

¿ES LA CAPTURA ADMINISTRATIVA UNA MEDIDA APLICABLE EN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO VIGENTE?

IS ADMINISTRATIVE ARREST AN APPLICABLE MEASURE IN OUR
CURRENT LEGISLATIVE SYSTEM?

Autores: Laura Andrea Acosta Zárate, Ricardo Hernán Medina Rico
DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.910>

¿ES LA CAPTURA ADMINISTRATIVA UNA MEDIDA APLICABLE EN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO VIGENTE?*

IS ADMINISTRATIVE ARREST AN APPLICABLE MEASURE IN OUR CURRENT LEGISLATIVE SYSTEM?

A CAPTURA ADMINISTRATIVA É UMA MEDIDA APLICÁVEL NO NOSSO SISTEMA REGULATÓRIO ATUAL?

Laura Andrea Acosta Zárate^a

acostaz.laura@urosario.edu.co

Ricardo Hernán Medina Rico^b

ricardo.medina@urosario.edu.co

Fecha de recepción: 30 de junio de 2016

Fecha de revisión: 03 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 01 de noviembre de 2017

RESUMEN

El presente escrito pretende analizar una medida de coerción de carácter personal, la captura, teniendo en cuenta que la normativa del sistema penal acusatorio sólo prevé la captura judicial y la captura en flagrancia, pero abandonó – u olvidó – legislar sobre la captura de carácter administrativo. En consecuencia de lo mencionado y resaltando la importancia de la libertad para los seres humanos, se pretende revisar si es posible aplicar la captura administrativa según

** El presente texto hace parte de la línea de investigación en Problemas Actuales del Derecho Penal del grupo de investigación en Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Contó con el apoyo de la estudiante María Fernanda Cañón Torres miembro del Semillero de Investigación en Derecho Penal "Carlos Lozano y Lozano" de la Universidad del Rosario.*

a. Abogada de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Penal de la misma Universidad. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Sistema de Justicia Penal de las Universidades de Lérida (España), Jaume I de Castellón (España), Rovira e Virgili (España) y Alicante (España). Ganadora del Concurso Nacional Universitario de Técnicas de Juicio Oral en el Sistema Acusatorio Organizado por el Departamento de Justicia de la Embajada de los Estados Unidos de América (DOJ) y la agencia USAID (versión 2013 – 2014). Autora de Textos Académicos, Profesora Universitaria y Conferencista Invitada. Trabaja en las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia. Las posiciones expresadas en el trabajo son opiniones personales que no comprometen a institución alguna.

b. Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España) Magíster en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Autor de textos académicos, Profesor Universitario y conferencista invitado. Ha sido abogado litigante, tutor del equipo de técnicas de juicio oral de la Universidad del Rosario y joven investigador en Derecho Penal en la misma Institución. Actualmente es Secretario Académico de Pregrado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

MISIÓN JURÍDICA
Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Externos Nacionales
Núm. 14 Año 2018
Enero - Junio, pp. 209 - 222
ISSN 1794-600X

la ley vigente o, por el contrario, la misma no encuentra acogida en nuestro sistema jurídico actual. Por lo anterior, se estudiará la figura de la captura administrativa a la luz del nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia y se llevará a cabo un análisis jurisprudencial, tanto de las posturas que admiten la captura administrativa como de aquellas que rechazan esta posibilidad, para dar como conclusión las consideraciones de los autores.

PALABRAS CLAVE

Libertad, Captura, Derecho Procesal Penal, Restricciones, Jurisprudencia.

ABSTRACT

The present paper seeks to analyze a measure of coercion of a personal nature, arrest, taking into account that the rules of the accusatory criminal system only provides for judicial arrest and catch in flagrante delicto but abandoned - or forgot - to legislate on administrative arrest. As a consequence of the aforementioned and highlighting the importance of freedom for human beings, we want to review whether it is possible to apply the administrative arrest according to the current law or if, on the contrary, it is not possible in our current legal system. As a result, the figure of the administrative arrest will be studied in the light of the new National Code of Police and Coexistence and it will carry out a jurisprudential analysis of both positions that admit the administrative capture and those that reject this possibility; finally the author will provide a conclusion from his/her considerations.

KEY WORDS

Freedom, Arrest, Criminal Procedural Law, Restrictions, Jurisprudence.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar uma medida de coerção pessoal, a captura, levando em conta que os regulamentos do sistema criminal acusatório apenas preveem a captura e captura judicial em flagrante delito, mas abandonaram - ou esqueceram - legislar sobre a captura de natureza administrativa. Como

resultado do que foi mencionado e destacando a importância da liberdade para os seres humanos, pretendemos rever se é possível aplicar a captura administrativa de acordo com a lei atual ou, pelo contrário, não encontra aceitação em nosso sistema legal atual. Portanto, a figura da captura administrativa será estudada à luz do novo Código Nacional de Polícia e Coexistência e será realizada uma análise jurisprudencial, ambas as posições que admitem a captura administrativa e daqueles que rejeitam essa possibilidade, para concluir as considerações dos autores.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade, captura, direito processual penal, restrições, jurisprudência.

