados insisten en reunirse y lo hacen en un domicilio privado, la policía no puede impedirlo por la fuerza, ni allanar el domicilio sin orden judicial. Por otra parte, las agrupaciones que no persiguen el lucro, están unidas más que por un patrimonio, por la comunidad de ideas o de sentimientos, y la policía es físicamente incompetente para destruir esos vínculos. La disolución policial de las asociaciones es meramente teórica puesto que sus atribuciones son extraordinariamente limitadas, y muy frecuentemente, aún la disolución judicial es igualmente teórica.

Finalmente, las sociedades secretas, entre nosotros, están permitidas y aún autorizado su reconocimiento por la autoridad. Tal es el caso de las logias masónicas, a las cuales se les ha otorgado personería jurídica por una ley especial exonerándolas del cumplimiento de los requisitos ordinarios que se exigen a todas las asociaciones para poder obtener su reconocimiento. Es una situación de excepción, injustificable, que implica una violación del principio de la igualdad ante la ley. No solamente se admite la existencia de asociaciones secretas, situación que en sí misma supone ya una excepción a las normas y principios que presiden el ejercicio de esta libertad, sino que se reconoce a priori, su capacidad jurídica. Semejante privilegio, como todos los privilegios en un Estado democrático, es claramente irritante.

La Constitución colombiana reconoce la libertad de Asociación en los siguientes términos:

“Artículo 44. — Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas” (1).

Nuestra Constitución contiene una disposición original y *sui generis*, la del artículo 43 que prohíbe las juntas políticas populares de carácter permanente. Debe advertirse que se refiere a las juntas populares, especie de asociaciones inestables cuyos socios no son siempre los mismos, a las cuales tiene acceso toda persona. Son centros de agitación política popular, como los cabildos abiertos del tiempo de la Revolución de 1810, que dentro de un ambiente de pasión y de ardor revolucionarios, estimulados por la noble y vehemente elocuencia de los tribunos de la libertad acordaron las bases de la Independencia o proclamaron sus principios prometiendo defenderlos y luchar por ellos.

En las épocas normales no es posible concebir la existencia de juntas políticas populares de carácter permanente, y para los tiempos de revolución aquélla depende de la fuerza con que cuenten los gobernantes para sofocarlas.

El mismo artículo 43 exige a las asociaciones religiosas autorización eclesiástica para que el poder civil pueda reconocerles capacidad jurídica.

(1) El doctor Tascón dice: “No hay que confundir las Corporaciones con las fundaciones: las primeras suponen una unión o congregación de personas (*universitas personarum*) y las segundas, un conjunto de bienes o un patrimonio destinado a un fin duradero (*universitas honorum*)”. Derecho Constitucional Colombiano, pág. 114.

Libertad de locomoción.

El derecho de ir y de venir, de moverse dentro del territorio nacional o de permanecer en un lugar cualquiera, está íntimamente ligado con la libertad física. Conviene, a pesar de ser tan estrecha su relación, distinguir entre el derecho de moverse y el de permanecer. Este último lo hemos llamado libertad de residencia y ya quedó explicado en capítulo anterior. Ahora nos referimos solamente al derecho de moverse, llamado más comúnmente libertad de circulación.

Dos aspectos interesantes ofrece esta libertad: la circulación intermunicipal y la circulación urbana. En principio, la circulación individual no puede someterse a restricciones de policía; toda persona tiene la facultad de viajar dentro del territorio sin notificación previa a la autoridad y sin requerir permiso. El pasaporte no se admite sino para la circulación internacional.

Sin embargo, si el hecho mismo de circular o de no circular escapa al control preventivo, los medios que se escojan para transitar están severamente reglamentados por la policía, por razones de tranquilidad, seguridad y salubridad. La libertad absoluta de circulación implicaría la anulación de la libertad.

En Colombia la libertad de locomoción no está consagrada expresamente en la Constitución, y por tanto la policía no requiere de autorización legal para intervenir en su ejercicio. La dirección en que pueda circularse, la exigencia de un pase especial para conducir vehículos, la velocidad, los estacionamientos en la vía pública, el ejercicio de ciertas profesiones ambulantes, como la de vendedor de periódicos, pueden ser, y han sido en la práctica, abundantemente reglamentadas con fines de poli-

cia. La de locomoción es el ejemplo más caracterizado de las libertades sometidas a régimen de policía. Es así, por dos razones principales: porque la intervención administrativa no está limitada ni por la Constitución ni por la ley, y porque su ejercicio se opera en las vías públicas, que son el dominio natural de la policía.

A pesar de la extraordinaria amplitud de la policía, respecto de la circulación, sus actos comportan las mismas limitaciones de todos los actos de policía. Está excluida, como siempre, la arbitrariedad.

Libertad de escoger trabajo.

Tradicionalmente había sido entendida esta libertad como la de trabajar o negarse a hacerlo. Como la libertad para vivir del esfuerzo propio o la libertad para vivir del esfuerzo ajeno. El régimen capitalista se ha preocupado de mantener todos los sistemas jurídico-económicos que facilitan la desproporcionada acumulación de capitales en las manos de unos pocos para permitirles sustraerse a la obligación natural del trabajo, para permitirles disfrutar de todos los bienes de la vida que pocas veces alcanzan aquellos que aplican su trabajo a producirlos.

Este viejo concepto está siendo modificado: el trabajo pasa cada día más de ser una libertad a ser una obligación; conserva sin duda su característica de libertad, pero para escoger la especie de trabajo que más se acomode a las aptitudes personales y no para rechazar todas las especies de trabajo. Sin embargo, el trabajo no podrá ser verdaderamente una libertad de aplicar las aptitudes e inclinaciones naturales a la producción de riqueza común, en cualquier campo de la actividad humana, mientras

subsista la desigualdad de oportunidades, mientras sea una mercancía y no la más noble diligencia del hombre, mientras no deje de ser tan solo un programa para convertirse en una verdad, la bella fórmula de nuestra Constitución que dice:

“Artículo 40. — El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”.

En el entendimiento de que la libertad de trabajo es solamente la de escoger profesión u oficio, como lo dice el inciso primero del Artículo 38 de la Constitución, examinemos los diversos aspectos que ofrece su ejercicio.

La primera consecuencia que se desprende de esta libertad, es la abolición de la esclavitud. Nadie puede ser sometido de por vida a trabajar para otro, contra su voluntad y en condiciones impuestas unilateralmente. A primera vista parece un poco anacrónico hablar de esclavitud en estos tiempos. Es claro que las afrentosas formas antiguas de la propiedad de unos hombres sobre las personas de otros, desaparecieron ya; —y aunque la disposición constitucional del artículo 18, que dice: “No habrá esclavos en Colombia. El que, siendo esclavo, pise el territorio de la República, quedará libre”, es principalmente una reminiscencia histórica, en el presente, tiene también un significado, al menos teórico; la esclavitud económica es inconstitucional.

La segunda cuestión se refiere al contrato de trabajo. En principio, la ley reconoce libertad absoluta para que las partes estipulen las condiciones que mejor les convengan en sus contratos. Sin embargo, la manifiesta inferioridad de una de las partes, el trabajador, ante quien siempre se presenta la misma alternativa: o aceptar o perecer, ha inducido al legislador a consignar una serie de principios protectores, considerados de orden público, es

decir, superiores a las voluntades contratantes, que deben ser respetados. Para disminuir el desequilibrio se ha autorizado, e inclusive estimulado, la sindicalización y los contratos colectivos de trabajo. Todas estas medidas, aunque de origen legal, implican limitaciones preventivas al ejercicio de la libertad, con el fin de hacerlo más cierto.

También, para beneficio común, la ley ha impuesto restricciones consistentes en la exigencia de preparación académica para el ejercicio de muchas profesiones, y la obtención de un título que en la mayoría de los casos representa la autorización concedida por el Estado, para ciertos trabajos. De cualquier manera, esta reglamentación, aunque de carácter preventivo, está reservada por la Constitución a la ley.

El inciso 3º del Artículo 38 contiene una explícita facultad de policía, la de inspeccionar las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad (tranquilidad), seguridad y salubridad públicas. Esta potestad ha permitido la más amplia intervención administrativa. Los reglamentos para la prevención de accidentes de trabajo, para la protección de la maternidad, la prohibición del trabajo de menores, la salubridad en las fábricas, la prohibición de industrias insalubres y comercios inmorales, las restricciones y régimen de permiso para industrias peligrosas, el trabajo en las minas, en los transportes, etc., son actos administrativos de carácter preventivo, actos de policía.

Las libertades de industria y comercio, que son manifestaciones de la de trabajo, han podido ser ampliamente intervenidas con fines de policía, en virtud de la autorización del artículo 38. Por desgracia, el alcance de este texto constitucional no ha sido bien medido, y muchos suponen todavía que la policía no puede intervenir en el trabajo, la in-

dustria y el comercio, reglamentando preventivamente, con fines de policía, su ejercicio.

Derecho de huelga.

Como una consecuencia natural de la libertad de trabajo, aparece el derecho de suspenderlo colectivamente como un medio de coacción de los obreros para obligar a los patrones a dispensar mejores condiciones contractuales. Es una de las armas concebidas por el derecho liberal-burgués para amortiguar la gigantesca diferencia de parte a parte, en los contratos de trabajo. Empero, la cuestión no es tan simple como aparece a primera vista. La huelga más que una libertad, es una negación de la misma, es un obstáculo ilógico en el cumplimiento de la obligación de trabajar, es, además, un atentado contra la riqueza y el progreso comunes. Pero es necesario admitirla. Es una contradicción jurídica, transitoria, pero indispensable.

Dentro de un sistema normal de libertades en el cual el trabajo sea realmente una libertad para escoger oportunidades, la huelga no tendría sentido y no lo tiene. Pero dentro de una organización en donde la libertad que menos existe es la libertad económica, el Estado se reconoce impotente para brindar a los hombres las mismas oportunidades de libertad, y entonces tiene que entregarles a unos un arma para que asuman por su propia cuenta la defensa de derechos vitales que el Estado declara que no puede proteger. La huelga es un derecho de transición entre el capitalismo y el socialismo.

León Duguit afirma que la huelga es un fenómeno antijurídico, cuyo reconocimiento como garantía constitucional supone un absurdo. La Constitución garantiza la libertad de trabajo y la obligación de cumplir los contratos libremente pactados; normal-

mente, si una de las partes viola el contrato, la otra tiene el derecho a la resolución del mismo y a una indemnización. Habiéndose convenido un trabajo en determinadas condiciones, los obreros no pueden tener el derecho de romper el contrato antes de su terminación sin que ese hecho no origine un derecho del patrón a exigir una indemnización (1). La tesis en teoría, es cierta; pero si se recuerda que el contrato de trabajo no es el resultado de un acuerdo *libre* de voluntades, sino la adhesión de una de las partes a las condiciones propuestas por la otra, debe concluirse que el rompimiento del contrato antes de su terminación no es antijurídico, sino apenas el empleo que una de las partes hace de un sistema legal con el propósito casi nunca alcanzado de nivelar la libertad en el consentimiento.

Es cierto, como dice Duguit, que resulta monstruoso que la huelga figure como una garantía constitucional, pero sería así en un país en donde la libertad de escoger trabajo no sea un programa para el futuro, sino una realidad social. De otra manera, en los países de régimen liberal-burgués lo monstruoso sería que no se reconociera el derecho de huelga.

El inciso 2º del Artículo 44 de nuestra Carta, dice:

“Se garantiza el derecho de huelga salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio” (2).

Respecto de ninguna de las libertades del individuo, ni aún de la inviolabilidad personal, es tan categórica la Constitución al reservar su ejercicio a

(1) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*. Tomo V, pág. 177 y siguientes.

