

Sobre la vigencia

DE LA DENOMINADA “CAPTURA ADMINISTRATIVA”
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

On the effect

OF CALLED “ADMINISTRATIVE CAPTURE”

LEGAL SYSTEM IN COLOMBIA

RESUMEN

El presente artículo forma parte integrante de un texto más elaborado del autor, titulado “Del Control de Legalidad de la captura por el Juez de Garantías en el modelo acusatorio de la Ley 906 de 2004”, en el cual se realiza un estudio en relación con la vigencia de la “captura administrativa”. Figura esta que si bien se encontraba expresamente consagrada en el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución de 1886, dado el autoritarismo político de ella, no lo es menos que muy a pesar de que la misma no fue acogida en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, por vía de jurisprudencia, la Corte Constitucional derivó su existencia y la hizo resurgir en nuestro ordenamiento jurídico; empero, con posterioridad, ese mismo tribunal constitucional, bajo una óptica pro-libertaria y unos más rigurosos parámetros de valoración del derecho fundamental a la libertad, terminó reconociendo que no tenía vigencia en Colombia. Tesis decididamente apoyada por la Corte Suprema de Justicia.

Palabras clave: Libertad, Reserva judicial, Captura, Actualidad, identidad y aprehensión, Constitución, Derecho fundamental a la libertad, “Captura administrativa”.

ABSTRACT

This article is part of a more elaborate text by the author, entitled “Control of the Legality of the capture by the Trial Judge in the adversarial model of Act 906 of 2004”; and in it, a study is carried out in relation to the validity of the well-known among us figure of “administrative capture.” Figures in this, if it is true was expressly stated in the second paragraph of Article 28 of the Constitution of 1886, given the political authoritarianism of it, it is not less than even though it was not accepted within the 1991 National Constituent Assembly, by jurisprudence, the Constitutional Court derived its existence and resurrected in our legal system; however, later that same constitutional court, under a pro-libertarian perspective and more stringent endpoints of the fundamental right to freedom, ended recognizing that it was not in effect in Colombia. The previous thesis which was duly supported by the Supreme Court.

Keywords: Freedom, Legal reserve, Arrest, Currently, Identity and apprehension, Constitution, Fundamental right to freedom, “Administrative Capture”.

CARLOS EDUARDO MENESES CUDRIZ

Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Especialista en Derecho Penal y Criminología, y Derecho Constitucional de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Penal Internacional de la Universidad de Granada (España).
carlosmenescudriz@hotmail.com

Recibido:
25 de marzo de 2014
Aceptado:
12 de mayo de 2014

Independientemente de la modificación que al modelo de enjuiciamiento penal introdujo el Acto Legislativo No. 3 de 2002, los diversos entendimientos que en nuestra tradición doctrinal ha tenido la figura o el concepto de captura se han mantenido en vigencia de la Ley 906 de 2004. Así, para la doctrina más actualizada, 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 proporcionalidad¹. Mientras que de otro lado se afirma, que por captura ha de entenderse "(...) el acto por el cual se aprehende a una persona que es señalada de cometer una conducta delictiva (...)", o "(...) el poder que el Estado tiene para detener a una persona que ha infringido la ley penal (...)", para presentarla ante el juez natural para que responda por su acción u omisión, con pleno ejercicio de su derecho a la defensa².

A su vez, otros doctrinantes opinan, que "(...) la captura es la facultad que tiene el Estado a través de un juez o un fiscal para restringir el derecho fundamental a la libertad (...)" de una persona, en aquellos eventos en que haya recaudado un mínimo de evidencia con vocación probatoria de la cual se pueda razonablemente inferir un indicio de autoría o participación de esa persona en la comisión de una conducta punible, siempre y cuando la normatividad no ofrezca otro medio más

idóneo para hacer comparecer a la actuación al indiciado, imputado, acusado o condenado³. Otros doctrinantes, más allá, tienen la concepción de que la captura, "(...) no es un acto, sino un periodo que transcurre entre la aprehensión material y la notificación de la providencia judicial mediante la cual se ordena la detención preventiva o se dispone la libertad (...)" de la persona⁴.

Igualmente, otra parte de la doctrina que concebía la captura como "(...) un acto material o físico de aprehensión (...)" que puede producirse antes, durante o después del proceso⁵, en vigencia el nuevo modelo de enjuiciamiento penal de tendencia acusatoria, la redefinió como "(...) un acto complejo que no puede confundirse con los motivos de la privación de la libertad o con la aprehensión en sentido estricto (...)", porque ella solo constituye un "(...) paso intermedio (...)" entre aquellas motivaciones y este aseguramiento físico. Bajo tal argumento reiteran que la captura es, en sentido técnico y salvo la que se produce en situación de flagrancia, un acto complejo que

(...) Consiste en la orden de un juez o excepcionalmente de un fiscal, soportada en razones constitucionales y legales, para aprehender físicamente a una persona. La captura es la orden

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

2. CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de enjuiciamiento penal colombiano*. Sistema acusatorio y juicio oral y público. Bogotá: Leyer, 2004. p. 180.

3. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *Las medidas cautelares personales*. En *el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer, 2009. p. 33.

4. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. Sistema Penal Acusatorio. Decimotercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2006. p. 331.

5. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal*. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 168.

dictada por una autoridad judicial (juez o fiscal) mientras que la aprehensión es la concreción de la orden de captura (...)⁶.

De las representativas transcripciones antes reseñadas, salta a la vista que en la doctrina nacional no ha existido ni existe unidad de criterio en lo que hace relación con el concepto de captura, como es epistemológicamente natural. Varias son las posturas que han surgido en cuanto a la definición de la misma y, en consecuencia, unas veces ella es confundida con la naturaleza de medida cautelar que se le atribuye, y otras es identificada con el acto de aprehensión física que forma parte de ella e, incluso, con el *iuspuniendi* del Estado. Mientras unos la asimilan con el intervalo de tiempo que transcurre entre la aprehensión física y la decisión sobre el restablecimiento de la libertad o su elevación a detención o prisión preventiva, otros, a pesar de considerarla un “acto complejo” y un “paso intermedio” entre los motivos fundados justificantes y la aprehensión, terminan identificándola con el soporte material que debe contenerla, es decir, con la misma orden escrita emanada de la autoridad judicial (juez o fiscal).

A nuestro juicio y aplicando el *Principio de Ockham*⁷, consideramos que la captura es un

instituto jurídico penal que permite la legal privación de la libertad de una persona por motivos legal y previamente señalados, para el cumplimiento de fines procesales previstos en el ordenamiento jurídico y constitucionalmente legítimos. Se trata de un instituto jurídico penal, porque es creación o un *constructo* del Derecho y, concretamente, del Derecho Penal, única expresión de lo jurídico que con sus medidas y sanciones tiene capacidad para interferir el ámbito de libertad de las personas. Tal privación de la libertad es legal porque para afectar ese derecho fundamental se exige su judicialidad, motivación de la orden y control judicial, como que la misma esté llamada a cumplir una finalidad propia del proceso y constitucionalmente prevista: formular imputación o acusación, para cumplir una medida de aseguramiento o una pena, entre otros, o bien conducir a la persona ante el juez de garantías para que decida sobre la legalidad de la privación de la libertad tratándose de situación de flagrancia.

En el ámbito del Derecho Comparado, el Derecho Penal alemán consagra la figura del “*requerimiento de captura*”, pedido de captura u orden de búsqueda, que consiste en una solicitud o requerimiento público “(...) de un fiscal o de un juez para la captura y entrega de un prófugo o de un imputado que se mantiene oculto (...)”, cuya emisión corresponde a las autoridades facultadas para la persecución penal y a las de ejecución penal. Generalmente, es requisito *sine qua non* para su emisión la previa expedición de una *orden de detención* y, de manera excepcional y sin esta, cuando un detenido provisionalmente se fuga o se sustrae por cualquier otro modo a la custodia

6. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal*. Tomo II. Estructura y garantías procesales. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 454.

7. Principio este de conformidad con el cual, “... las explicaciones nunca deben multiplicar las causas sin necesidad; y cuando se ofrecen dos explicaciones para un mismo fenómeno, la explicación completa más simple es preferible, por lo probable ...”.

estatal; en cuyo caso la autoridad de policía también puede librarla. Esta solicitud si bien tiene como destinatario tanto a las autoridades de policía como a los particulares, estos últimos no pueden realizar la aprehensión y solo deben limitarse a informar a la policía sobre el paradero del requerido⁸.

Mientras que en el proceso penal chileno existe la figura jurídica de la *detención*, que no se asimila a nuestra detención preventiva, y la cual puede ser una medida cautelar de carácter personal, una medida ejecutiva (para hacer efectiva una pena o la prisión preventiva) o una medida de garantía (para asegurar el cumplimiento de obligaciones legales). Como medida cautelar se clasifica en detención imputativa, que puede ser ordenada por funcionario judicial o realizada en flagrancia, y se define esta *detención judicial imputativa* como la ordenada por un juez, "(...) Sin previa citación, con el fin de poner a una persona formalmente a disposición del Tribunal, en calidad de imputado, para asegurar su comparecencia a la audiencia destinada a formalizar la investigación y, eventualmente, a adoptar una medida cautelar de mayor intensidad, en su contra (...)". Que es lo más parecido a nuestra figura de la captura, por ser una privación judicial de la libertad a instancias del Ministerio Público (Fiscalía) para que no se demore o dificulte la comparecencia del encartado a la correspondiente actuación⁹.