INTRODUCCIÓN

Un tema con tanta relevancia como la privación de la libertad merece ser estudiado con profundidad, pues cercenar este derecho fundamental debe implicar un análisis concienzudo y detallado de las razones legales para mutilar un estado tan estrechamente ligado con la dignidad humana y con la naturaleza de la persona. Por ende, las ramas del poder público deben determinar específicamente en qué situaciones, por qué circunstancias y bajo cuáles eventos puede llevarse a cabo una medida que implique privar a alguien de su libertad, específicamente - para nuestro estudio -, una captura.

Realizar este estudio es de vital importancia, no sólo porque la captura es una situación apremiante dentro de una posible comisión de delito, sino porque entra en claro debate con la libertad como derecho y como objeto de tutela y de defensa en todo Estado democrático. Recordemos que, desde nuestra historia republicana, se ha propendido por el alcance de la libertad y que "la defensa de aquella no comenzó con la expedición del último Código de Procedimiento Penal. El país, desde su independencia y hasta el día de hoy, ha identificado que la cuestión de los límites al poder de represión penal constituían un problema capital de legitimidad y eficacia del Estado"¹.

1. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. *La defensa de la libertad, análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación, Escuela de

Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

Por libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona.²

La libertad es una cuestión de sublime interés para nuestra sociedad, tanto así, que podemos encontrar su transversal jerarquía en el preámbulo de la Constitución³, en la primera palabra que se lee en nuestro escudo⁴ y en leyes y jurisprudencia y aulas de clase, en donde al tocar el tema de la “libertad” se hace referencia a uno de los derechos más imprescindibles del ser humano⁵; incluso, podría considerarse que, después del principio y derecho fundamental de dignidad, el derecho a la libertad, es uno de los más importantes de los ordenamientos jurídicos⁶.

Ahora bien, como el presente estudio no es sobre la importancia y el reconocimiento del derecho a la libertad, sino sobre una de las eventuales formas de captura – la captura administrativa – es preciso traer a colación a qué hacemos referencia con esta modalidad de privación de la libertad.

La captura puede ser entendida como: “El acto de prender a la persona responsable de un delito o reclamada por las autoridades”⁷; es decir, que es la situación en la cual una persona es aprehendida por, presuntamente o de manera comprobada, ser responsable de haber cometido una conducta punible.

Estudios E investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2007. Página 23

2. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

3. El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y (...)

4. Libertad y Orden

5. Sobre el reconocimiento de los derechos del nivel material al formal y su correlación, ver Guadarrama, Álvaro. *El jusnaturalismo y el juspositivismo en la justicia*. Revista Misión Jurídica, 2008, Vol. 4, No. 4, pp. 107 – 118.

6. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Los derechos de libertad I: Libertades físicas*. En *Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2009

7. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1989. Página 69

En otras latitudes, como España, se le conoce como detención. Allí se señala que es

(...) una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de poner a disposición de la Autoridad judicial, bien, si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina.⁸

En diferente sentido, otros sectores doctrinales han establecido que la captura es una “medida cautelar, personal, provisional, limitativa del derecho a la libertad ambulatoria”, que tiene reserva judicial y está condicionada a la existencia de motivos fundados y a las exigencias de necesidad y proporcionalidad⁹.

Finalmente, en virtud de las teorías contractualistas¹⁰, de las cuales es fruto el derecho penal, la captura se erige como aquella respuesta del Estado a quienes infringen el contrato primigenio, por lo cual, por abusar de la libertad y causar delitos frente a otros, es preciso limitar dicho derecho.

Pero como las limitaciones y quebrantos de los derechos no pueden ser impartidos de manera arbitraria, deben existir estudios y proyectos que se concreten en ordenamiento jurídico válido y vigente para poder aplicar estas consecuencias sin que se incurra en un exceso.

No se debe dejar de lado que, bajo una perspectiva histórica, la Carta Política de 1886, caracterizada por su autoritarismo en materia de libertades públicas y democracia política¹¹, dejaba en evidencia el desbordamiento de las facultades del gobierno en lo concerniente a la captura

8. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Thomson Reuters. 2012. Página 573

9. FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Volumen I. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional, 2005. p. 72

10. autores como Cessare Beccaria y Anselm von Feuerbach (padres del derecho penal de acto, fruto de las cuales se ha desarrollado el derecho penal moderno) fundamentan sus teorías en el contractualismo.

11. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá. Panamericana Editorial, 2010. p. 171

administrativa. En esencia, ésta figura fue utilizada como instrumento de retaliación para neutralizar y privar de la libertad al enemigo político del momento, en forma previa y anticipada, sin el lleno de formalidades legales, reprimiendo así la protesta social¹².

Por esta razón, en la elaboración de la Constitución Política de 1991, la Asamblea Constituyente buscó derogar la captura administrativa a toda cabalidad, situación que quedó plasmada en el artículo 28 superior¹³, el cual ampara lo consagrado con posterioridad en la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal. De esta manera el artículo determina que los únicos que están capacitados para determinar efectivamente una captura son las autoridades judiciales (un juez) y, de manera excepcionalísima, los fiscales, sin exponer dentro de su articulado el evento de la captura administrativa, adquiriendo la reserva judicial sobre la libertad mayor vigor en el ordenamiento jurídico. De lo anteriormente mencionado, se pueden colegir dos garantías que irradian respecto a la libertad personal: una reserva judicial y otra legal. Según el doctrinante Manuel Quinche:

La primera consiste en que dichos procedimientos únicamente pueden ser adelantados, en virtud de previa orden escrita de autoridad judicial competente, salvo en los eventos de flagrancia; y, de acuerdo a la segunda, la privación de la libertad debe practicarse en virtud de motivos previamente fijados en la ley y no a criterio del funcionario¹⁴.