(2) Esta disposición no debía figurar como inciso del artículo 44 que trata del derecho de asociación, sino en el 38 que trata de la libertad de trabajo.

régimen exclusivo de derecho, como respecto del derecho de huelga. A la policía como función le está vedada toda intervención en el ejercicio del derecho de huelga. En las huelgas, la policía sólo puede intervenir en su calidad de servicio (cuerpos armados) para protegerlas contra los atentados de sus opositores y enemigos. Siendo la huelga un fenómeno exclusivamente económico, la esfera de su ejercicio escapa por completo al control preventivo. Lo anterior no quiere decir, como es obvio, que los cuerpos de policía protejan los abusos que con pretexto de las huelgas puedan presentarse.

Derecho a la asistencia pública.

Deriva del trabajo como una obligación social, el derecho, de quienes no pueden trabajar, a la asistencia adecuada y completa que debe prestarles el Estado. Los enfermos, los inválidos y aquellos que ya cumplieron con su tarea tienen el derecho a recibir del Estado una asistencia justamente proporcionada a sus necesidades. No cumple el Estado con un acto de caridad o de generosidad al prestar sus servicios de asistencia, simplemente satisface una de sus más importantes obligaciones. Entre nosotros estos servicios son incompletos y deficientes porque hasta hace muy poco tiempo eran administrados con el criterio de caridad y no de obligación elemental (1).

(1) Algunos afirman, y entre ellos nuestro ilustre profesor doctor Jorge Soto del Corral, que el Derecho a la Asistencia pública más que una institución correlativa a la obligación del trabajo, es la consecuencia inmediata del tercer principio revolucionario: la fraternidad. Ello es cierto, la asistencia pública es probablemente la primera consecuencia práctica de la fraternidad de los hombres que viven en sociedad, y desde este punto de vista, bien hubié-

El Artículo 39 de la Constitución, dice:

“La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”.

Derecho a la educación.

El problema de la educación reside fundamentalmente, en recibirla más que en darla. Por tal razón hemos preferido el título de este párrafo al de libertad de enseñanza, que es el usual, pero que sin embargo no expresa convenientemente todo el alcance de esta garantía individual.

En la educación hay que diferenciar dos aspectos: la libertad de enseñar, es decir, de transmitir nuestros conocimientos a otros hombres, y el derecho a recibir una educación adecuada.

El primer aspecto reviste todas las características de la libertad, como que es una de las formas de la opinión, aunque por sus particulares modalidades suele llamársele más específicamente, libertad de cátedra. Bajo esa forma, la libertad de enseñanza en un Estado democrático no puede admitir restricciones, por las mismas causas que no soportan

ramos podido clasificarla junto con la igualdad. No lo hicimos así sin embargo, por considerar que no solamente la asistencia pública, sino muchas otras instituciones protectoras de la personalidad humana, son igualmente una afirmación de la fraternidad, como las libertades de asociación y de reunión. En el fondo, la fraternidad es como el principio superior que domina las relaciones de los hombres, que les da vida, sentido y justificación.

restricciones otras formas de libertad de opinión como el discurso, la prensa o el libro. Pero en esta materia no puede el Estado reducirse a una actitud pasiva, tiene además la obligación, correlativa al derecho, de proporcionar a quienes desean enseñar la oportunidad de hacerlo. En las Universidades y escuelas oficiales deben tener acceso a la cátedra todos los profesores. Ello no significa que el Estado deba incluir en sus cuadros docentes a todo el que lo solicite, sino simplemente que debe permitir a quien quiera hacerlo, la exposición, sin trabas ni censuras, de sus opiniones en cualquier campo del conocimiento.

El segundo aspecto es un poco más complejo; no ofrece tan definitivamente los caracteres de la libertad propiamente dicha, o sea la facultad de ejercerla o no. La educación, más que una libertad es un deber social; si, el trabajo es una obligación a cuyo cumplimiento no es lícito sustraerse, se concluye que prepararse adecuadamente para cumplir con tal obligación, es a su vez un deber. En principio, nadie puede tener la facultad de no educarse, ello no sería una libertad sino un atentado contra ella, porque su ejercicio conciente requiere un alto grado de instrucción técnica y principalmente de formación moral y mental.

La educación es un deber general para todos los individuos, pero por lo mismo es un derecho a exigir del Estado los medios adecuados para obtenerla. En sí misma, la educación no es un fin, sino un medio de capacitación para satisfacer nuestras obligaciones sociales; como tal, el disponer de él no depende de la voluntad de cada uno, sino de las posibilidades que se pongan a su alcance para lograrlo.

Por otra parte, el Estado es el más interesado en que la educación sea universal, en el sentido de que alcance a todos los individuos. El desarrollo y progreso sociales dependen en buena parte de

la capacidad humana que los crea, y se sirve de ellos.

Por las anteriores razones, es innegable que la prestación de un servicio tan esencial, quizá el servicio capital, no puede abandonarse a la iniciativa privada, como tampoco la educación puede ser una libertad en el sentido de que quien no lo desee, no la obtenga. Es un derecho, pero primero es una obligación, y el Estado debe exigir coactivamente su cumplimiento. La educación es una libertad solamente en el sentido de que a los educandos debe permitírseles escoger las formas especializadas superiores que más convengan a sus aptitudes e inclinaciones, pero después de que hayan adquirido un *minimum* general obligatorio para todos.

La educación debe ser ante todo un servicio público, por eso, los establecimientos privados, aunque deben tolerarse bajo ciertas condiciones, nunca deben estimularse. Claro que en los países en donde el Estado se ha mostrado incompetente para cumplir con su obligación, aparecen necesarios los establecimientos privados que tienden a subsanar en parte la falta del Estado. Tal es el caso de Colombia, en donde todavía no ha sido posible hacer obligatoria la enseñanza primaria, por falta de elementos oficiales pedagógicos suficientes.

Los establecimientos privados de educación deben estar vigilados por el Estado, no solamente para garantizar la salubridad y seguridad, sino para evitar que el afán de lucro pervierta sus verdaderos fines que son los de la cultura.

El Artículo 35 de nuestra Constitución, dice:

“Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cul-

tura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

La enseñanza primaria será gratuita en las Escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señale la ley".

No habiendo expresado que esa suprema inspección está reservada a la ley, el Gobierno puede reglamentarla libremente, mientras aquella no lo haga. Pero la intervención del Gobierno, encaminada a garantizar los fines de la cultura, no es de policía, porque la cultura no es un fin de policía. En relación con la educación, la policía sólo puede intervenir en las instituciones privadas para garantizar la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas; en este terreno sus facultades son amplias y para ejercerlas no requiere autorización legal alguna.

Duguit dice: (1) "Es incontestable que el Estado tiene el derecho de dictar las medidas encaminadas a que toda casa de enseñanza presente las condiciones suficientes de salubridad, y también de exigir de todos los que quieran dirigir una escuela o enseñar en ella, serias garantías de moralidad. Existe ciertamente el derecho, y también el deber, de ejercer a este respecto, un control sobre todos los establecimientos de instrucción. Es igualmente cierto que el Estado puede y debe ejercer una supervigilancia para asegurar que los maestros no atenten contra la libertad física, intelectual y moral de los alumnos, y con este fin puede ejercer una inspección en todos los establecimientos de instrucción".

"A la inversa, no es menos cierto que el Estado no puede ni impedir ni imponer en una escuela la enseñanza de una doctrina cualquiera. El Es-

(1) *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo V, pág. 354 y siguientes.

tado no debe tener doctrinas; debe respetarlas y protegerlas todas. Solamente los jacobinos, discípulos de Rousseau, y los sectarios clericales o los masones, que proceden todos con el mismo espíritu, pueden sostener el derecho del Estado para imponer o impedir la enseñanza de determinada doctrina. El Estado no puede, por tanto, organizar una inspección para vigilar los métodos las doctrinas, las tendencias, el espíritu que inspira la enseñanza de determinada escuela”.

Conclusión segunda.

De todo lo dicho se concluye que, respecto de los derechos no políticos del individuo como unidad social, la policía se manifiesta con más fuerza que en relación con cualquiera otro grupo de derechos. Aunque como ya lo estudiamos en su lugar algunos de los de este grupo no están sometidos a régimen de policía, es evidente que es respecto de la mayoría de este grupo que la policía se expresa más frecuente e intensamente.

DERECHOS DEL INDIVIDUO COMO UNIDAD SOCIAL.

Derechos políticos.

Derecho de petición.

Todo régimen de libertad individual, todo sistema político democrático, reconoce a los individuos la facultad de dirigirse a las autoridades con el ánimo de obtener de ellas un acto que les beneficie personalmente o que tenga un interés general. Es una consecuencia de la libertad de opinión, y es un derecho cuyo más importante aspecto es esencialmen-

te político. Cormenin, uno de los constituyentes franceses de 1848, refiriéndose a este derecho, decía: "Por él, el último de los proletarios sube a la tribuna y habla públicamente delante de toda Francia. Por él, el francés no elegible, ni siquiera elector, ni aún ciudadano, puede ejercer la iniciativa como los diputados, como el Gobierno mismo. El ciudadano oprimido u ofendido en sus intereses, puede venir delante de los representantes del país, pedir aquéllo que él cree que le es debido, o como gracia o como justicia, y atacar todo acto que le haya ocasionado perjuicio" (1).

Las peticiones pueden ser dirigidas a cualquiera autoridad, administrativa, legislativa o judicial, y pueden ser también o individuales o colectivas, orales o escritas. La autoridad a la cual se dirija una petición está en la obligación de recibirla con respeto, examinarla con atención y resolverla con prontitud.

El artículo 41 de nuestra Constitución dice:

"Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución".

Esta disposición, que sólo puede ser reglamentada por ley, no lo ha sido aún, sino en lo relacionado con las peticiones dirigidas a las autoridades judiciales, respecto de las cuales los Códigos de Procedimiento contienen numerosas reglas.

Aunque ninguna ley lo dispone bien claramente, la costumbre ha establecido que todas las peticiones deben hacerse por escrito. Las verbales dirigidas al Parlamento nunca se hacen dentro del recinto de las Cámaras, sino invitando a los representantes

(1) Citado por Barthélemy, Droit Public, pág. 284.

del pueblo a escucharlas en otros lugares, especialmente en las plazas públicas.

Obviamente, este derecho no está sometido a especie alguna de limitaciones preventivas.

En los tiempos modernos, las formas originarias y más populares de la petición tienen escasa importancia, porque el Derecho ha encontrado vías más eficaces de protección contra la arbitrariedad, tales como los recursos ante los tribunales administrativos por exceso de poder y las demandas de reparación por daños injustamente causados. En el fondo lo que ha ocurrido es que el derecho de petición ha asumido con los progresos jurídicos, formas de expresión más elevadas y más eficaces. Con todo, no puede desconocerse que en señaladas ocasiones, la forma directa en la petición ejerce profunda influencia, particularmente cuando representa un sentimiento general del pueblo. De ahí que no resulte muy afortunada la conclusión de Duguit, cuando al analizar esta garantía individual en los tiempos modernos, la llama "el modesto derecho de petición" (1).

Derecho de sufragio.

El viejo principio democrático, según el cual la soberanía reside esencialmente en la nación, es la afirmación contenida en las modernas constituciones, de que todos los poderes del Estado están subordinados a la voluntad del pueblo y la forma apropiada para la expresión de esa voluntad popular es el sufragio.

Bien puede afirmarse que el grado de perfección democrática de un Estado puede medirse por el desarrollo de sus instituciones electorales. El ideal de

(1) Obra citada, Tomo V, página 450.

mocrático es, sin duda, el voto universal, directo y secreto de todos los hombres y mujeres adultos, para la designación de todos aquellos cargos superiores de representación. Pero no podrá hablarse de verdadera libertad de sufragio mientras no se haya conquistado una cultura política eficiente en todos los electores. El analfabetismo, la ausencia casi total de cultura en las grandes masas de electores de la mayoría de los Estados que hoy se denominan democráticos, ha hecho del derecho de sufragio, como de casi todos los derechos individuales, un programa para el futuro, y en el presente, tanto solo un privilegio, de clase, de la clase culta, de la clase burguesa que es la minoría (1).