Bajo cualquier entendimiento, la captura implica ahora el acto material de la aprehensión física de la persona, con connotaciones jurídicas; en tanto y en cuanto, comporta la disposición del *corpus* del capturado, quien ha de ser presentado, físicamente y de manera inmediata o en el menor tiempo posible, ante la autoridad judicial competente¹⁰, para que esta decida en relación con legalidad de su privación de la libertad. Acto de aprehensión física este puede producirse, desde la etapa pre-procesal (en los eventos de captura en flagrancia u ordenada antes de formular la imputación), así como en la etapa procesal (como resultado de la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad) e, igualmente y una vez ha concluido el proceso, a efectos de la ejecución de una medida de cautela personal, por la revocatoria de un beneficio o para el cumplimiento de una pena impuesta en una sentencia de condena que se encuentre ejecutoriada.

Como lo enunciamos, por fuera de la situación de flagrancia y de aquellas otras circunstancias procesales que eventualmente puedan conducir a que un juez pueda ordenar la captura de una persona –bien a consecuencia del anuncio del sentido condenatorio del fallo, de la sentencia ejecutoriada de condena para su ejecución, bien ante la revocatoria de una medida de aseguramiento no privativa de la

8 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la vigesimoquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. pp. 287-288.

9 HORWITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. pp. 362-388.

10. En relación con la necesidad de la entrega física del capturado a la autoridad judicial competente y el término máximo de 36 horas para que este defina en relación con su situación jurídica, confróntese las Sentencias de nuestra Corte Constitucional C-251 de 2002 con ponencia de los magistrados Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, y Sentencia C-163 de 2008, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, respectivamente.

libertad por una que lo sea, o bien por revocatoria de un subrogado penal que conlleve la ejecución de la pena—; en nuestro ordenamiento jurídico la privación de la libertad se encuentra protegida por absoluta reserva judicial. Esta reserva lo es en razón de que la captura únicamente procede previa orden judicial escrita y, de manera excepcional, única y exclusivamente, en situación de flagrancia o por orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, como lo precisó nuestra Corte Constitucional¹¹.

Habiendo reforzado el Acto Legislativo 3 de 2002, la reserva judicial que en favor del derecho fundamental a la libertad consagró la Constitución Política de 1991¹², desde la entrada en vigencia de esta y con mayor énfasis, solo las autoridades judiciales, de manera exclusiva y con exclusión de cualesquiera otras autoridades estatales, son las únicas que por mandato constitucional están facultadas para limitar o restringir la misma. Por tal circunstancia, y sin hesitación alguna, “(...) 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 (...)”¹³. La claridad de este precedente

constitucional nos refuerza que, en materia de captura, las autoridades administrativas solo se limitan a ejecutar las proferidas por la autoridad judicial.

Con base en el anterior argumento, nuestra Corte Constitucional sentenció que la prerrogativa contenida en el artículo 58 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), “(...) Se ubica en el contexto del ejercicio de la autoridad de policía a cargo del Estado y, en especial, de la Policía administrativa y judicial, pues regula un caso en el que la autoridad de policía debe hacer cumplir una orden judicial que implica la privación del derecho a la libertad (...)”. Es decir, se trata de una norma que en ningún momento faculta a las autoridades de policía para capturar por iniciativa propia a las personas, ya que sus facultades están limitadas a la simple materialización o al desarrollo de la “ejecución policiva” de las órdenes de captura impartidas por las autoridades judiciales, con el lleno de los requisitos legales para ello¹⁴.

Corte esta que al cotejar con el artículo 28 superior varias disposiciones del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) que, de una u otra manera, facultaban a estas autoridades para privar de la libertad a los ciudadanos, cuando no condicionó su constitucionalidad a la pre-existencia del mandato escrito de autoridad judicial competente —captura para hacerlo comparecer ante ellas (artículos 56 y 58)—, las declaró inexecutable de mane-

11. Nuestra Corte Constitucional precisó: “... la propia Constitución consagró dos excepciones a esa regla general, de tal suerte que procede la captura aún sin orden judicial previa cuando se presenta la situación de flagrancia (Art. 32 superior) y en las situaciones autorizadas por la ley para que la Fiscalía ordene la captura excepcional (C.P. Art. 250). En esos dos casos de todas maneras, se requerirá la valoración judicial para la legalización de la captura ...”. Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2007. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

12. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-730 de 2005. M.P. doctor Álvaro Tafur Galvis.

13. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 2005. M.P. doctor Jaime Araújo Rentería.

14. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2005. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

ra reiterada y pacífica. En consecuencia, esta Corte declaró inexecutable la privación de la libertad de quien irrespete, amenace o provoque a funcionarios uniformados de policía (artículo 207-1)¹⁵; el arresto de conductores que infrinjan las normas de tránsito¹⁶; las "órdenes administrativas" de captura¹⁷ (artículo 62); la captura de testigo de contravención que se resista a comparecer ante la autoridad (artículo 70)¹⁸; así como también la "captura momentánea" y la "retención transitoria" en estación de policía (artículos 71, 186-8 y 192)¹⁹.