En última medida, la Corte reforzó éste planteamiento, instituyendo que:

12. MENESES CUDRIZ, Carlos Eduardo. *Sobre la vigencia de la denominada "captura administrativa" en el ordenamiento jurídico colombiano*. *Advocatus*, 23(11), 2014. pp. 133-147

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

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

14. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Los derechos de libertad I: Libertades físicas*. En *Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2009

(...) las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente¹⁵.

Por su parte, el artículo séptimo de la Convención Americana de Derechos Humanos en su numeral segundo señala:

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

En el mismo sentido se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual consagra en el numeral primero de su artículo noveno que:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas, por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Por lo tanto, la captura administrativa no es más que una privación de la libertad impuesta por una autoridad administrativa; en otras palabras, es cercenar el derecho de locomoción y otros intrínsecos a la dignidad humana por una autoridad distinta a un juez de la república o a un fiscal de la nación.

No obstante, si hemos visto que la detención de una persona y la privación de su libertad deben darse por mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ¿es posible aplicar la captura administrativa en nuestro territorio?, ¿bajo nuestra legislación cabe la figura de la captura administrativa?, ¿es inconstitucional una captura administrativa? Como las posiciones frente al tema se encuentran en orillas distintas, hemos decidido llevar a cabo un análisis jurisprudencial de la situación descrita, tomando lo expresado por el Supremo Tribunal Constitucional tanto en sus posturas respaldando la figura de la captura administrativa como aquellas en donde rechaza su legalidad.

15. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-237 de 2005*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

1. La captura

Como ya se mencionó en la introducción de este artículo, la libertad es la regla general que sustenta la convivencia en comunidad dentro de una sociedad organizada. La restricción a este derecho sólo puede presentarse, en principio, si existe orden de autoridad judicial competente o si existe una situación de flagrancia.

En el evento de la existencia de orden de autoridad judicial competente, el órgano instructor – la Fiscalía General de la Nación-, solicitará ante juez de control de garantías que imparta legalidad a la solicitud de captura, ya que se tienen motivos fundados para considerar a un sujeto presunto autor o partícipe de la comisión de un punible y la necesidad de capturarlo para garantizar que el proceso penal llegue a su conclusión.

Por su parte, cuando exista flagrancia, cualquier persona está facultada para capturar a una persona si se está en presencia de una conducta punible (lo que denomina la doctrina *flagrancia directa*, *flagrancia en sentido estricto* o *flagrancia expresa*); si la persona es aprehendida inmediatamente después de la persecución o por señalamiento de la víctima inmediatamente después de la comisión del punible (denominada esta como *cuasiflagrancia*); o, en última medida, si la persona es sorprendida o individualizada por llevar consigo objetos, instrumentos, por haber dejado huellas que permitan inferir razonablemente que esta persona acaba de cometer o participar en un delito, o por ser sorprendido en sitio abierto al público y que su conducta delictiva quedó grabada en dispositivo de video y fue retenido inmediatamente después (*flagrancia inferida* para los doctrinantes).

Situación distinta se lleva a cabo en la detención preventiva administrativa, que se desarrolla cuando una persona no se encuentra en flagrancia (durante la comisión del punible o bajo alguno de los apartados explicados con anterioridad), pero tampoco es capturado con la preexistencia de una orden de autoridad judicial. Por otro lado, el evento de la captura administrativa implica que una autoridad estatal, no judicial, priva de su libertad a un ciudadano. Un ejemplo de lo anterior se puede materializar cuando un fiscal decide detener a una persona sin autorización previa de juez de control de garantías o cuando un policía captura a una persona que en

días pasados ha cometido a un delito y observó su descripción física en televisión.

La pregunta que rodea este texto es la misma, ¿pueden las autoridades administrativas realizar este tipo de detenciones preventivas? Para esclarecer el punto, veamos las distintas posiciones que ha adoptado la Corte Constitucional.

2. La captura administrativa y la jurisprudencia nacional

2.1. Corte Constitucional

Los diferentes magistrados de la Corte Constitucional a lo largo de los últimos años han dividido posiciones frente a la captura administrativa, por lo cual, en este acápite del estudio, expondremos primero las sentencias que acompañan la teoría de la existencia y vigencia de la captura administrativa para con posterioridad dar a conocer las sentencias que sustentan la tesis de que la captura administrativa es inaplicable hoy por hoy en Colombia.

2.2. A favor

Respaldando la creencia de una posible aplicabilidad de la captura en flagrancia en Colombia, es menester, en primer lugar, hablar sobre la sentencia C – 024 de 1994. Aunque es una providencia proferida con anterioridad de la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, constituye un precedente de necesaria disertación frente al tema objeto de observación.