El sufragio comprende dos derechos: el de votar por aquellas personas que cada uno estime como las más capaces para dirigir honestamente los organismos públicos, y el de solicitar los votos de los electores para ser elegido a los cargos de representación. Este derecho por su significación política no puede ser sometido a régimen administrativo de prevención, sin embargo, la ley, con el fin de garantizar hasta donde sea posible la pureza de las votaciones, puede establecer y ha establecido numerosas regulaciones de carácter preventivo, tales co-

(1) Mario Rojas, en su reciente tesis de grado "Derechos y Deberes de los Ciudadanos Soviéticos" Chile, 1942, dice: "Aun cuando las elecciones se hagan mediante sufragio universal, directo, igual y secreto, no expresan en las condiciones capitalistas, la voluntad popular, sino la voluntad de la minoría poseedora; el Estado democrático no es, pues el representante del pueblo o de la nación, sino el de las clases poseedoras". Más adelante agrega: "Desde el punto de vista legal, los electores son libres para emitir su voto, pero el que vive de un salario, no lo es en realidad. No necesitamos detallar las mil maneras que tiene a su disposición la riqueza para presionar a los que votan" pág. 169.

mo la inscripción previa en los registros, la obtención de cédula individual de identificación y otras análogas.

Como lo vimos en un capítulo anterior, la necesidad de garantizar la libertad de sufragio, aún dentro de las precarias condiciones como puede ser ejercido, justifica la limitación extraordinaria y transitoria de otras libertades, como la de reunión, la de discurso, la de locomoción, etc.

En Colombia, el voto está reservado a los ciudadanos, que son los nacionales, varones mayores de 21 años. El artículo 14 dice:

“La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. Pero la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos”.

El artículo 172 dice:

“Todos los ciudadanos eligen directamente Consejeros Municipales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes al Congreso Nacional y Presidente de la República”.

El artículo 174 dice:

“Corresponde a las Asambleas Departamentales elegir Senadores. Ninguno de los miembros de la Asamblea que hace la elección podrá ser elegido Senador. La contravención a este precepto vicia de nulidad la elección respectiva”.

Por disposición legal, y a pesar de ser ciudadanos, los miembros de los cuerpos armados: ejército y policía, no pueden elegir ni ser elegidos. Semejante restricción, que desde un punto de vista teórico es exagerada, se explica en el caso particular de Colombia, en donde durante muchos años el

Gobierno influía en las elecciones indicando a los militares y policías los candidatos por quienes debían votar; el Gobierno abusaba de la obediencia pasiva a que están sujetos esos cuerpos. Sólo como transitoria reacción contra la perversión de las costumbres políticas es aceptable la privación de los derechos políticos de los militares, que son ciudadanos como cualesquiera otros (1).

Principio de igualdad.

Una de las tres columnas sobre las cuales se edificó la Revolución Francesa, fue el principio de igualdad. No constituye como afirman despectivamente algunos reaccionarios, la vana pretensión de igualar las capacidades de todos los hombres. Es tan solo, y ya es bastante, la condición esencial para el auténtico ejercicio de la libertad, y supone, no la afirmación de que todos son iguales en capacidad, sino la obligación para la sociedad y por tanto para el Estado de ofrecer iguales oportunidades a todos los asociados y un tratamiento igual en el cumplimiento de la ley.

En teoría, el principio de igualdad domina todo el mecanismo constitucional de las democracias, y debe entenderse incorporado en todas sus Constituciones, aunque no se encuentre explícito. La Constitución colombiana no lo contiene expresamente, quizás por una rara influencia de la primera Constitución norteamericana, que no lo incluyó entre los "derechos naturales" del ciudadano, simplemente

(1) La Constitución Soviética dice: Art. 137: "La mujer goza del derecho de elegir y ser elegida, al igual que el hombre". Art. 138: "Los ciudadanos incorporados a las filas del Ejército Rojo gozan del derecho de elegir y de ser elegidos, al igual que los demás ciudadanos".

porque en los Estados Unidos durante varias décadas posteriores a la Convención de Filadelfia, formaba parte implícita de su derecho público y de sus sistemas políticos la desigual posición del negro respecto del blanco (1), y aún hoy, aunque esa diferencia haya sido borrada de sus leyes fundamentales, en la práctica de varios Estados del Sur, el hombre negro es poco más que un esclavo. Es evidente que en el ánimo de nuestros constituyentes jamás pesaron las mismas razones de los estadinenses para omitir la consignación del principio y debemos entender, por el contrario, que si no fue consagrado, se debió a que los nuestros admitieron que no siendo posible concebir la libertad sin la igualdad, al estatuir ésta, se reconocía implícitamente aquélla.

De igualdad no podrá hablarse con verdad sino en un régimen de libertad económica, y en ese sentido debe leerse la declaración francesa de 1793, y no como dice Duguit, de matemática igualdad económica. Una interpretación tan simplista es acogida por Duguit, solamente para tener la oportunidad de decir que el comunismo es una distribución en partes iguales de la riqueza común, sin atender ni a la capacidad ni al trabajo de cada uno; además de ser falsa semejante imputación, resulta ridícula en labios del profesor francés (2).

El principio se formula diciendo que todos los hombres son iguales ante la ley, y que ésta no puede jamás reconocer privilegios ni ordenar tratamientos especiales. De aquí se deduce que cualquier

(1) Solamente en 1869 se votó la enmienda 15 que dispuso que el derecho de sufragio no podía ser limitado por razones de raza, color o estado anterior de servidumbre. Sin embargo, muchos Estados mantuvieron leyes limitativas del sufragio encaminadas claramente a hacerlo imposible a los negros.

(2) Véase obra citada, pág. 586, Tomo III.

excepción, que dentro de un sistema democrático se estime necesaria, debe tener su origen en la Constitución, nunca en la ley. Por esto mismo las excepciones al principio de igualdad son de interpretación restrictiva. Adelante veremos en qué consisten las excepciones.

Igualdad ante la justicia.

Quiere decir que todos los habitantes deben ser juzgados de conformidad con las mismas leyes, ante los tribunales comunes y por los jueces ordinarios. Ninguna distinción puede hacer la Justicia en atención a la clase o a las condiciones personales de quien acude a ella para que se le resuelva un litigio o de quien ante ella es llamado para responder por una infracción a la ley. Lo anterior no significa, como bien lo anota Duguit, que haya oposición entre la igualdad y el principio de la individualización de la pena, sino por el contrario, que éste es la condición para la igualdad en la aplicación de la ley penal.

Equidad en los impuestos.

La igualdad en la distribución de las cargas fiscales no puede entenderse como una matemática distribución, *per capita*, de los impuestos, como tampoco significa la proporcionalidad rigurosa. Es más propiamente la equidad en las contribuciones, lo cual conduce necesariamente a la exclusión de los pobres y a la progresión en las tarifas de los ricos. A este propósito, dice Duguit: "El pensamiento más justo de la Declaración de 1789 es incontestablemente que el impuesto no pese más duramente sobre una clase de ciudadanos que sobre otra. Perte-

nece al arte económico determinar el sistema de impuesto que pueda asegurar de la mejor manera una justa repartición de las cargas públicas; y si la economía política establece que el impuesto progresivo se aproxima más a este resultado que el impuesto proporcional, el sistema de impuesto verdaderamente conforme con el principio de igualdad, será el impuesto progresivo" (1).

Igualdad ante los servicios públicos.

La obligación primera del Estado es la de atender a la satisfacción de las necesidades primordiales de los asociados mediante empresas públicas conducidas con un criterio de servicio por oposición al de lucro y regidas, por tanto, por normas de derecho público. Son los servicios públicos.

Todos los hombres deben tener un acceso igual a los servicios públicos. No deben establecerse diferencias por razones personales o de clase. Deben administrarse en tal forma que sus sistemas financieros no hagan imposible a las clases pobres los beneficios del servicio. Deben estar regidos por principios análogos a los de la tributación, o sea, que sus tarifas estén diferenciadas lo suficiente para que los económicamente débiles puedan aprovecharlos por una pequeña tasa, o por ninguna. En esto reside fundamentalmente el principio de igualdad ante los servicios públicos.

Igualdad de acceso a los cargos públicos.

La ley puede fijar solamente condiciones de ca.

(1) Obra citada, Tomo III, pág. 589.

pacidad y de idoneidad para la admisión a los empleos públicos. Nunca los aspirantes a ingresar al servicio público pueden encontrar inconvenientes en relación con la clase social a que pertenecen, ni por sus creencias religiosas o políticas o por sus convicciones filosóficas. De la misma manera la ley debe garantizar la permanencia en sus empleos de aquellos funcionarios que los desempeñen de conformidad con las prescripciones legales y debe asegurar el derecho al ascenso. Por demás está decir que en Colombia nunca ha existido, en la práctica, la igualdad de acceso a los cargos públicos, ni la garantía de estabilidad, ni el derecho al ascenso. La llamada ley de carrera administrativa, como la de carrera diplomática, son hermosas promesas, pero nada más. Es muy cierto que entre nosotros la mejor manera de hacer carrera en la Administración Pública, es sustrayéndose a la protección de las leyes que la consagran.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

No en consideración a las personas, sino para garantizar la autonomía y libertad de ciertas corporaciones públicas o el desempeño de cargos de particular responsabilidad e importancia, el derecho constitucional ha consagrado ciertas excepciones al principio de igualdad ante la ley, cuyos límites conviene precisar.

1º — Privilegios parlamentarios.

a) Irresponsabilidad (1)

Con el fin de evitar que el Gobierno o los par-

(1) El doctor Tulio E. Tascón a la irresponsabilidad parlamentaria la llama inviolabilidad parlamentaria.

ticulares ejerzan coacción sobre los parlamentarios con la amenaza de enjuiciamiento por calumnia, injuria o difamación, impidiendo así que los representantes del pueblo cumplan libremente con el deber de fiscalizar todas las actividades de los gobernantes que se relacionen con el interés de la Nación, la Constitución, en todos los países democráticos, ha establecido una condición de excepción que no está directamente encaminada a favorecer las personas de los parlamentarios sino el ejercicio de su cargo y la libertad del Congreso. Es la irresponsabilidad por las opiniones y por los votos.

El artículo 100 de nuestra Carta, dice:

“Los Senadores y Representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan; podrán ser llamados al orden por el que presida la sesión y penados conforme al reglamento por las faltas que cometan”.

La irresponsabilidad se extiende a todos los actos de la función parlamentaria y *solamente* a ellos. No podrán ser enjuiciados los miembros del Congreso por sus discursos, votos, informes producidos como consecuencia del ejercicio del cargo, aunque mediante estos actos, calumnien, injurien, difamen, inciten a la revuelta, hagan la apología de los delitos. No tienen más control que el que puede ejercer la Cámara a que pertenezcan, que es bien poco, porque se limita al llamamiento al orden y a la declaración de haber faltado gravemente al respeto (1).

(1) Tanto las sanciones que pueden imponer las Cámaras a sus miembros, como las que están facultadas para decretar contra los concurrentes a las barras, implican el ejercicio de un poder particular de policía, limitado al recinto del Congreso,

Este privilegio ha sido aceptado en la creencia de que la mejor defensa contra los abusos que de él puedan hacerse está en el alto grado de probidad mental y de responsabilidad moral que se supone en los congresistas. Por desgracia, se trata tan solo de una suposición. Nuestra historia política registra muchos casos de desorbitado abuso que han causado más mal que bien a la República. Los reglamentos internos de las Cámaras deberían adoptar sanciones más severas para aquellos de sus miembros que olvidan el honor de su cargo y ofenden tan gravemente la dignidad de la patria. Las empresas públicas y privadas, los funcionarios subalternos, los Jefes del Gobierno, los simples particulares, con el pretexto de que este privilegio de interés general debe sacrificar los intereses particulares, deben soportar la calumnia y la difamación parlamentarias sin contar con ningún medio jurídico para defenderse de ellas.