En ese proceso de verificación y depuración de las facultades de las autoridades de policía en materia de captura y limitación de la libertad de las personas para con las disposiciones constitucionales de la Carta de 1991, estas autoridades terminaron por detentar hoy, por propia iniciativa y por fuera de los casos de flagrancia, única y exclusivamente, la potestad de capturar a quienes sean sorprendidos en flagrante contravención, solo cuando se realice en lugar público o abierto al público, y solo para el efecto de "(...) conducirlo ante el respectivo Jefe de Policía (...)". Pero, si la persona se identifica y suministra su dirección, el agente de policía deberá liberarlo inmediatamente y lo citará para que comparezca ante la autoridad administrativa de policía, sin que

su no comparecencia pueda aparejarle sanción alguna y, mucho menos, la restricción de su libertad (artículo 69 del Código Nacional de Policía)²⁰.

Razones todas por las cuales, de la mano de la nueva normatividad procesal penal de Corte o tendencia acusatoria podemos afirmar, sin vacilación alguna, que en este nuevo modelo de enjuiciamiento penal se reafirmó la reserva judicial para la privación de la libertad, y en este se consagran tres (3) formas o modalidades de captura de una persona, a saber: (I) La *captura judicial* u ordinaria²¹; (II) La *captura excepcional* o extraordinaria²²; y (III) La *captura en flagrancia*²³.

Empero y en perspectiva histórica hemos de decir, que la Carta Política de 1886, caracterizada por su autoritarismo en materia de libertades públicas y democracia política²⁴, en su artículo 28 facultaba al Gobierno para, aún en tiempos de paz, y existiendo graves motivos para temer la perturbación del orden público y previo concepto favorable del Consejo de Ministros, ordenar la aprehensión y retención de manera indefinida de aquellas personas contra quienes hubiere "(...) graves indicios de que atentan contra la paz pública (...)". Retención indefinida esta que fue pos-

15. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-199 de 1998. M.P. doctor Hernando Herrera Vergara.

16. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 1999. M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz.

17. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2005. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

18. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-850 de 2005. M.P. doctor Jaime Araújo Rentería.

19. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720 de 2007. M.P. doctora Catalina Botero Marino.

20. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 2005. M.P. doctor Jaime Araújo Rentería.

21. Artículos 297 a 299 de la Ley 906 de 2004.

22. Artículo 2º, inciso tercero; 113, numeral 7º y 300 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007.

23. Artículos 301 a 305 de la Ley 906 de 2004.

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

teriormente limitada al término máximo de diez (10) días, vencidos los cuales la persona debía ser dejada en libertad o puesta a disposición de un juez competente con las pruebas respectivas, y frente a la cual inicialmente era inoperante la acción de *habeas corpus*²⁵. En esos términos se encontraba en la Constitución de 1886 consagrada lo que doctrina y jurisprudencia dieron en llamar la “captura administrativa”.

Radicada la comentada facultad de detener preventivamente de manera exclusiva y discrecional en cabeza y titularidad del Gobierno (Rama Ejecutiva), la misma fue utilizada –conjuntamente con la figura del “Estado de Sitio”–, como instrumento de retaliación para neutralizar y privar de la libertad al enemigo político del momento y reprimir la protesta social encarcelando en forma previa y anticipada, sin el lleno de formalidades legales y sustrayéndoles del amparo de las garantías procesales, a los dirigentes de movimientos sociales o políticos de oposición o políticamente desafectos. El abuso de los gobernantes de turno de esta “captura administrativa” y los riesgos que de su aplicación se derivaron, la hizo siempre y durante toda su vigencia blanco de atinadas y agudas críticas que, finalmente, lograron la formación de un con-

senso político para procurar, por lo menos, la moderación de su rigor²⁶.

Sin embargo, en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente y en el tránsito hacia la Carta Política de 1991, no solo se propuso la supresión de esa forma de captura administrativa, sino que abiertamente se abogó por el reforzamiento de la reserva judicial para la privación de la libertad, en claro y necesario acatamiento a los postulados libertarios del modelo de Estado en ella adoptado: Social de Derecho. Por tal razón, al igual que la Constitución Política de 1886, la de 1991, en su artículo 28, señaló que toda persona es libre, y en sentido contrario, restrictivo y excluyente a lo que aquella preceptuaba en su artículo 23, precisó que nadie podía ser molestado en su familia o persona, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito “(...) de autoridad *judicial* competente (...)”. Consagrando así el texto superior la reserva judicial sobre la libertad.