Ésta providencia hace referencia a una demanda de inconstitucionalidad en contra de determinadas disposiciones del Código de Policía, Decreto 1355 de 1970, modificado por el decreto 522 de 1971. Para el objeto de análisis del presente escrito, los artículos demandados, entre otros, son el 56 literal a) y el artículo 62 que contienen:

Artículo 56. Nadie puede ser privado de la libertad sino:

a) **Previo mandamiento escrito de autoridad competente; y**

b) En el caso de flagrancia o cuasiflagrancia de infracción penal o de policía.

Artículo 62. La policía está obligada a poner al capturado dentro de la siguiente hora hábil a la de la captura a órdenes del funcionario que la hubiera pedido en su Despacho o en el respectivo establecimiento carcelario, descontando el tiempo del recorrido o el de cualquier demora debida a circunstancias insuperables.

Cuando se trate de orden administrativa la captura se realizará en hora hábil; si es inhábil se mantendrá al requerido en su casa hasta la primera hora hábil siguiente.

Excepcionalmente en materia penal, la policía puede disponer hasta de 24 horas para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura. Cuando ello ocurra dará inmediatamente aviso a la autoridad que solicitó la captura. (negrilla fuera del original).

Sostiene el demandante que son inconstitucionales (éstas y otras normas que también colindan con el tema de la captura administrativa contenidas en dicho Código de Policía), en tanto no debe existir mandamiento escrito de autoridad cualquiera sino de autoridad judicial, como lo preceptúa la *Norma normarum*. De igual forma, señala que la “retención administrativa” fue derogada por la Carta Superior, ya que no fue incluida en la misma como si se encontraba en el artículo 28 de la Constitución colombiana anterior.

Al recibir esta demanda y los argumentos expuestos por el ciudadano, la Corte señala en primer lugar que la libertad personal y la inviolabilidad de domicilio son “en gran medida presupuesto de todas las demás libertades y derechos: quien no goza de la libertad personal, por estar detenido o retenido contra la propia voluntad no puede gozar de los otros derechos y libertades”¹⁶; por eso, “los requisitos constitucionales para limitar uno u otro derecho son estrictos”¹⁷.

De ese modo, *contrario sensu* de la Constitución de 1886, sólo se le permite a la autoridad judicial por medio de mandamiento escrito

coartar la libertad personal a un sujeto. Esto, con fundamento a lo expuesto por la Asamblea Constituyente, precursora de la Constitución de 1991, en la cual se expresó:

El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra la puerta a los abusos de funcionarios subalternos, que muchas veces prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extra limitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto, o detener a los individuos¹⁸.

No obstante y en virtud del principio de conservación del derecho, la Corte declaró la constitucionalidad del enunciado, “en el entendido que la privación de la libertad debe condicionarse a previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente”¹⁹.

Con todo, existen excepciones constitucionales al régimen de reserva judicial en el tema acusado, como son: i). La flagrancia y (ii). La detención preventiva derivada de aprehensión material. En cuanto a la primera, se ha establecido que “lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que hace imposible esperar la orden judicial previa”²⁰. En cuanto a la segunda, se considera que en la práctica trajo un efecto indeseado, ya que en su amparo ha operado un perverso aparato de represión de la libertad personal, especialmente en zonas rurales, de difícil acceso y comunicación²¹. Por estas razones fue declarada inexecutable, en tanto “la autorización legal a la Policía para que prive de la libertad a una persona cuando ésta proviene de orden administrativa resulta inconstitucional,

16. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

17. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

18. Gaceta, Constitucional Número 82. Sábado 25 de Mayo de 1991, página 11. En CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

19. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Los derechos de libertad I: Libertades físicas. En Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas.* Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2009

20. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

21. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Los derechos de libertad I: Libertades físicas. En Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2009.

*pues quedó erradicada desde la expedición de la Constitución de 1991*²².

Adicionalmente, frente a estas excepciones la Corte señala:

el inciso segundo del artículo 28 (...) establece una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad, puesto que consagra la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas. Este inciso establece que la “persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”. Esta norma consagra entonces una facultad para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial. No de otra manera se entiende la obligación constitucional de que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez, puesto que ello significa que la autoridad judicial no ordena la detención con anterioridad sino que verifica la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma. Es entonces un caso en donde la propia Constitución establece una excepción al principio general de la estricta reserva judicial y consagra la posibilidad de una aprehensión sin previa orden de autoridad judicial. Y no se puede considerar que esta norma se refiere únicamente al caso de la flagrancia, puesto que tal evento es regulado por otra disposición constitucional. Consagró entonces el constituyente una más amplia facultad de detención administrativa, lo cual no contradice sino que armoniza plenamente con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, de conformidad con los cuáles se interpretan los derechos y deberes consagrados por la Constitución (CP Art 93). En efecto, los tratados consagran una protección judicial de la libertad, en virtud de la cual la legitimidad de toda privación de la libertad debe ser controlada por una autoridad judicial independiente. Pero el control puede ser posterior a la aprehensión, puesto que las normas internacionales no establecen que toda privación de la libertad

22. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-197 de 2007, Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

deba ser efecto de una orden judicial, sino que consagran que la persona detenida a causa de una infracción penal deberá ser llevada sin demora ante un juez, y que podrá recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (Pacto de derechos civiles y políticos, artículos 9-3 y 9-4; Convención Interamericana artículo 7-5 y 7-6)²³.