Hasta tal extremo está garantizado este privilegio, que la Ley 51 de 1898 sobre prensa, dispone que no pueden iniciarse acciones por delitos de prensa, motivadas por la publicación de discursos pronunciados en las Cámaras o de informes presentados a ellas.

Con todo, la garantía se extiende únicamente a las funciones propiamente parlamentarias. Los discursos pronunciados fuera del recinto de las Cámaras o los artículos publicados en los periódicos, aunque se hagan aduciendo el carácter de congresista, no están protegidos por la irresponsabilidad, aunque la acción que se inicie por delitos cometidos en las anteriores circunstancias, por ser penal, no puede adelantarse sin el consentimiento de la Cámara correspondiente.

Finalmente, la irresponsabilidad tiene los siguientes caracteres:

1º—Se refiere tanto a la acción penal como a la civil de indemnización.

2º—Es perpetua, es decir, que aún después de terminado el período del representante, no puede iniciarse acción alguna.

3º—No puede ser renunciada, porque ha sido consagrada en interés del Congreso.

4º—Está limitada a las opiniones emitidas en los discursos, mediante los votos o en los informes, pero en manera alguna se refiere a los delitos comunes perpetrados en el recinto, como el homicidio o las lesiones, que nada tienen que ver con la función parlamentaria.

b) Inmunidad.

Este segundo privilegio no alude a los actos propios de la función parlamentaria, sino a los hechos que los congresistas puedan cometer con independencia de sus deberes públicos. Se pretende evitar que las Cámaras puedan ser desintegradas o la proporción de sus corrientes políticas alterada, con la detención o arresto de sus miembros.

El artículo 101 de la Constitución, dice:

“Ningún miembro del Congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte días después de éstas. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva”.

Porque supone una grave excepción al principio de la igualdad, la interpretación que cabe a este mandato constitucional es evidentemente restricti-

va. Con este criterio, examinemos los diversos aspectos del privilegio, cuyo alcance no ha sido siempre bien entendido, especialmente por muchos de los congresistas que suponen que la inmunidad equivale al derecho a la impunidad, a la altanería con la autoridad y a la violación permanente e irritante de las reglas de disciplina social.

1º—Los miembros del Congreso no pueden ser aprehendidos. No puede privárseles de la libertad en ninguna de las formas previstas por las leyes. No pueden ser capturados ni detenidos, ni arrestados, ni “conducidos”. El término constitucional es bien explícito, y por este aspecto el privilegio es absoluto.

2º—Los miembros del Congreso no pueden ser sometidos a juicio criminal. La expresión es un poco anacrónica y de marcado sabor francés. Nuestro derecho no admite en su clasificación de las infracciones la categoría del crimen, y debe entenderse que la Constitución habla de delitos. No puede intentarse acción penal alguna contra los parlamentarios sin permiso de la Cámara a que pertenezcan. Mas, el privilegio está inequívocamente limitado a la acción penal; en consecuencia las acciones civiles pueden adelantarse libremente, lo cual está perfectamente acorde con los fines de la institución, porque los juicios derivados de obligaciones civiles en nada afectan la integridad y libertad del Parlamento.

Las acciones de policía tampoco están incluidas en la excepción del privilegio, aunque en la práctica ofrece algunas dificultades su aplicación. Como las contravenciones no dan lugar a la detención preventiva, cuando un congresista comete alguna, basta con que se le notifique la obligación en que está de presentarse ante el Jefe de Policía para formular su defensa, o sea para celebrar el juicio admí-

nistrativo de policía. Cumplida esa formalidad procesal, el contraventor puede ser sujeto de una sanción, aunque ésta no puede ser privativa de la libertad, sino de apercibimiento, caución de buena conducta, multa, inhabilitación y clausura. Si el condenado se niega a pagar la multa, ésta no puede convertirse en arresto sino exigirse por las vías de ejecución fiscal.

La única dificultad práctica que puede presentarse es la negativa del contraventor a concurrir al despacho del funcionario de policía, pues en ese evento no puede conducirse por la fuerza sin previa autorización de la Cámara a que pertenece.

Sobra decir que la inmunidad no debe inhibir a los agentes armados de policía para impedir por la fuerza física o con las armas, si fuere necesario, los atentados que los parlamentarios pretendan cometer contra la tranquilidad, seguridad o salubridad públicas. No solamente están plenamente autorizados para hacerlo, sino que es su deber proceder así (1).

3º—La duración de la inmunidad se extiende al tiempo de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después.

4º—La inmunidad se suspende en caso de flagrante delito. Entonces el delincuente debe ser capturado, pero para ponerlo inmediatamente a órdenes de la Cámara respectiva; el juicio no puede ade-

(1) En Bogotá han sido frecuentes los casos de escándalo público, embriaguez y agresiones de algunos parlamentarios, quienes nunca debieron recibir el mandato popular porque no saben llevarlo con dignidad, que han pretendido protestar contra los agentes de policía cuando éstos en el imperioso cumplimiento de su deber, han intentado poner fin a sus desmanes. Los agentes de policía no deben ofrecer especiales consideraciones a los congresistas en estos casos.

lantarse ni la detención decretarse sin el previo consentimiento de la Cámara.

Si el delincuente es capturado después de la clausura de las sesiones, pero antes de finalizar el plazo de veinte días, notificada la Secretaría de la Cámara, debe mantenerse en su condición de capturado hasta el vencimiento del plazo del privilegio, ocurrido lo cual, puede adelantarse el juicio libremente. En el caso contrario, cuando el delincuente es capturado dentro de los cuarenta días anteriores a la apertura del Congreso, debe permanecer en tal condición mientras éste decide.

Si un delincuente contra quien se está adelantando acción penal, es elegido al Congreso, el juicio debe suspenderse mientras la Cámara respectiva decide. La suspensión del juicio supone la liberación del reo, si no fue sorprendido en flagrante delito; en caso contrario debe permanecer detenido.

5º—La inmunidad no puede ser renunciada por los parlamentarios, solamente pueden suspenderla las Cámaras.

2º — Privilegios militares.

La violación de las leyes encaminadas a mantener la disciplina militar (el sistema de la obediencia pasiva) y la integridad de la organización de los elementos afectos a la defensa nacional, revela evidentemente, rasgos particulares que la diferencian de la violación de las leyes penales ordinarias. Por ésto, ha nacido una categoría jurídica bien definida dentro del derecho penal, que se conoce con el nombre de delito militar, y subsecuentemente la necesidad de aplicar reglas de represión diferentes a las ordinarias. De este proceso jurídico surgió una jurisdicción de excepción a la que le compete el co-

nocimiento de las causas por delitos militares. Esta jurisdicción no es, sin embargo, completamente autónoma; está sometida a un control jurídico superior que ejercen los Tribunales civiles. En Colombia los Tribunales de Distrito Judicial y la Corte Suprema de Justicia. En última instancia, el orden militar interesa al orden jurídico general, y de ahí, que las últimas decisiones estén reservadas a los jueces ordinarios. La historia nos enseñó a qué grados de perversión puede llegar la justicia administrada exclusivamente por los militares, y esos casos dolorosos, como el proceso Dreyfus, indujeron a los Estados modernos a colocar las sentencias militares bajo el control de la justicia civil.

Como todo privilegio, sus límites están bien definidos en la Constitución, que en su artículo 170 dice:

“De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

No es éste el lugar para discurrir extensamente sobre la organización y fines de la justicia militar, nos limitaremos por tanto a analizar los aspectos que interesan a la policía.

El privilegio de jurisdicción especial se concreta a los llamados delitos militares. Están excluidos los delitos comunes y las contravenciones. Es perfectamente lógico que así sea, porque el delito militar se caracteriza esencialmente como un atentado contra la disciplina o contra los bienes jurídicos del ejército; los delitos que no afecten bienes militares, serán delitos comunes, y, obviamente, las contravenciones, que son violaciones de disposiciones disciplinarias encaminadas a la protección de bie-

nes jurídicos eminentemente civiles, escapan por completo a la jurisdicción militar.

La Ley 84 de 1931, dice:

“Artículo 10—Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquiera dependencia militar. Los delitos o culpas (sic) cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria” (1).

Aunque la definición anterior, por vaga, es exagerada, no la discutiremos por ser materia ajena a este estudio, lo que interesa precisar es lo que atañe a las contravenciones. Estas están totalmente excluidas del fuero militar, no solamente por las razones ya aducidas, sino porque el texto constitucional lo determina inequívocamente. Solamente los delitos, y los delitos *cometidos por militares* en servicio y en relación con el mismo servicio, pueden ser juzgados por los Tribunales Militares. Las contravenciones cometidas por militares son de *competencia privativa* de la policía (2).

(1) El Código Penal Militar vigente, no solamente está en contradicción con las doctrinas adoptadas por el Código Penal común, sino que su redacción adolece de graves defectos técnicos y es casuista.

(2) No está por demás insistir en que la jurisdicción militar sólo puede conocer de los delitos cometidos por militares; los civiles, aunque estén al servicio del Ejército, escapan por completo a esta jurisdicción. Vale observar que el Artículo 17 del Código de Justicia Militar, es, por este aspecto, francamente inconstitucional. Dice así: “Corresponde asimismo a la jurisdicción militar el juzgamiento y castigo de los espías; el de las personas **no militares** que seduzcan o intenten seducir la tropa para que deserte, conspire, se insubordine o se pase al enemigo; el de los que roban o compran clandestinamente o empeñan o destruyan

La conclusión tan elemental de que el conocimiento de las contravenciones cometidas por militares, es por completo extraño a la jurisdicción militar, no ha sido siempre respetada. Como en muchas otras cuestiones de policía, la ignorancia ha originado algunas disposiciones reglamentarias manifiestamente inconstitucionales.

El Decreto N° 62 de 1934, por el cual se reglamenta el servicio de Guarnición para las tropas del ejército y demás dependencias militares, dice:

“Artículo 94—En casos de contravención a las disposiciones de policía, ésta notificará inmediatamente al oficial u oficiales, así como a los individuos de tropa, la obligación de presentarse ante la respectiva autoridad militar.

Cuando se trate de oficiales, éstos se presentarán por sí mismos ante el Comandante de la Guarnición o el superior jerárquico, y en defecto de éstos, ante el oficial de servicio del cuerpo de tropas más inmediato, dando parte del hecho ocurrido, a fin de que **por las autoridades militares** se tomen las providencias necesarias.....”

“Artículo 95—Los militares aislados que estén de servicio, o los comandantes de fracciones (patrullas, etc.), que contravinieren disposiciones de policía, serán acusados por ésta ante el comandante de la unidad a que pertenezcan, pero no tendrán autoridad alguna sobre ellos”.

o inutilicen las armas y demás elementos de guerra del Gobierno, o los víveres destinados a la tropa; el de los que incendian o tratan de incendiar los campamentos, cuarteles o vicaques, envenenan o tratan de envenenar las aguas o los víveres de que se proveen las tropas, siempre que tales delincuentes no pertenezcan a fuerzas regulares enemigas. **Parágrafo.** Los prisioneros de guerra son también justificables por jurisdicción militar”.