Del simple cotejo de la redacción de las normas superiores en comento, se pone de presente que ellas no solamente presentan claras

25. En su versión original el artículo 28 de la Carta Política de 1886 no establecía límite temporal a la restricción de la libertad, pero mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1968 la misma se fijó en un máximo de diez (10) días; y mientras el Decreto 1358 de 1964, primer estatuto sobre *Habeas Corpus*, negó su restablecimiento mediante el ejercicio de esta acción, el Código de Procedimiento Penal de 1971 –Decreto 409 de 1971– consagró la posibilidad de ejercer la una vez vencido dicho término (artículo 425).

26. Con la intención de evitar los abusos que se presentaban con su ejercicio y tratar de brindar algunas garantías judiciales a los capturados, dicha facultad fue sucesivamente reglamentada mediante el Decreto 3642 de 1981 y la Ley 25 de 1983; los cuales precisaron que en tales eventos no solo se debía informar a la persona sobre las causas de su aprehensión y su derecho a nombrar un apoderado sino, también, a sus familiares y a la Procuraduría General de la Nación acerca de la misma, como también señalaron el lugar donde debía cumplirse la privación de la libertad (Departamento Administrativo de Seguridad, DAS), el límite de la incomunicación (72 horas), y facultaron a los jueces penales y promiscuos municipales para que, transcurridos los diez (10) días desde la captura de la persona y con la sola prueba del tiempo de su retención, ordenaran su libertad.

diferencias en sus textos gramaticales sino que de las mismas se derivan dos concepciones políticas distintas del modelo de Estado. De igual manera, se traducen ellas, a su vez, en visiones enfrentadas del contenido del ordenamiento jurídico frente a la persona, y del sentido y alcance de los derechos fundamentales. Así, mientras el artículo 23 de la Carta Política de 1886 se limitaba a exigir el mandamiento escrito de "autoridad competente", el artículo 28 de la Constitución de 1991, reflejando la concepción antropocéntrica del ordenamiento superior y dando prevalencia a los derechos fundamentales y garantías procesales de la persona, exige que el mandamiento escrito provenga de "autoridad *judicial* competente". Resultando así evidente el querer del constituyente de consagrar la reserva judicial a la libertad en la Carta Política.

Debe acotarse aquí, que cuando el hoy artículo 28 de la Carta Política de 1991, fue propuesto para el respectivo debate en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, el mismo contenía un segundo inciso que literalmente decía: "(...) Excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos en que esta lo consagra, 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 este que fue duramente controvertido por parte de la Asamblea y que no fue aprobado por la misma, lo que implica que fue voluntad del constituyente derivado eliminar tal forma de captura que consagraba la Constitución de 1886 en su artículo 28.

Ahora, y pese a que la Carta de 1991 no consagra ninguna disposición de similar contenido al citado artículo 28 de la Carta de 1886, la Corte Constitucional, en una interpretación transgresora de toda metodología hermenéutica, en Sentencia C-024 de 1994, infirió que el inciso segundo del artículo 28 de la Carta de 1991, establecía, "(...) 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. ... 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 (...)”²⁷. Resurgiendo, así y de esa manera, aunque en otros términos y bajo otros fundamentos, la figura de la llamada "captura administrativa".

Decimos en otros términos y bajo otros fundamentos, porque ese máximo tribunal de lo constitucional, a efectos de determinar el sentido y el alcance del inciso segundo del artículo 28 superior, consideró necesario distinguir entre la "detención preventiva procesal", ordenada por un funcionario judicial en el curso de un proceso penal; y la "detención preventiva administrativa", ordenada por un funcionario administrativo, por fuera del ámbito penal. Para conjurar la posibilidad de que se incurriera en detenciones arbitrarias, precisó ese tribunal que las facultades que de tal

27. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994. M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero.

norma dimanaban hacían relación a la policía de vigilancia –no a la judicial–, para adelantar labores de prevención (que no de represión) y básicamente, para cumplir la función constitucional que a la policía le atribuye al artículo 218 de la Constitución, es decir: “(...) el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (...)”.

En dicho pronunciamiento la Corte Constitucional concibió la referida “captura administrativa” como una medida de policía limitada estrictamente a la verificación de ciertos hechos, y que como tal se encuentra ella consagrada en muchas de las Constituciones modernas como instrumento para que la autoridad de policía pueda cumplir eficazmente con su papel preventivo y su deber constitucional de mantener el orden público; que es una condición política insustituible para el libre ejercicio de las libertades democráticas y la eficacia directa de los derechos fundamentales²⁸. A su vez, y como características constitucionales propias de esta modalidad

de captura, la Corte Constitucional estableció las siguientes:

- Que se ordenara con base en hechos objetivos, es decir, en “motivos fundados”.
- Que fuese “necesaria”, esto es, que se trate de una situación de tal apremio que no sea posible obtener la orden judicial.
- Que su único objetivo fuese el de “verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona”.
- Que la privación de la libertad tuviere “estrictas limitaciones temporales”, sin exceder de 36 horas.
- Que la necesidad de la aprehensión resultare “proporcionada” al derecho a restringir.
- Que en tales eventos, opere “plenamente el derecho de *Habeas Corpus* como una garantía del control de la aprehensión”.
- Que la detención, en la práctica, no se convierta en medio de “violación del principio de igualdad de los ciudadanos”, o de discriminación de grupos sociales.
- Que como “la inviolabilidad de domicilio tiene estricta reserva judicial”, salvo que la persona se refugie en el propio, la autoridad policiva no puede allanar el domicilio ajeno en que lo haga para aprehenderla.
- El aprehendido debe ser “tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”²⁹.