Conforme a la otra posibilidad que quebranta la reserva judicial – esto es, la flagrancia – la Corte deduce que se podría estar inmerso en una captura administrativa, ya que: “en tal evento la Constitución autoriza su aprehensión por cualquier persona, pudiendo entonces ser retenida también por una autoridad administrativa, a fin de que sea puesta a disposición de autoridad judicial”²⁴.

La detención preventiva administrativa no debe ser tomada como la consagrada en el artículo 28 de la Constitución anterior –señala la Corte Constitucional – ya que en esos eventos existía un poder desmedido atribuido a las autoridades administrativas que podían dar lugar a arbitrariedades y excesos, sino que la actual detención administrativa debe ser fundamentada en factores objetivos, es decir, en razones objetivas y en motivos fundados. “Esta exigencia busca tanto proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias como permitir que la legitimidad de la aprehensión pueda ser controlada tanto por los superiores del funcionario que la practicó como por las autoridades judiciales y los organismos de vigilancia y control del Estado”²⁵.

De esta manera, si bien estas razones objetivas y los motivos fundados buscan ir “más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales”²⁶.

23. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

24. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

25. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

26. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero

Por ende, deben existir unas características (amparadas constitucionalmente) para poder llevar a cabo la mencionada aprehensión. Las características son:

En primer término, la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados (...)

En segundo término, la detención preventiva debe ser necesaria, esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuáles no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz. (...)

En tercer término, esta detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta. (...)

En cuarto término, esta facultad tiene estrictas limitaciones temporales. (...)

(...) en quinto término, la aprehensión no sólo se debe dirigir a cumplir un fin preciso -verificar ciertos hechos o identidades- adecuadamente comprendido dentro de la órbita de las autoridades de policía sino que además debe ser proporcionada. (...)

En sexto término, como es obvio, para estos casos se aplica plenamente el derecho de Habeas Corpus como una garantía del control de la aprehensión, puesto que el artículo 30 señala que éste se podrá invocar “en todo tiempo”. Por consiguiente, todo ciudadano que considere que ha sido objeto de una detención gubernativa ilegal tiene derecho a invocar el Habeas Corpus.

En séptimo término, esas aprehensiones no pueden traducirse en la práctica en una violación del principio de igualdad de los ciudadanos. (...)

En octavo término, reitera la Corte, que la inviolabilidad de domicilio tiene estricta reserva judicial, pues, salvo los casos de flagrancia, el allanamiento sólo puede ser ordenado por autoridad judicial. (...)

En noveno término, la persona objeto de una detención preventiva no sólo debe ser “tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Art 10-1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, CP Art 5) sino que además se le deberá informar de las razones de la detención y de sus derechos constitucionales y legales, como el derecho a ser asistido por un abogado (CP Art 29) o el derecho a no declarar contra sí mismo o contra su cónyuge,

compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (CP Art 33).

Finalmente, y como es obvio en un Estado social de derecho en donde la administración está sometida al principio de legalidad, la regulación de las detenciones preventivas es materia legal, a fin de que se establezcan las formalidades que debe reunir toda detención preventiva y se delimiten los eventos y motivos en los que ella puede operar.

Del análisis de las providencias aludidas, se deriva que la primera sentencia en dar una interpretación sobre la captura administrativa – C-024 de 1994 -, da cuenta que desde un inicio la Corte consideró que sí era posible la aplicabilidad de aquella figura en Colombia (recordando que es una sentencia anterior a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004). Para algunos este pronunciamiento del resultó desbordado e inconcebible, en tanto recurrió “a la figura jurídica de los “motivos fundados” (...) para dar legitimidad a una sui generis forma de detención preventiva administrativa, que a ojos de cualquiera resulta absolutamente inconstitucional”²⁷.

De igual manera, las sentencias C-879 de 2011 y C-239 de 2012 realizan un profundo estudio frente a la libertad personal, especialmente en sus limitaciones y garantías, retomando la jurisprudencia que ha tenido el Tribunal al respecto.

Además, el gran valor que reviste llevar a cabo una privación de la libertad, hizo que el constituyente haya impuesto el deber a la autoridad judicial de analizar el caso fáctico en concreto, para así poner en marcha el aparato estatal en el curso de una aprehensión de un ciudadano; todo esto teniendo en cuenta que existen algunas excepciones en las cuales, en primera medida, no se requiere la intervención de un juez de la República para la captura de un sujeto, como cuando se lleva a cabo “una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional, a saber “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los

27. REYES CUARTAS, José Fernando. *El papel de la Corte Constitucional en la protección de las garantías penales en Colombia. En: Garantismo y Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2006. p. 188.*

derechos y libertades pública, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”²⁸

Finalmente, frente al estudio de la flagrancia (situación que no traeremos a colación) y a la detención administrativa preventiva, **únicos casos en los que procede la privación de la libertad por parte de la Policía**²⁹, se afirma que, aunque fue una disquisición respaldada por la sentencia C – 024 de 1994 y después rebatida por la C – 176 de 2007, con respecto a la detención preventiva, “[se] trata por lo tanto de un asunto que no es pacífico en la jurisprudencia de esta Corporación”, no obstante reconocerse su carácter de “medida dirigida a verificar la ocurrencia de delitos o evitar su consumación”³⁰.