El artículo transcrito como algunos otros del mismo Código que no citamos ni comentamos por ser materia extraña a este trabajo, son inconstitucionales en cuanto pretenden extender la jurisdicción militar sobre los civiles,

Que la violación de los reglamentos de policía es un motivo de deshonor para los militares que las cometen, puede ser cierto, y por tanto puede dar lugar a una sanción disciplinaria de carácter interno; pero que la imposición de las sanciones previstas en los reglamentos de policía, le corresponda a las autoridades militares, es inadmisibles, por razones constitucionales ya explicadas y por razones técnicas. La imposición de una multa por conducir vehículos a velocidad prohibida, o el retiro de la licencia de chofer, por manejar en estado de embriaguez, es absurdo que le corresponda imponerlas a los comandantes militares. La sola enunciación del ejemplo, muestra el grado de inconveniencia del Reglamento de Guarnición, además, de su inconstitucionalidad. Es más: el Decreto citado da a entender que en caso de delito, los agentes de policía no pueden capturar al delincuente, ni en otros casos, intervenir materialmente para evitar que los civiles sean víctimas de los militares. Sobra decir que esas disposiciones son igualmente inconstitucionales, pero especialmente inconvenientes (1).

3º — Privilegios diplomáticos.

Como consecuencia de tratados y convenios internacionales, cuyo fundamento jurídico y finalidad

(1) Un estudio más detallado de este problema puede encontrarse en Conferencias de Policía Preventiva, por Miguel Lleras —Escuela General Santander, 1940—. En muchas ocasiones los civiles han sido víctimas de las violencias de militares beodos en presencia de agentes de policía intimidados, que no se atreven a intervenir. Esta situación originada por el decreto comentado, debe modificarse para dignificación del ejército, cuyos miembros a veces se sienten protegidos por cierta impunidad, por acatamiento de la Constitución, y para protección de la sociedad.

práctica, no es éste el lugar para examinar, el Derecho Constitucional moderno admite, dentro de las excepciones al principio de igualdad ante la ley, las inmunidades que se reconocen en todos los países a los representantes diplomáticos de potencias extranjeras (2).

Según el reglamento interno contenido en el Decreto 615 de 1935, sobre fuero diplomático, éste consiste en:

1º Inviolabilidad personal.

2º Inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los archivos.

3º Exención de algunos impuestos.

4º Inmunidad de jurisdicción penal.

5º Inmunidad de jurisdicción civil.

Estas prerrogativas amparan a las siguientes personas:

1º Todos los jefes de misión diplomática.

2º Todo el personal oficial de la misión diplomática.

3º Los miembros de las respectivas familias, siempre que vivan bajo el mismo techo.

La inmunidad de jurisdicción civil tiene las siguientes excepciones:

1º Cuando el diplomático la renuncia presentándose como demandante.

2º Cuando el diplomático es natural colombiano.

3º Cuando se trata de acciones reales, inclusive

(2) La teoría de la extraterritorialidad, durante mucho tiempo aceptada como fundamento de las inmunidades diplomáticas, parece ya definitivamente abandonada. Entre los modernos internacionalistas que más duramente la ha combatido, vale citar a Blomtochi, quien la califica de "noción vaga, falsa y peligrosa".

las posesorias, relativas a cosas muebles o inmuebles que se hallen dentro del territorio nacional.

4º Cuando se trata de actos relativos a una actividad ajena a las funciones diplomáticas (1).

En los anteriores casos, conoce del litigio la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

4º — Otras excepciones al principio de igualdad.

La Constitución determina otras excepciones, pero de menor importancia. Estas son las del Presidente de la República, los Ministros del Despacho Ejecutivo y el Procurador General de la Nación y

(1) Esta reglamentación interna de las prerrogativas diplomáticas, parece no respetar integralmente la convención firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928. Dicha Convención estipula claramente que la inmunidad de jurisdicción sólo puede renunciarla el diplomático con la autorización de su Gobierno, y no hace distinciones entre la inmunidad de jurisdicción civil y la penal.

Dice así:

“Artículo 19. Los funcionarios diplomáticos están exentos de toda jurisdicción civil o criminal del Estado ante el cual se encuentran acreditados, no pudiendo salvo el caso en que debidamente autorizados por su gobierno, renuncien a la inmunidad, ser procesados y juzgados sino por los Tribunales de su Estado”.

“Artículo 20. La inmunidad de jurisdicción sobrevive a los funcionarios diplomáticos en cuanto a las acciones que con ella se relacionan. En relación a las otras, sin embargo, no puede ser invocada, sino mientras duren las funciones”.

“Artículo 21. Las personas que gocen de inmunidad de jurisdicción pueden rehusar comparecer como testigos ante los Tribunales territoriales.

los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los cuales, mientras estén ejerciendo el cargo no pueden ser enjuiciados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa penal.

Como en todos los casos de excepción, menos en el de los diplomáticos, este privilegio no impide que puedan ser sometidos a juicios administrativos de policía.

Finalmente, la Constitución prevé un tratamiento especial para los extranjeros, por razones de orden público. El artículo 10, dice:

“Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Gozarán asimismo los extranjeros, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes.

Los derechos políticos se reservarán a los nacionales”.

Las limitaciones extraordinarias al ejercicio de los derechos de los extranjeros, están reservadas a la ley, y todas las que con ese fin se expidan, son leyes de policía.

En Colombia existe una abundante legislación, incrementada en los últimos años con motivo de la segunda guerra mundial que estamos viviendo, mediante la cual se limitan los derechos de los extranjeros, especialmente el de locomoción y residencia, y se consagra la pena de expulsión del país, la cual puede decretar, previo un juicio administrativo, el Director General de la Policía Nacional.

Conclusión tercera.

Los derechos del individuo como unidad social, que hemos llamado derechos políticos, no están sometidos a régimen de policía y son, sin duda, los derechos más característicos del sistema democrático, aunque, el más fundamental de ellos, el de la igualdad, está aún en el terreno de la teoría, porque carece de su base material que es la libertad económica, la cual no podrá alcanzarse plenamente en los regímenes de derecho liberal-burgués.

Con todo, la igualdad no admite más excepciones que las contenidas expresamente en la Constitución y dentro de los reducidos límites que se desprenden del texto literal de las respectivas disposiciones, cuya interpretación debe ser siempre restrictiva.

DERECHO DE PROPIEDAD

Porque no es éste un tratado de economía, ni es tampoco un ensayo de política, omitimos hacer un análisis a fondo de la propiedad, en particular de la de los medios de producción, y del papel que desempeña dentro de la organización social del presente. Nuestra opinión a este respecto quedó ya brevemente consignada en capítulos anteriores; ahora nos limitaremos a estudiar cómo se porta la policía frente al hecho transitorio de la existencia de la propiedad como derecho del individuo humano, en los Estados liberal-burgueses, como el nuestro.

Con todo, conviene proponer algunas nuevas consideraciones, aunque muy generales, para puntualizar nuestra afirmación inicial, según la cual la concepción que se acepte del modo de producción, es en el fondo, lo único que diferencia las modernas

organizaciones constitucionales, no sólo en su aspecto teórico y doctrinario, sino principalmente en su realización social práctica.

La declaración francesa en 1789 no entendió que proclamaba dos derechos que se excluyen: la libertad y la propiedad privada (sobre los medios de producción) y así, para poder realizarlos en alguna forma, después de haber abandonado todas las fuerzas sociales a una lucha anárquica y brutal, la del "*laissez faire*", el Estado se vió obligado a asumir una intervención para regular ese juego, pero comprendiendo que la fórmula libertad-propiedad no podía cobijar a todos los hombres, hubo de decidirse por la protección de una sola clase, la detentadora de los medios de producción, que por tanto sería también la única beneficiaria de la libertad. Durante la época del imperio absoluto de la tesis del Estado-gendarme, el Estado fue un mal gendarme para todos, y después, cuando se inclinó a serlo bueno, ha sido cada día con más fuerza un buen gendarme de los intereses capitalistas.

Ese movimiento tan simple, ha sido la causa del enorme incremento de los poderes y funciones de policía y de la tecnificación admirable de los medios materiales usados por los cuerpos armados de policía. La intervención del Estado, que en principio anheló ser una fuerza mitigadora de la lucha de clases, pasó a convertirse en su gran estímulo, porque en definitiva, si las clases desposeídas han obtenido algunas ventajas materiales, ello ha sido más como una consecuencia de la protección a las clases capitalistas, que como un auténtico movimiento conducido para que las primeras dispusieran de la necesaria base material de la libertad. Mejoraron y siguen mejorando las condiciones del trabajador, pero mejoraron y siguen mejorando mucho más las de los dueños del capital. Parece inne-

cesario decir que los salarios jamás han aumentado sino en la medida que acrecen los dividendos de los accionistas; y con una modalidad bien evidente: la progresión en el aumento de los salarios ha sido aritmética y la de los dividendos geométrica.

¿Por qué, ocurre preguntar, los revolucionarios franceses del 89, y más tarde los constituyentes de todos los Estados liberales, declararon la propiedad como derecho individual, al lado de la libertad, incurriendo en la ligereza de olvidar que aquélla, es el factor económico determinante de ésta? La respuesta la encontró Duguit, hace algunos años: "Si afirmaron solemnemente la intangibilidad del derecho de propiedad, fue porque la inmensa mayoría de ellos era de propietarios" (1).

La defensa de la propiedad privada o, más exactamente de los propietarios, se convirtió desde entonces en el centro de las preocupaciones estatales y todas las instituciones del derecho han surgido como los diques protectores de los propietarios. Así, la Justicia y la Policía casi no tienen más función que proteger a los propietarios de los que no lo son o la de dirimir las contiendas que el abuso y la codicia hacen nacer entre los mismos propietarios. En la solución de estos problemas judiciales y policíacos no entran en consideración sino los intereses de los propietarios, jamás los de la comunidad, porque aún en la litis en que parecen defenderse intereses del Estado no se defienden los de la comunidad, porque hay completa identidad de intereses entre el Estado y los propietarios, como que aquél, es apenas el buen representante de éstos.

Ilustración muestra con un gráfico ejemplo, extraído de su prodigiosa imaginación, pero que resume en uno las cotidianas ocupaciones de la justicia en los Es-

(1) Manual de Derecho Constitucional, pág. 275.

tados burgueses, hasta qué punto es cierta nuestra anterior afirmación. Corriendo el riesgo de parecer inoportunos, transcribimos completo su capítulo: "El Pleito del agua y de la Pesca (1).

"El abogado de una de las partes toma la palabra:

—La "Compañía General Eléctrica de los Conmutadores reunidos" ha construido una presa en el río X, en el que hay pesca. Esa pesca pescada o por pescar, adulta o en estado de alevino aún, existente o en potencia, pertenece a los propietarios de la pesquera "Doodle, Foodle, hijos y sobrinos". Al construir la presa, la "Compañía General Eléctrica de los Conmutadores reunidos" ha perjudicado a la pesca de "Doodle, Foodle, hijos y sobrinos".

En razón de lo cual, basándose en las leyes en vigor, la "Compañía General Eléctrica de los Conmutadores reunidos" debe pagar a "Doodle, Foodle, hijos y sobrinos" 235.743 dólares con 53 céntimos y medio por daños e intereses presentes, pasados y futuros.

"El abogado de la parte contraria toma la palabra:

—La "Compañía General Eléctrica de los Conmutadores reunidos" ha construido una presa en un terreno perteneciente, no a "Doodle, Foodle, hijos y sobrinos", sino a dicha "Compañía General Eléctrica de los Conmutadores reunidos". Las pesquerías pertenecientes a "Doodle, Foodle, hijos y sobrinos" se encuentran a 135 millas, 78 yardas y dos pies de la presa. A la "Compañía General Eléctrica de los Conmutadores reunidos", no le incum-

(1). M. Ilin. Las Montañas y los Hombres, pág. 210 y siguientes.

be si a esa distancia de la presa se dedican o no a la pesca "Doodle, Foodle, hijos y sobrinos".

"En razón de lo cual, según las leyes en vigor, artículo 7541, apartado 186, enmienda 586, nota 14, la "Compañía General Eléctrica de los Conmutadores reunidos" no debe ni un céntimo a "Doodle, Foodle, hijos y sobrinos".