No obstante haber revivido dicha Corte la “captura administrativa”, en esos términos y

28. Textualmente señaló la Corte Constitucional: “... Así, la Constitución española lo consagra en el numeral segundo del artículo 17 y la Constitución italiana lo establece en el inciso segundo del artículo 13. Igualmente, en Estados Unidos, las autoridades policiales pueden efectuar arrestos sin orden judicial, siempre y cuando exista “causa probable” que justifique el procedimiento. Francia presenta una institución similar a la detención preventiva (la *garde à vue*) y en Alemania el Código de Procedimiento Penal admite las detenciones preventivas en casos de urgencia que conviertan en irrazonable la exigencia de la orden judicial previa. Igualmente, como lo señalamos anteriormente, estas retenciones administrativas están autorizadas por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, siempre y cuando exista un control judicial de la legitimidad de la misma, el cual puede ser posterior a la aprehensión material de la persona ...”. Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994. M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero.

29 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994. M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero.

con todas esas previsiones, en relación con ella una parte de nuestra doctrina convalida su consagración y existencia arguyendo que el derecho de policía continúa vigente y aplicable con tal que no se oponga a la Constitución³⁰; mientras otra parte de ella, inicialmente, se limitó a afirmar, con toda razón, que tal captura era totalmente diferente a la detención preventiva como medida de aseguramiento³¹, y terminó, después, aceptando que ella era inconstitucional y no se encontraba vigente³². De otro lado, otra parte de la doctrina ha calificado la citada sentencia de la Corte Constitucional, como acto jurisdiccional de verdadera "(...) taumaturgia jurídica (...) "³³; o bien le ha resultado extraño que esa Corte haya recurrido 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 (...) "³⁴.

En esa perspectiva, la controversia sobre la constitucionalidad y vigencia en Colombia de la tratada figura de la detención o "captura administrativa", estuvo a la orden del día

en nuestro foro y adeptos a una u otra tesis, con argumentos serios y razonables, defendían sus opuestas posturas y cerraban filas en torno a ellas. En esas andábamos, cuando la misma Corte Constitucional, sin aludir a la referida Sentencia C-024 de 1994, reafirmó que el artículo 28 de la Carta del 91 establece una *reserva judicial* a favor de la libertad personal y por ello,

(...) Solo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, *motu proprio*, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, a menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente (...)³⁵.

Decisión de nuestro máximo tribunal de lo constitucional en la cual este, basado en el reconocimiento superior del principio de *reserva judicial* en favor del derecho fundamental a la libertad, como expresión o resultado de la tridivisión del poder al interior de un Estado Constitucional de Derecho, concluyó que tal reserva judicial, en estos modelos de Estado, "(...) Excluye la posibilidad que una autoridad administrativa limite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado

30. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano. Sistema Penal Acusatorio*. Decimotercera edición. Bogotá: Temis, 2006. p. 331.

31. Cfr. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Op. cit.* El proceso ... 2002. p. 172.

32. Cfr. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Op. cit.* El Proceso ... Tomo II. 2013. pp. 455 y 493-495.

33. BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bienes Jurídicos y Derechos Fundamentales*. Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 84.

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

35. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 2005. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

colombiano (...)”³⁶. Con tales argumentos y en tan precisos términos, la Corte dejó sin fundamento jurídico alguno las detenciones o “capturas administrativas”.

Posteriormente, esa misma Corte Constitucional, reiterando el principio de reserva judicial para la privación de la libertad, y terminando de cavar la fosa para dar sepultura jurídica de la comentada “captura administrativa”, sentenció: “(...) la voluntad del constituyente estuvo claramente dirigida, en primer lugar, a señalar el mandato de autoridad judicial competente como elemento previo esencial dentro del conjunto de requisitos exigidos para la privación legítima de la libertad y, en segundo lugar, a suprimir la posibilidad de que el Ejecutivo ordene la retención de las personas, con lo que, en principio, se deja sin piso la captura dispuesta por orden de autoridad administrativa (...)”. Es decir, en tal decisión el Tribunal Constitucional destacó la vigencia e imperio del principio de reserva judicial sobre la libertad en todo tiempo y lugar, suprimiendo toda posibilidad de su privación por parte de autoridades administrativas³⁷.