2.3. En Contra

En contra de la aplicación de una captura administrativa encontramos la sentencia C – 1024 de 2002, la cual recuerda la importancia de un debido análisis para restringir la libertad personal, afirmando que:

En algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Pero esa privación o restricción de la libertad, en los Estados democráticos no puede ser arbitraria. De allí, que el artículo 28 de la Carta Política vigente, establezca requisitos para el efecto.

Así, la reducción a prisión o arresto o la detención, exigen i) motivo previamente definido en la ley; ii) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; y iii) que se realice con la plenitud de las formalidades legales. La privación o restricción de la libertad que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador³¹.

28. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 176 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

29. *Ibidem*.

30. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 239 de 2012. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

31. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 1024 de 2002. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Por lo anterior, la Corte ha señalado que debe existir un principio de legalidad de la privación de la libertad, (de la captura para el examen en cuestión), es decir, la orden del juez (no de autoridad administrativa), llevada a cabo por escrito, en palabras del alto Tribunal:

Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal³².

Resalta la Corte:

Sobre el texto actual del artículo 28 de la Carta, en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en la Asamblea Constituyente de 1991, el Delegatario Diego Uribe Vargas expresó que “El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra las puertas a los abusos de funcionarios subalternos, que muchas veces prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extralimitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto o detener a los individuos”³³.

Para fundamentar esta posición jurisprudencial, en la mencionada jurisprudencia se retoma un debate suscitado en la Asamblea Constituyente, en la cual se quería incluir la captura administrativa y no terminó circunscribiéndose la misma, a saber:

32. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 1024 de 2002. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra

33. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 1024 de 2002. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra

Ha de recordarse que en el texto sometido a consideración de la Comisión Primera de la Asamblea Constitucional, se incluyó un segundo inciso, en el que se decía “Excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos que ésta consagre, podrán disponer la detención preventiva de una persona con el fin de colaborar con las autoridades judiciales, o el arresto como medida de policía para prevenir o sancionar las infracciones en ella contempladas”, inciso éste que no fue aprobado por la Plenaria de la Asamblea durante el primer debate y que, finalmente, tampoco se incluyó ni en el segundo debate ni en el texto definitivo de lo que hoy es el artículo 28 de la Carta³⁴.

Posteriormente, la sentencia C-237 de 2005 acoge los mismos requisitos para que proceda la restricción de la libertad personal (mandamiento escrito de autoridad judicial competente, que esté a las formalidades legales y por motivos previamente determinados por la ley) e insiste en que “las autoridades administrativas no poseen la facultad, *motu proprio*, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente”³⁵.

En el mismo sentido encontramos la sentencia C - 176 de 2007, la cual entra en contradicción con lo expuesto por la jurisprudencia C - 024 de 1994, afirmando entre otras cosas, que:

Uno de los derechos-garantía de la libertad física a que hace referencia el artículo 28 de la Constitución, es el mandamiento escrito de autoridad judicial competente para su privación. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en sostener que el carácter garantista y humanista de la Constitución de 1991 exige como mecanismo de protección fundamental del derecho a la libertad y como condición *sine qua non* para disponer la privación de la libertad de una persona, el mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En efecto, como lo advirtió la sentencia C-024 de 1994, la reserva judicial de la libertad fue plasmada por el constituyente de manera expresa y consensuada, pues la simple comparación entre los artículos 23 de la Constitución de 1886 y 28 de

la actual Carta muestran que el primero señalaba la detención por orden de la “*autoridad competente*”, mientras que el segundo dispone que “*nadie puede ser... detenido... sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*”. Entonces, es claro que la voluntad del constituyente estuvo expresamente dirigida a prohibir la privación de la libertad por orden de autoridades administrativas, cuya facultad estuvo autorizada por la norma constitucional derogada³⁶.

Por su parte, frente al principio de reserva judicial en cuanto a la privación de la libertad (la captura llevada a cabo por un juez) y la privación que se da en virtud del Código de Policía señala el tribunal:

En el actual sistema jurídico colombiano, por regla general, la autoridad judicial cuya competencia determina la ley, es la única facultada para privar legítima y válidamente la libertad de las personas. Por consiguiente, la expresión “autoridad competente” prevista en el literal a) del artículo 56 del Código de Policía, resulta inconstitucional, en tanto que, conforme a la anterior filosofía constitucional que sirvió de fundamento a esa normativa, permite que otras autoridades, distintas a la judicial, y, en especial, las autoridades de policía a quienes está dirigida la normativa que contiene la regulación acusada, ordenen válidamente la privación de la libertad. Así las cosas y, en aplicación del principio de conservación del derecho, según el cual “los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático”, la Corte Constitucional sólo debe declarar la inexequibilidad de una norma cuando ésta no puede interpretarse conforme a la Constitución ni puede integrarse de acuerdo con las normas superiores, pues el intérprete debe mantener al máximo la “obra del legislador”. Por ello, la Corte proyectará el artículo 28 de la Constitución para integrarlo al literal acusado, de tal manera que cuando el artículo 56, literal a, del Decreto 1355 de 1970 se refiere a “autoridad competente” deberá entenderse “autoridad judicial competente”³⁷.