"A los jueces toca decidir si una u otra de las partes ha violado el derecho de propiedad de la otra y al Tribunal no le pasa por las mientes que aún existe otra tercera parte. Y esa parte es el país. No hay nadie que les planteé a los jueces la cuestión de saber si el país ha salido ganando o perdiendo con la construcción de la presa.

"También entre nosotros, continúa Ilin, hay discusiones, pero no se dan ante el Tribunal, sino en reuniones científicas. No son abogados, sino sabios, los que toman la palabra. Discuten de otra manera. Entre nosotros no se habla de derecho de propiedad lesionado. El derecho de propiedad sobre la pesca, el agua en que esa pesca vive, el aire y la tierra, todo pertenece al país entero. (La Unión Soviética).

"Y la cuestión se resuelve de otra manera: ¿tiene necesidad o no de la presa el país? Si la presa es útil, hay que construirla; si es perjudicial, no. La pérdida de una parte es largamente compensada por la ganancia de la otra. Porque la caja es común".

La policía, por su parte, cumple una función complementaria de la de los Jueces. Que unos campesinos hambrientos, sin trabajo, ocupan un predio abandonado con el deseo de arrancar a la tierra que nadie está aprovechando unos granos de trigo o unos pocos tubérculos para alimentar a sus hijos; la policía se encarga de arrojarlos, porque el propietario titulado así lo demanda. El Estado está

en el deber de dar mayor protección al dueño de un papel que se llama título, que al trabajo de unos hombres desposeídos de todo, y principalmente desposeídos de "título". Que un padre de familia no puede pagar a tiempo el valor del arrendamiento de la modesta vivienda en que se aloja, porque el *dueño* de la fábrica lo ha despedido del trabajo y porque no lo encuentra en ninguna parte; la policía lo lanza a la intemperie por orden del juez; y el juez da la orden, porque así lo demanda el propietario. Que un propietario decide cerrar su predio para impedir que transiten por él las gentes que no le han comprado el derecho de servidumbre, la policía debe protegerlo contra quienes necesitan transitar, pero no tienen dinero para pagar el derecho de servidumbre. Y así, hasta el infinito. Unas veces la lucha de los propietarios contra los no propietarios, y otras las contiendas de los propietarios entre sí.

Es cierto que la ley y la jurisprudencia, a través de grandes dificultades, han logrado mitigar un tanto la ambición desmedida de los dueños, en favor de la comunidad, pero la protección de los intereses de los propietarios privados sigue dominando e inspirando las instituciones jurídicas y la propiedad privada de los medios de producción sigue siendo el único obstáculo para la realización de la igualdad, y por tanto de la libertad.

Por ventura, ahora más que nunca, la transformación se acelera, y no tardará el mundo muchos años en presenciar la mutación total de la economía y el derecho en favor de la verdadera justicia, la justicia para todos, en favor de la verdadera igualdad, en beneficio de la auténtica libertad, la libertad para todos los hombres de todos los pueblos. Entonces no causará asombro contemplar que la disciplina social impera más fácilmente al amparo de un régimen de libertad que bajo la coerción

de la policía, que por la presión constante y cada día más creciente de la autoridad (1).

Las disposiciones constitucionales colombianas marcan, ciertamente, una etapa avanzada en el régimen de la propiedad, aunque en teoría solamente, como ocurre con todas nuestras reformas socializantes.

El artículo 26, dice:

“Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley, expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es (sic) una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

El artículo 27:

“Ninguna ley que establezca un monopolio podrá apli-

(1) Augusto Bunge, el famoso fisiólogo argentino, en su libro “El milagro soviético: como ha sido posible” cuenta que visitó aldeas hasta de 10.000 habitantes en donde no encontró ni un solo gendarme. A su asombro le respondieron: la gente sabe conducirse sola y conducirse bien, simplemente porque viven contentos, hemos conquistado la libertad.

carse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación”.

El artículo 28:

“El Estado puede intervenir, por medio de leyes, en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Parágrafo.—Las leyes que se dicten en el ejercicio de la facultad que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

Todas las reglamentaciones del ejercicio del derecho de propiedad, están reservadas a la ley. Esta, para contados casos, ha autorizado limitaciones administrativas bien precisas. Casi todas las disposiciones de policía, dictadas en desarrollo de autorizaciones legales, tienden a proteger más que a limitar el derecho de propiedad. Se refieren principalmente a las perturbaciones a la posesión; a la construcción de las obras nuevas de que tratan los artículos 986, 987, 993, 994 y 1002 del Código Civil; a la demolición de obras viejas de que tratan los artículos 988, 992, 996, 998 y 999 del mismo Código; al uso de las aguas cuando los ríos cambian de cauce, según lo prescrito en el artículo 724 del Código Civil y al uso de las aguas comunes a que aluden los artículos 892 y siguientes; a las cercas y medianerías de los artículos 901 y siguientes; a la conservación de los bienes puestos bajo custodia fiduciaria de que habla el artículo 820; al mantenimiento y uso de las servidumbres regladas por

los artículos 891 y siguientes; a las ocupaciones de hecho y otras perturbaciones a la propiedad, según lo preceptuado por la Ley 57 de 1905, los artículos 1986 y siguientes del Código Civil y la Ley 200 de 1936 (1).

Algunos reglamentos limitan el ejercicio del derecho de propiedad con verdaderos fines de policía. Ellos son principalmente los que detallan las condiciones arquitectónicas de los edificios urbanos, los que impiden la construcción e instalación de fábricas ruidosas, peligrosas o insalubres en zonas residenciales, los que prohíben la explotación de minas y otros trabajos análogos en las vecindades de las ciudades y los que ordenan ciertas obras de carácter higiénico en las casas de habitación.

Conclusión cuarta.

El derecho de propiedad privada, como derecho individual, es la base sobre la cual descansa la organización económica, política y jurídica de los Estados liberal-burgueses; está ampliamente protegida por la ley; la Justicia y la Policía están a su servicio; las limitaciones administrativas que soporta son bien escasas y más la fortalecen que la debilitan; y es, en fin, el único obstáculo que subsiste para que los pueblos conquisten la fraternidad, la igualdad y la libertad, los tres hermosos pilares que creyeron levantar los revolucionarios franceses de 1789 y que quizás alcancen a edificar las generaciones de 1943.

(1) Es interesante advertir que los códigos de policía se revelan muy respetuosos de las leyes protectoras de la propiedad, en contraste con las violaciones de las leyes o de la Constitución relativas a la libertad, las cuales hemos indicado varias veces en capítulos anteriores.

QUINTA PARTE

**CONTROL DE LEGALIDAD
Y RESPONSABILIDAD**

I. — CONTROL DE LOS ACTOS DE POLICIA

Si el ejercicio del poder de policía entuviera fuera de todo control sería, dada su intensidad, el más peligroso vehículo de opresión política. Por ventura en el Estado de derecho, los actos de la autoridad deben estar sometidos a la ley, y tal subordinación legal es garantizada por un sistema completo de limitaciones y controles, que va desde el control jerárquico hasta el control jurisdiccional. Veamos cómo operan respecto de los actos de policía, estas garantías de subordinación a la legalidad.

La clasificación que formulamos en la Tercera Parte de este ensayo, tiene una gran importancia para determinar la clase de control que corresponde, según sea la naturaleza del acto.

Los actos por vía general sólo admiten control jurisdiccional, el cual es de dos clases: de constitucionalidad y de legalidad. Si el acto es producido por el Presidente de la República, el control de constitucionalidad le compete a la Corte Suprema de Justicia y el de legalidad al Consejo de Estado. Para los actos emanados de otros funcionarios, es a la justicia contencioso-administrativa a la que compete el doble control. En la esfera de Policía Nacional, al Consejo de Estado, en la de policía lo-

cal a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso (1).

Son susceptibles de este control jurisdiccional todos los actos de policía por vía general, emanados de cualquier autoridad, ya sean de carácter permanente o simplemente de vigencia transitoria.

Para determinar la naturaleza del control a que están sometidos los actos de policía por vía individual, es necesario distinguir entre los que tienen carácter jurisdiccional en sentido material y los que no tienen ese carácter. Los primeros, los actos jurisdiccionales de policía, son los producidos para decidir sobre responsabilidad contravencional en los *juicios* administrativos, que tienen por fin imponer una sanción de policía o absolver al sindicado.

(1) La Ley 167 de 1941 modificó el sistema de la dualidad de competencias, y asignó al Consejo de Estado la función de fallar tanto sobre la legalidad como sobre la constitucionalidad de todos los actos del Gobierno. Más tarde a raíz del conflicto de competencia suscitado por la demanda contra un decreto del Gobierno que aplazaba la fecha de instalación de las Asambleas Departamentales, entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, se planteó la tesis de inconstitucionalidad de los artículos pertinentes de la ley citada. La Corte insistió en este último punto de vista, el cual confirmó en sentencia posterior, dictada en el juicio promovido contra la exequibilidad de los Artículos 62 y 24 del Código Contencioso, los cuales fueron declarados inexecutable en cuanto atribuyen al Consejo de Estado la competencia para conocer sobre la constitucionalidad de los actos del Gobierno Nacional.

Técnicamente el sistema de la dualidad de competencias es inaceptable y peligroso, aunque omitimos referirnos a fondo a esta cuestión por ser extraña a la índole de nuestro ensayo. Pueden verse para mejor información: Tullio E. Tascón "Comentarios al Código Contencioso Administrativo Colombiano" págs. 59, 90 y siguientes; y doctor Escobar Camargo: "Los Decretos-Leyes ante el Consejo de Estado".

Esta clase de actos están expresamente excluidos de control contencioso administrativo, en virtud del artículo 73 del Código Contencioso, que dice:

“No son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa:

..... 2º — Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales”.

El doctor Tascón, al comentar la disposición transcrita, dice: “Se funda en que dentro de las resoluciones propiamente administrativas, no pueden clasificarse las dictadas en juicios de policía de naturaleza civil o penal o por fraude a las rentas, ya que en estos casos el Organó Ejecutivo viene a ejercer funciones que son propias del Organó Judicial: Administración es toda actividad del Estado, con exclusión de la Legislación y la Justicia” (1).

Si admitiéramos como cierta la consideración del doctor Tascón, tendríamos que concluir que la policía tiene fines que se identifican con los del Organó Judicial, es decir, que la policía tiene una función represiva, lo cual, como ya lo demostramos, es equivocado.

El fundamento de la disposición citada es el de que como toda la función policíaca, los juicios de policía tienen un fin preventivo y, en tal virtud, para que sus decisiones no pierdan eficacia, deben ser rápidas y su ejecución inmediata. Si las resoluciones dictadas en los juicios de policía admitieran recurso contencioso, podrían ser suspendidas provisionalmente, procedimiento que anularía la posibilidad de satisfacer plenamente su fin de

(1) Tulio E. Tascón. Obra citada, pág. 86.

prevención. Lo anterior no significa, empero, que las resoluciones que ponen fin a los juicios de policía sean judiciales, sino simplemente, que son resoluciones administrativas que, dados sus fines, no están sometidas, por excepción, a control jurisdiccional.

Con todo, para asegurar la legalidad, las resoluciones dictadas en juicios de policía soportan un doble control: el de reposición que se propone ante el mismo funcionario que dictó la resolución para que considere lo decidido y lo modifique o lo ratifique; y el de apelación o recurso de alzada, que se interpone ante el superior para que revise la providencia del subalterno. Por disposición legal, *todas* las resoluciones dictadas en juicios de policía admiten ese doble control (1).

Los actos de policía por vía individual, que no son jurisdiccionales, admiten, además de los recursos administrativos ordinarios de reposición y de apelación, el recurso contencioso ante los tribunales. Como para esta clase de actos no militan las mismas razones de urgencia que valen para los jurisdiccionales, no hay por qué excluírlos del control contencioso. El ejemplo típico de estos actos, por vía individual, no jurisdiccionales, lo constituye la resolución que deniega un permiso de policía; si la persona afectada estima anulable el acto, puede acudir a la justicia administrativa para que ésta decida sobre su legalidad.