Sin embargo, las citadas sentencias de la Corte Constitucional no fueron razón suficiente para finiquitar del todo el debate sobre la vigencia de la figura de la “captura administrativa” en nuestro ordenamiento jurídico; y siguiendo el derrotero por aquella trazado y en un asunto de su competencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ocupó del

asunto. Metiendo baza en el debate y después de rememorar el origen jurisprudencial de la figura y su desarrollo por parte de la Corte Constitucional, dicha Sala, en un verdadero proceso de deconstrucción del instituto, decidió determinar si en nuestro orden jurídico y en perspectiva constitucional, las autoridades administrativas, concretamente la policía de vigilancia, estaba facultada para privar de la libertad a una persona, sin autorización judicial y con base en el artículo 28 de la Carta Política de 1991.

Abocada a esa labor, la Sala Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia comenzó por establecer que, de conformidad con las sentencias de la Corte Constitucional y con el Acto Legislativo No. 03 de 2002, no solo se adoptó un modelo de enjuiciamiento oral de tendencia acusatoria en Colombia sino que se introdujo un escenario constitucional diferente en cuanto al derecho a la libertad y sus garantías dentro del cual, desde el año 2005, se “(...) produjo una reinterpretación del artículo 28 Superior (...)”. En el decir de la Corte Suprema, el máximo tribunal constitucional, habida cuenta las nuevas funciones atribuidas en aquel Acto Legislativo a la Fiscalía General de la Nación y la creación de los Jueces de Control de Garantías –que no existían para la época en que se dictó la Sentencia C-024 de 1994 con la que resurgió la “captura administrativa”–; había realizado una nueva lectura en relación con la privación de la libertad, en la cual resaltaba el carácter imperativo y exclusivo de la reserva judicial previa para su restricción o limitación.

36. *Ibid.*

37. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2007. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

Luego, transcribiendo las sentencias de la Corte Constitucional³⁸, subrayó que esta destacaba que la protección judicial a la libertad se encontraba doblemente reforzada en el nuevo modelo procesal-penal de tendencia acusatoria; porque en él no solo es necesario el mandamiento escrito de autoridad judicial competente para privar de la libertad a una persona sino que, una vez privado de ella, debe ser puesta a disposición del Juez de Control de Garantías, de manera inmediata o en el menor tiempo posible y, en todo caso, dentro del máximo de las 36 horas siguientes, para que este controle, formal y materialmente, la legalidad de ella. Y arguyendo que si la única excepción a la necesidad de ese mandato escrito es la establecida en el artículo 32 de la Carta (flagrancia), concluyó que la imposición de toda medida restrictiva de la libertad (captura o medida de aseguramiento), solo puede ser ordenada por el Juez de Control de Garantías, y de manera excepcional por la Fiscalía General de la Nación (captura).

Reiteró en ese mismo pronunciamiento la Sala Penal, que en el decir de la Corte Constitucional, en el referido Acto Legislativo se había ampliado el margen de protección a la libertad, haciendo más inflexible el sistema de reserva judicial para su privación; y se restringió, frente a ella, cualquier margen de

maniobra de las autoridades administrativas. Y como los jueces de control de garantías fueron allí instituidos como principales garantes de la protección judicial del derecho fundamental a la libertad, así como de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal, el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de la libertad les fue a ellos encomendado. Por tanto, en el marco de esta nueva regulación superior, ellos son la autoridad judicial competente a la que hace relación el artículo 28 superior y de quienes se predica la reserva judicial para restringir la libertad y, por ende, solo de ellos debe provenir el mandamiento escrito constitucionalmente exigido para privar de la libertad a una persona.

Luego, con base en otra sentencia de la Corte Constitucional, la Sala Penal de la Corte infirió que aquella, a más de haber revisado sus conceptos en relación con la vigencia de la "captura administrativa", había recogido los mismos al advertir que en relación con el inciso segundo del artículo 28 constitucional no existía cosa juzgada constitucional y reconoció que los planteamientos vertidos en la Sentencia C-024 de 1994 y con los cuales se revivió la "captura administrativa" en nuestro ámbito jurídico, carecían también de validez. Pronunciamiento este en el cual la Corte Constitucional, en lo que atañe a la captura administrativa, finalmente terminó concluyendo que,

(...) La privación de la libertad para obtener la plena identificación del

38. En su pronunciamiento, específicamente, la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia reseñó las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional; a saber: C-230, C-237 y C-850 de 2005, de las que fuera ponente el magistrado Jaime Araújo Rentería, y Sentencias C-730 y C-1001 de 2005, con ponencias del magistrado Álvaro Tafur Galvis.

aprehendido y la comprobación de la existencia de otras órdenes de captura debe regirse por las condiciones establecidas en la previa orden judicial de captura, pues, en todo caso, el principio general de reserva judicial a la privación de la libertad de las personas se impone (...)³⁹.

Finalmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, destacando la perversa relación causa-efecto existente entre las capturas realizadas por agentes estatales sin previo mandamiento judicial, la falta de control sobre las mismas y el pavoroso fenómeno de la desaparición forzada de personas, invocando los tratados ratificados por Colombia sobre la materia, remarcó el compromiso de los Estados de erradicar de sus legislaciones la posibilidad de que autoridades diferentes a las judiciales ordenen privaciones de la libertad o aprehensiones de cualquier naturaleza. Razonamientos con base en los cuales la referida Sala Penal terminó concluyendo que,

(...) en el tiempo presente de la realidad jurídica colombiana no existe fundamento constitucional ni base normativa alguna para sostener la vigencia o la más remota posibilidad de la captura administrativa (...)⁴⁰.

De esta manera, quedó zanjado por parte de

la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, por vía de autoridad, de la mano de los precedentes de la Corte Constitucional y en los términos indicados, todo debate en torno a la vigencia en Colombia de la llamada “captura administrativa”. Esa colegiatura ha dejado sentado, de manera meridiana, que en los momentos actuales y a partir de la adopción del modelo de enjuiciamiento penal oral de tendencia acusatoria (Acto Legislativo No. 03 de 2002 y Ley 906 de 2004), en nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún fundamento constitucional o legal desde el cual se pueda justificar o legitimar, jurídica o políticamente, tal forma administrativa de privación del derecho a la libertad⁴¹. En otras palabras dicho: la figura de la llamada “captura administrativa” desapareció de nuestro ordenamiento jurídico y no tiene vigencia ni existe en la actual realidad jurídico-política de Colombia⁴².

41. No obstante, esa misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de manera contradictoria y en un reciente pronunciamiento y al tratar sobre la acción de *habeas corpus*, recordó que esta es una acción y un derecho constitucional fundamental que tutela la libertad personal que procede en los siguientes casos: “... Cuando la aprehensión de una persona se lleva a cabo por fuera de las formas constitucional y legalmente previstas para ello, esto es, cuando no se hace al amparo de una orden judicial previa (artículos 28 de la Norma Fundamental y 2º y 297 de la Ley 906 de 2004), en flagrancia (artículos 345 de la Ley 600 de 2000 y 301 de la Ley 906 de 2004) ... por captura excepcional (artículo 21 de la Ley 1142 de 2007) y por captura administrativa (Sentencia C-24 del 27 de enero de 1994), esta última, con fundamento directo en el artículo 28 de la Carta ...”. Cfr. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de octubre de 2013. Radicado No. 42.383. Caso Chávez Portocarrero y otra. M.P. doctor Fernando Alberto Castro Caballero.

42. En ese sentido, nuestra doctrina más autorizada sostiene que la “captura administrativa” fue “... declarada inconstitucional y que en consecuencia no se encuentra vigente ...”. Cfr. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Op. cit.* El proceso ... Tomo II. 2013. pp. 455 y 493-495.

39. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2007. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

40. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Radicado No. 36.107. Caso Corredor Roperero. M.P. doctor José Leonidas Bustos Martínez.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículo 2º, inciso tercero; 113, numeral 7º y 300 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007.

Artículos 297 a 299 de la Ley 906 de 2004.

Artículos 301 a 305 de la Ley 906 de 2004.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bienes Jurídicos y Derechos Fundamentales*. Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal*. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

------. *El Proceso Penal*. Tomo II. Estructura y garantías procesales. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CAFFERATA NORES, José I. *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Centro de Estudios Legales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de enjuiciamiento penal colombiano. Sistema acusatorio y juicio oral y público*. Bogotá: Leyer, 2004.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994. M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2005. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 de 2007. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 2005. M.P. doctor Jaime Araújo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720 de 2007. M.P. doctora Catalina Botero Marino.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-850 de 2005. M.P. doctor Jaime Araújo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-199 de 1998. M.P. doctor Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 1999. M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Radicado No. 36.107. Caso Corredor Roperero. M.P. doctor José Leonidas Bustos Martínez.

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Volúmenes I y II. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Vayan, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

------. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

------. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomos I, II y III. Traductores: Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán y Luis Prieto Sanchís. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. Las Medidas cautelares personales. En: *El Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer, 2009.

GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. Ciudad de México: Ediciones Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Fundamentos Teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

HORWITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano. Sistema Penal Acusatorio*. Decimotercera edición. Bogotá: Temis, 2006. p. 331.

REYES CUARTAS, José Fernando. El papel de la Corte Constitucional en la protección de las garantías penales en Colombia. En: *Garantismo y Derecho Penal*. Coordinador: Juan Oberto Sotomayor Acosta. Bogotá: Temis, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

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