Por último, señala la honorable Corte Constitucional que la privación momentánea

34. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 1024 de 2002. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra

35. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería

36. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 176 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

37. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 176 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

(no puede tener una extensión deliberada en el tiempo) de la libertad mientras la persona es llevada a la autoridad que ordenó la comparecencia requiere mandato previo de autoridad judicial competente (cuestión que contradice lo expuesto en otras jurisprudencias).

En palabras de la Corte:

Corresponde resolver si la Policía está facultada constitucionalmente para aprehender y privar momentáneamente de la libertad a las personas mientras las conduce ante la autoridad que ha ordenado su comparecencia. Evidentemente, la lectura sistemática de los artículos 28 de la Constitución y 58 del Decreto 1355 de 1970, permite inferir dos interpretaciones. La primera: la norma acusada consagra la facultad de la Policía Nacional para restringir la libertad de las personas cuando existe orden de autoridad judicial competente que previamente la ha ordenado. Dicho de otro modo, la regulación impugnada desarrolla la ejecución policiva de órdenes de captura proferidas con anterioridad a ella. La segunda: la disposición acusada autoriza a la Policía a detener preventivamente a una persona para que, dentro de las 36 horas siguientes, la deje a disposición del juez competente. En el entendido de que el artículo 58 del Decreto 1355 de 1970 se refiere a la aprehensión por parte de la policía y a la privación momentánea del derecho a la libertad mientras se le conduce a la autoridad que ordenó la captura, no sólo no vulnera la Constitución sino que la desarrolla. No obstante lo anterior, también es posible entender que el artículo 58 del Código de Policía autoriza a las autoridades de policía a detener preventivamente a una persona para que sí, dentro de las 36 horas siguientes a la detención lo estima pertinente, la deje a disposición del juez competente. En otras palabras, también se deduce de la norma acusada la posibilidad de que la policía restrinja la libertad de las personas sin orden judicial previa. En consecuencia, para la Sala es claro que la interpretación de la norma acusada que permitiría privar de la libertad a una persona sin orden judicial previa quebranta el principio de reserva judicial previsto en el artículo 28 de la Constitución y en el Acto Legislativo número 3 de 2002, por lo que esa hermenéutica debe ser retirada del ordenamiento jurídico. Entonces, en aplicación del principio de conservación del derecho que le permite a la Corte emplear

sentencias interpretativas para dejar en el ordenamiento jurídico interpretaciones de la norma acusada acordes con la Carta y expulsar aquellas que la infrinjan, se considera necesario declarar la exequibilidad del artículo 58 del Decreto 1355 de 1970, en el entendido que se requiere que exista mandato previo de autoridad judicial competente³⁸.

Consecutivamente, en la sentencia C-730 de 2005³⁹, la Corte declaró la inexequibilidad de las expresiones “En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”, contenidas en el inciso final del artículo 2º de la Ley 906 de 2004. Y, en sentencia C-1001 de 2005⁴⁰, el Tribunal excluyó del ordenamiento jurídico el artículo 300 de esa misma normativa que autorizaba a la Fiscalía a proferir órdenes de captura excepcionales en los casos allí señalados.

La posición adoptada por la Corte Constitucional en las anteriores providencias fue respaldada en igual medida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al exaltar la protección que se debe a la premisa de la reserva judicial en los casos de privación de la libertad personal, pues son los jueces las autoridades investidas constitucionalmente de proveer un mandamiento escrito para limitar este derecho fundamental⁴¹.

En conclusión, la Corporación señala que es inconstitucional la captura administrativa, a saber:

La autorización legal a la Policía para que prive de la libertad a una persona cuando ésta proviene de orden administrativa resulta inconstitucional, pues quedó erradicada desde la expedición de la Constitución de 1991 y, recientemente, fue reiterada por el Constituyente mediante el Acto Legislativo número 3 de 2002⁴².

38. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 176 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

39. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-730 de 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

40. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1001 DE 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

41. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez

42. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 176 de 2007.

IV. El nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia

La Ley 1801 de 2016 o Código Nacional de Policía y de Convivencia nace como fruto de la necesidad de actualizar, modificar y reformar el Código Nacional de Policía existente en el territorio nacional. A partir de ello se vio la necesidad de consagrar nuevas figuras que dotaran de mayor celeridad en los procedimientos policiales y que buscaran una mejor consecución de los fines propuestos dentro de la convivencia nacional.

A partir de ello, la Ley 1801 de 2016 amparó dos artículos de vital importancia para el tema de la captura, a saber, los artículos 168 y 169.

El artículo 168 consagra:

168. Aprehensión con fin judicial. El personal uniformado de la Policía Nacional, podrá aprehender a una persona en sitio público o abierto al público, o privado, cuando sea señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito o cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido, siempre que el solicitante concurra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia.