Para mayor claridad, las diversas formas del control de los actos de policía podemos resumirlas en el cuadro siguiente:

(1) El artículo 4º de la Ley 50 de 1933, dice: "Toda sentencia condenatoria que se dicte en procesos judiciales correccionales o de policía será apelable ante el respectivo superior, y si no se interpusiere apelación, deberá ser consultada".

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE POLICIA

Actos por vía general.
permanentes o transitorios.

Del Presidente de la República.	{ Recurso contencioso administrativo. Recurso judicial ante la Corte Suprema de Justicia.
------------------------------------	---

De otras autoridades.	{ Recurso contencioso administrativo.
-----------------------	---

Jurisdiccionales (en sentido material).	{ Reposición y apelación.
--	---------------------------------

Actos por vía individual.

No jurisdiccionales.	{ Reposición, apelación y recurso contencioso- administrativo.
----------------------	---

Término para proponer los recursos.

El término dentro del cual pueden proponerse los recursos de control varía, según se trate de actos por vía general o por vía individual. Para los primeros la posibilidad de proponer el recurso no tiene límite. En cualquier tiempo, durante la vigencia del acto, cualquier persona que lo estime inconstitucional o ilegal puede acudir a los tribunales administrativos para demandar su anulación.

El artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, dice:

“La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a registrarse.”

Esta regla se aplica a todos los actos administrativos sean de carácter nacional, departamental o de una Intendencia o Comisaría”.

La demanda de nulidad de los actos por vía individual estará siempre encaminada a obtener la modificación del acto acusado en favor directo del demandante. Perseguirá siempre una reparación. Esta clase de acciones prescribe en cuatro meses, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3º del mismo artículo 83 citado, que dice:

“La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción”.

Los recursos de apelación y de reposición deben interponerse dentro del término de ejecutoria del acto recurrido.

Causales de nulidad de los actos de policía.

El principio según el cual los actos de policía no pueden ser provocados sino por un motivo de policía y para un fin de policía revela su importancia práctica, inequívocamente, cuando se trata de examinar la legalidad de los medios empleados para decidir sobre su validez o su nulidad.

La regla es constante: si no existe un motivo de policía, o si pretende manifiestamente un fin extraño a la policía, o si los medios han sido excesivos, el acto será siempre ilegal, y, en consecuencia, susceptible de anulación contenciosa.

Atendido lo anterior, las causales que pueden dar lugar al ejercicio de la acción contencioso administrativa de nulidad, podemos resumirlas así:

- 1º Irregularidad u omisión de formas;
- 2º Inexistencia del motivo;
- 3º Ilegalidad de los fines del acto; y
- 4º Falsa apreciación de los motivos, o sea, exceso en el empleo de los medios.

1º — Cuando las formas del acto constituyen una solemnidad esencial exigida por la ley, su omisión o irregularidad hacen el acto nulo. Las Asambleas Departamentales, por ejemplo, al dictar reglamentos de policía deben cumplir con ciertos requisitos de procedimiento que la ley juzga esenciales, como son la discusión del proyecto en tres debates, la aprobación en cada uno de ellos por una determinada mayoría de votos, y luégo, la sanción del Go-

bernador y la promulgación. Si falta alguno de estos requisitos, el reglamento puede ser declarado nulo (1).

2º — En general, todo acto jurídico supone la existencia de motivos que lo provocan. Es esencial condición para el ejercicio de cualquier competencia, la existencia del motivo. Para los actos de policía, esta condición cobra mayor valor porque la calificación de la naturaleza del acto depende del motivo y del fin. Si falta el motivo, que no puede ser cualquier motivo, sino que debe ser uno de policía, el acto es irregular. Constituye exactamente el fenómeno que se conoce con el nombre de *exceso de poder*.

Puede ocurrir que, aparentemente, el acto obedezca a un motivo, pero si él no es de policía, el acto será nulo. Los motivos de policía son únicamente los atentados contra el orden público, pero, como lo vimos en el capítulo correspondiente, para los actos ordinarios de policía, no basta que el motivo sea considerado como una perturbación del orden, es necesario, además, que la ley así lo haya previsto. El Presidente de la República no podría, por ejemplo, dictar un reglamento de carácter permanente para exigir a los escritores que sometieran sus obras a la censura previa para impedir la publicación de las obscenas, porque si ciertamente la difusión de obras obscenas constituye una perturbación del orden público, la libertad de prensa no está sometida a régimen de policía. En otras palabras, por orden de la ley, la publicación de obras obscenas no es un motivo *legal* de policía. Incurri-

(1) Tal ocurrió con el Código de Policía de Boyacá, expedido en 1930. Aunque técnica y jurídicamente era superior al entonces vigente, fué anulado por omisión de algunos requisitos de forma.

ría el Presidente en un exceso de poder, por emplear medios de policía en ausencia de un motivo que legalmente pueda provocarlos. Semejante sería el caso de un Alcalde que declarara cancelado un permiso para ejercer determinada actividad cuyo ejercicio no esté sometido al régimen de los permisos, como el de transitar a pie por las vías públicas. La decisión sería nula, no sólo por falta de objeto, inexistencia del permiso, sino por ausencia del motivo. Transitar por las calles, por peligroso que se le suponga, no es un motivo de policía.

3º — El fin de policía es constante: el mantenimiento del orden público, la prevención de sus perturbaciones. Puede suceder que exista un motivo real de policía y que se empleen medios de policía, pero con un propósito desviado del fin jurídico de policía. Prohibir la circulación de vehículos particulares por una vía angosta puede tener el fin de prevenir accidentes, pero si se descubre que el verdadero propósito es el de poder estacionar tranquilamente el automóvil del Alcalde, por ejemplo, cerca de su casa de habitación, existirá entonces una desviación del acto, de sus verdaderos fines, que son fines públicos, hacia fines de protección de un interés privado. Si se prueba esa circunstancia, el acto sería anulado por ilegalidad del fin. Este fenómeno se conoce en derecho público con el nombre de “desviación de poder”, porque hace servir los medios de derecho público para fines de interés privado.

4º — El empleo de los medios de policía no solamente debe estar proporcionado al motivo que lo provoca y al fin que pretende sino que deben seleccionarse siempre los medios más benévolos, entre los eficaces. Cuando no ocurre así por falsa apreciación de la importancia del motivo, el acto es anu-

lable. Si el Consejo Municipal prohíbe en una calle de la población la construcción de edificios de menos de cuarenta pisos, alegando fomentar el ornato, y las condiciones generales de la población apenas si exigirían edificaciones de tres pisos, el acto será anulable por una falsa apreciación de los motivos. Este fenómeno es fácilmente confundible con el de exceso de poder, pero en el fondo difiere. Hay exceso de poder cuando no existe en absoluto el motivo, en tanto que cuando sí existe pero se exagera su valor y se emplean medios superiores a los necesarios, el fenómeno es más bien de *abuso de poder*. La diferencia es difícil de establecer en la práctica, y por eso muchos autores identifican el exceso con el abuso. Nosotros, sin embargo, preferimos diferenciarlos, aunque en la práctica los resultados son idénticos: la nulidad del acto.

Los defectos en la apreciación del motivo pueden provocar, además del empleo exagerado de los medios, un empleo proporcionado, pero inoportuno. En tal caso, para determinar si el acto es nulo, precisa examinar previamente si se produjo en el ejercicio de una facultad reglada o de un poder discrecional. Si lo primero, el acto será nulo por emplear los medios fuera de la oportunidad fijada en la regla legal; si lo segundo, debe examinarse la calidad de la potestad; si su discreción se refiere precisamente a la libertad de la autoridad para escoger el momento de actuar, es claro que el acto no será nulo, porque la oportunidad ha sido deferida a la Administración y los tribunales carecen de competencia para revisar los actos producidos en tales condiciones.

Finalmente, conviene señalar que la misma autoridad que ha producido un acto nulo está facultada para revocarlo en cualquier tiempo, a excepción de los actos jurisdiccionales en sentido material, porque éstos, fallan con fuerza de verdad le-

gal sobre una situación cualquiera que por esto mismo no es susceptible de nuevo examen.

Los actos no jurisdiccionales, como los reglamentos, sí pueden ser revocados en cualquier tiempo, porque como los funcionarios públicos no pueden obrar sino en virtud de una expresa facultad legal, o más claramente, conforme a la ley, los actos que produzcan contrariándola, apenas podrán originar aparentes situaciones jurídicas cuya destrucción no puede suponer una privación de derechos, estrictamente hablando.

Las mismas causas que hemos expuesto como suficientes para demandar la anulación contencioso-administrativa, son válidas para solicitar, en los recursos de reposición y de alzada la modificación o revocación del acto emanado del subalterno.

II. — RESPONSABILIDAD

La segunda garantía de que gozan los administrados para defenderse de la arbitrariedad por el ejercicio del poder de policía, es la responsabilidad. Responsabilidad del Estado y responsabilidad de los funcionarios.

Lenta y difícilmente ha evolucionado esta noción de la responsabilidad del Estado. En un principio el viejo concepto de soberanía tan rígidamente sostenido, sustrajo el Estado de toda responsabilidad frente a los administrados, en esa forma, se colocó el Estado por encima del derecho. Más tarde, cuando la ciencia fue descubriendo que el fundamento del Estado se halla más en la obligación de servir los intereses de los asociados que en la potestad de mandar, fue admitiéndose cada día con más fuerza, la sujeción de los órganos estatales a las normas superiores del derecho. Por este camino, se llegó a la moderna concepción del Es-

tado de Derecho. Los antiguos obstáculos nacidos de la teoría secular de la soberanía, herencia de la monarquía, fueron vencidos paulatinamente, permitiendo así que en la medida en que el poder soportaba nuevas limitaciones y disminuían las oportunidades de la arbitrariedad, surgían paralelamente ciertas obligaciones en favor de los gobernados.

Las vacilaciones de la ley y de la jurisprudencia en relación con la responsabilidad del Estado, han sido definitivamente superadas, y la garantía que consiste en el derecho a una reparación de los daños causados por la Administración, adquirió definitivamente carta de naturaleza en las democracias modernas. A su vez, la responsabilidad penal de los funcionarios se encuentra hoy bien definida. En una palabra, los gobernados están protegidos ampliamente de la arbitrariedad estatal.

La responsabilidad del Estado es hoy una institución jurídica aceptada, y lo es, particularmente, la de la Administración. Esta última en cuanto se relaciona con el ejercicio del poder de policía, será el objeto único de nuestro estudio.

Para la mejor comprensión de lo que diremos en seguida, conviene esbozar los fundamentos de esa responsabilidad. Tres teorías se disputan el campo: la del enriquecimiento sin causa, la del sacrificio especial y la objetiva o responsabilidad por el riesgo.

Velasco y Calvo (1) resume estas tres teorías como sigue: "Según la teoría de la responsabilidad fundada sobre el enriquecimiento sin causa, ella obedece a que si el patrimonio administrativo consigue un beneficio, un desarrollo o crecimiento, ya de una manera activa o por incremento, ya porque su-

(1) Recadero F. de Velasco y Calvo: Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración. Tomo II, pág. 441 y siguientes.

prime alguna dificultad que, por lo menos significara demora, habrá obtenido un beneficio o enriquecimiento, sin título para lograrlo, toda vez que ha actuado fuera del derecho o contra el derecho, y a expensas del daño que se produce a un tercero. Tiene lugar esta forma de responsabilidad en los casos de expropiación, de modificación de las situaciones contractuales en perjuicio del contratista, en las operaciones financieras y en la constitución de los monopolios”.