El personal uniformado de la Policía Nacional la conducirá de inmediato a la autoridad judicial competente, a quien le informará las causas de la aprehensión, levantando un acta de dicha diligencia.

Por su parte el artículo 169 estipula que:

169. Apoyo urgente de los particulares. En casos en que esté en riesgo inminente la vida e integridad de una persona, el personal uniformado de la Policía Nacional podrá solicitar y exigir el apoyo de los particulares a las funciones y actividades de policía y hacer uso inmediato de sus bienes para atender la necesidad requerida. Las personas sólo podrán excusar su apoyo cuando su vida e integridad quede en inminente riesgo.

De la lectura de estos artículos, se podría inferir que no sólo se permite la captura

administrativa sino que se legisla sobre ella, se faculta y se promueve la misma, situación que no se considera válida por los autores. En el primer evento, esto es, bajo el artículo 168, lo que se faculta es el apoyo policial a las capturas en casos de flagrancia, siempre recordando que debe ser llevado ante autoridad judicial para que legalice la captura bajo las circunstancias del artículo 301 de la Ley 906 de 2004. Debe siempre recordarse que todas las personas están facultadas para realizar detenciones preventivas cuando una persona está cometiendo un delito y se encuentra en flagrancia. Al referirse a todas las personas también se autoriza a los cuerpos policiales, por supuesto.

En el artículo 169 no se hace alusión a la captura. El apoyo urgente de los particulares se solicita para todas las actividades donde corra peligro el personal uniformado de la Policía Nacional pero no se delimita únicamente a casos de detenciones preventivas. Lo que sí se considera es que si se lleva a cabo una captura en colaboración entre Policía y particulares, debe circunscribirse únicamente a situaciones de flagrancia o cuando exista orden de autoridad judicial de manera previa y la colaboración de los particulares se dé por motivos de riesgo inminente contra la vida e integridad de una persona.

CONCLUSIÓN

A pesar de encontrar jurisprudencia que está a favor de la captura administrativa, se ha considerado que la figura en comento no se acompaña a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, ya que como se ha señalado por parte del Supremo Tribunal de lo Constitucional, una privación de la libertad, por momentánea que sea, requiere mandato previo de autoridad judicial competente, en tanto una captura administrativa violaría dicho precepto – la reserva judicial- y conllevaría a que sujetos, constitucionalmente inhabilitados para coartar el reiterado derecho fundamental, puedan determinar quién puede ser capturado y quién no.

El Código de Policía y Convivencia no faculta la figura en comento. No puede la nueva legislación desconocer la necesidad de tener un tercero imparcial que imparta la legalidad de la posibilidad de una detención a menos

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

que exista la necesidad y la temporalidad requeridas en la flagrancia.

En un sistema jurídico garantista y amparado en el Estado Social de Derecho y desarrollado bajo principios protectores de los ciudadanos, no se puede permitir la existencia de figuras que violenten la necesidad de un tercero imparcial que decreta una privación de la libertad.

Como lo señalan Bernal y Montealegre:

(...) la captura actualmente sólo procede cuando tiene como sustento el proceso penal, o investigación previa a la audiencia de imputación que permita dicha determinación, por ejemplo (1) posibilidad de fuga (2) alteración de la prueba o (3) peligro para la sociedad o la víctima y, excepcionalmente, en las situaciones de captura en flagrancia. La llamada 'captura administrativa' implica una privación de la libertad arbitraria y una afectación no justificada a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto no quiere decir que las autoridades administrativas no tengan algunas facultades para desarrollar las funciones que constitucionalmente les fueron asignadas, en relación con la libertad de las personas⁴³.

43. BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal. Tomo II. 6ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2013. Página 495.*

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. El Proceso Penal. Tomo II. 6ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2013.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1989.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991
- CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 024 de 1994 Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero
- -----, Sentencia C - 1024 de 2002. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- -----, Sentencia C-730 de 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- -----, Sentencia C- 1001 DE 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- -----, Sentencia C - 239 de 2012. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.
- -----, Sentencia C-197 de 2007, Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- -----, Sentencia C - 176 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- -----, Sentencia C - 411 de 2015. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.
- -----, Sentencia C-237 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- -----, Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez
- FERNÁNDEZLEÓN, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Volumen I. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2005.
- Gaceta, Constitucional Número 82. Sábado 25 de Mayo de 1991
- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Editorial Thomson Reuters. 2012.
- GUADARRAMA, Álvaro. El jusnaturalismo y el juspositivismo en la justicia. Revista Misión Jurídica, 2008, Vol. 4, No. 4, pp. 107 - 118.
- LEY 1801 de 2016
- LEY 906 de 2004
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ MEJÍA, Astrid Liliana. La defensa de la libertad, análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2007.
- MENESES CUDRIZ, Carlos Eduardo. Sobre la vigencia de la denominada "captura administrativa" en el ordenamiento jurídico colombiano. *Advocatus*, 23(11), 2014. pp. 133-147.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Los derechos de libertad I: Libertades físicas. En: *Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2009.
- REYES CUARTAS, José Fernando. El papel de la Corte Constitucional en la protección de las garantías penales en Colombia. En: *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006. p. 188.
- VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010. p. 171