“En el sacrificio especial puede también hallarse un motivo para fundar la responsabilidad directa de la Administración. Esta teoría se inspira en un principio de equidad. Toda vez que la actividad de la Administración deriva un beneficio de carácter general, parece natural que se sufrague también por la generalidad de los ciudadanos. Si se redujera el beneficio obtenido con la lesión ocasionada a un particular, vendría éste a sufrir por sí solo las consecuencias de la actividad administrativa, mientras que si se le indemniza, como quiera que los recursos económicos se obtienen de la totalidad de los contribuyentes, quedaría entre todos distribuída la lesión de una manera refleja o incidental y generalizado el sacrificio que el servicio exigiera”.

“Por último, puede también hablarse de una responsabilidad objetiva o por el riesgo objetivamente considerado. En esta teoría se desprende el sentido de responsabilidad del elemento de la culpa, para asentar el principio de que quien quiera que ejercite una facultad, o realice un servicio, sea público, sea privado, debe responder de los riesgos que provoque y de los daños que produzca, aunque subjetivamente no puede descubrirse la existencia de culpa ni imprevisión de ninguna especie, o sea que al realizar aquella actividad o poner en ejercicio

el servicio de que se trate, se da lugar a una relación de causa a efecto entre la organización o el funcionamiento del servicio, y el perjuicio mismo".

Ninguna de las teorías anteriores ha alcanzado un predominio completo, ni en el terreno de la ley ni en el de la jurisprudencia; se nota sin embargo, cierta tendencia hacia la aceptación preferente de la teoría del riesgo. Por no ser oportuno aquí analizar detenidamente esta cuestión, nos limitamos a decir que en nuestra opinión, la del riesgo, como fundamento de la responsabilidad, es una teoría de más sólido fundamento que sus contendoras (1).

Responsabilidad de Policía.

Consecuencia de la distinción que por mucho tiempo predominó en el derecho público, entre actos de autoridad y actos de gestión, la jurisprudencia

(1) Duguit, comentando a Barthelemy, dice: "Según M. Barthelemy, en derecho ninguna reparación se debe por el perjuicio causado por un acto de autoridad; pero en realidad y por razones de equidad, el Consejo de Estado otorga la reparación.

(No hemos comprendido nunca esta oposición que se pretende establecer entre la equidad y el derecho, entre la solución verdadera en derecho y la solución verdadera en equidad, entre la solución teórica y la solución práctica. Lo que no es ni práctico ni equitativo, no es jurídico. El derecho es la regla inspirada por un sentimiento de equidad y viene a responder a una necesidad práctica. Y es ésto, no es más que ésto; y una regla que no es ésto, no es una regla de derecho. Para el problema de que se trata, si equitativa y prácticamente el Estado es responsable del daño ocasionado por el funcionamiento de todo servicio público, tal es la regla de derecho, y no hay otra. "Las Transformaciones del Derecho Público, pág. 344.

cia rechazaba la responsabilidad del Estado por los actos de policía. Estos, eran típicos actos de gobierno, (1) implicaban el ejercicio más definido de la soberanía, del poder de mando, escapaban por tanto a todo examen contencioso y excluían la responsabilidad. El Consejo de Estado francés así lo sostuvo insistentemente, y en la imposibilidad científica de formular una doctrina general precisa que permitiera distinguir con facilidad los actos de gobierno de los de gestión, estableció jurisprudencialmente una especie de catálogo de actos de gobierno, en el cual ocupaban lugar preferente los actos de policía, al lado de los tratados internacionales, y de los actos de guerra.

Aunque aún hoy, muchos insisten en defender la clasificación anterior, aparece evidente que va perdiendo fuerza y cediendo el campo a la nueva tesis según la cual, todos los actos emanados de los órganos de Estado, son actos de autoridad y de gestión a la vez, porque son producidos con una finalidad exclusiva: la administración de los servicios públicos. En esta nueva posición científica, no cabe ya la afirmación de que los actos de policía escapan el control jurisdiccional tanto por el aspecto de su legalidad como por el de la responsabilidad por el daño injustamente causado.

En Colombia, es la justicia ordinaria la que conoce de las acciones de responsabilidad contra el Estado.

(1) La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión incluye una subdivisión de los primeros, en actos de autoridad simplemente y actos de gobierno. Estos últimos, según esa teoría son actos de autoridad que en ningún caso admiten control contencioso por implicar un ejercicio absoluto de la soberanía.

**Modalidades de la
responsabilidad.**

Las responsabilidades por el ejercicio del poder de policía ofrece dos modalidades bien caracterizadas: la del Estado y la personal de los funcionarios. Esta última puede ser tanto civil como penal.

La responsabilidad civil del Estado puede provenir de dos causas distintas: actos individuales entre los que están incluidos los de carácter material, y actos generales. En el primer caso, para determinar si la responsabilidad corresponde al Estado o personalmente al funcionario, es necesario averiguar si este último obró dentro de su competencia legal. Nada importa que el acto implique una desviación de poder si el funcionario obró dentro de los límites de su competencia, es decir, si el acto fué producido en ejercicio de una facultad legal, aunque su finalidad no haya coincidido con el fin previsto en la ley. Entonces habrá el ejercicio de un poder, se tratará de una función pública y por tanto la responsabilidad recaerá sobre el Estado y no sobre el empleado. Pero si el acto implica un exceso de poder, o sea la actuación sin competencia legal, no se tratará de un acto de poder público, sino de un hecho personal; la responsabilidad recaerá, en consecuencia sobre la persona del empleado. En otras palabras, la regla se enuncia así: siempre que hay hecho del servicio, la responsabilidad recae sobre el Estado. Si no hay hecho del servicio, la responsabilidad será del funcionario al cual le es imputable el hecho.

En el fondo, como lo anota Duguit, la responsabilidad por riesgo, es una forma de seguro colectivo que funciona a cargo del Estado para responder a todos los asociados por los daños causados

como consecuencia de un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos.

El acto que dé lugar a la acción de responsabilidad, puede ser jurídico o material, y en ambos casos, la regla para determinar el sujeto responsable es la misma: si el empleado actuó en ejercicio de una competencia, habrá hecho del servicio, y la responsabilidad será del Estado.

Como el ejercicio de toda competencia legal exige la existencia de un motivo, el empleo de medios de policía, jurídicos o materiales, que no sea provocado por un motivo de policía, no será un hecho de servicio, sino un hecho personal del empleado, puesto que si no hubo motivo no pudo ser posible el ejercicio de la competencia. El principio general que preside el empleo de medios de policía tiene también aquí, una valiosa aplicación práctica.

Aún dentro del ejercicio de una competencia, en los actos individuales, particularmente en los materiales, la desviación de los fines del acto puede ser tal, que conduzca a la perpetración de un delito. Habrá entonces una doble y aún triple responsabilidad: la civil y la penal del funcionario, y la civil del Estado. En estos casos, también responde el Estado porque el acto se produjo en el ejercicio de una facultad legal. El caso típico sería el de un agente de policía que en presencia de una riña de poca importancia, que es un motivo de policía, diera muerte a los contrincantes. Habría un delito, pero como obró en el ejercicio de una competencia, puesto que existía un motivo, habrá además de la responsabilidad personal del agente, una del Estado. El servicio de policía funcionó, pero funcionó mal. El Estado debe reparar, independientemente de la sanción penal y la reparación que deberá el empleado. Pero, la responsabilidad civil del agente

será subsidiaria; el Estado responde de la reparación aunque puede repetir contra el funcionario.

En el caso particular de la responsabilidad penal de los agentes de policía siempre deberá prece-der un examen de las circunstancias que rodearon la actuación, porque la responsabilidad se modifica, según se trate de actos ejecutados por iniciativa individual o de los cumplidos por orden superior. Cuando ha mediado una orden superior, debe igualmente examinarse si dicha orden tuvo el carácter de obligatoria, porque como es bien sabido, aún dentro del sistema de la disciplina militar y de la obediencia pasiva, no siempre el cumplimiento de órdenes superiores exime de responsabilidad al subalterno. Son muchas las órdenes superiores que no tienen el carácter de obligatorias y que antes bien, imponen al subalterno el deber de no cumplirlas (1).

Por los actos por vía general, como los reglamentos, cuando causan un perjuicio, también debe responder el Estado. Inicialmente la jurisprudencia negó esta modalidad de la responsabilidad, y aún en épocas recientes cuando ya había sido admitida plenamente la responsabilidad pública con ocasión de actos administrativos individuales, se vacilaba en relación con la de los actos generales. En Francia la evolución fué lenta; el movimiento se inició en 1907 y apenas en los últimos años anteriores a la guerra pudo considerarse como definitivamente aceptada esta moderna noción. Entre nosotros, en Colombia, tan sólo ahora se inicia la discusión; tan sólo desde hace muy pocos años la res-

(1) Sobre requisitos que deben reunir las órdenes para que sean obligatorias y casos en los cuales el subalterno tiene el deber de no cumplirlas, véase: Miguel Lleras—Conferencias de Policía Preventiva—. Escuela General Santander, 1940.

ponsabilidad pública por los daños causados por los reglamentos, es preocupación de nuestros juristas y nuestros jueces.

Esta especie de responsabilidad tiene lugar no solamente con ocasión de reglamentos ilegales, sino también con ocasión de los legales, pero que, sin embargo, causan un perjuicio. El caso fallado por el Consejo de Estado francés el 4 de febrero de 1910, por referirse a un decreto de policía ilustra con elocuencia este estudio, y muestra cómo aún en los casos de reglamentos legales de policía, puede causarse el derecho a una reparación. El Prefecto del Sena dictó un reglamento por medio del cual imponía a la Compañía del Metropolitano una serie de obligaciones notablemente gravosas, pero encaminadas todas a garantizar la seguridad y la salubridad de los pasajeros. El Consejo declaró que el decreto era válido, legal y conveniente, pero que como implicaba nuevos gastos no previstos en el contrato de concesión, el Estado debía indemnizar a la Compañía. Un caso idéntico fué fallado el 11 de marzo del mismo año, relativo a un decreto del Prefecto de las Bocas del Ródano, que imponía ciertas obligaciones costosas a la Compañía concesionaria de los tranvías de Marsella. Era también un decreto de policía que se proponía fines de seguridad.

Doctrinaria y jurisprudencialmente la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder de policía se halla hoy, en todas sus modalidades, universalmente aceptada. En Colombia apenas ahora se observa inquietud por este problema, pero es de confiar, hay motivos para pensar así, que muy pronto la evolución acelerará su ritmo, y la justicia tendrá oportunidades para pronunciarse en muchos casos de responsabilidad oficial en la esfera de la policía.

F I N

INDICE

	Págs.
Prefacio	9
Epígrafe	15

INTRODUCCION

Naturaleza Jurídica de la Función de Policía	17
Régimen de Hecho. — Régimen de Derecho. — Régimen de Policía.	19
Método para la investigación de la naturaleza de la función de Policía	23
Teoría Norteamericana.	27

PRIMERA PARTE

El Fin de Policía.	39
Noción General	41
El Orden Público que interesa a la Policía	43
La Tranquilidad Pública	44
La Seguridad Pública	47
La Salubridad Pública.	48
Extensiones del Concepto de Orden Público	49

	Págs.
Igualdad ante la justicia	272
Equidad en los impuestos	272
Igualdad ante los servicios públicos	273
Igualdad de acceso a los cargos públicos	273
Excepciones al principio de Igualdad	274
Privilegios parlamentarios. — Irresponsabilidad. . .	274
Inmunidad	277
Privilegios militares	280
Privilegios diplomáticos	284
Otras excepciones al principio de igualdad	286
Conclusión tercera	288
DERECHO DE PROPIEDAD	288
Conclusión cuarta	296

QUINTA PARTE

Control de Legalidad y Responsabilidad.	297
Control de los actos de policía	299
Término para proponer los recursos	304
Causales de nulidad de los actos de policía	305
Responsabilidad	309
Responsabilidad de policía	312
Modalidades de la responsabilidad	314

Se acabó de imprimir
este libro el día 31
de agosto de 1943.