



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.59.823.916>

Condiciones normativas de procedencia excepcional de privación de libertad individual en Colombia

*Regulatory Conditions of Exceptional Origin of
Deprivation of Individual Liberty in Colombia*

DIANA MARCELA TRUJILLO

Profesora de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia.
diana.trujillo32@tdea.edu.co

JOHN FERNANDO RESTREPO

Profesor de la Universidad de Medellín.
jfrestrepo@udemedellin.edu.co

Resumen

el presente artículo tiene por objeto analizar de qué manera el derecho fundamental a la libertad personal, declarado en la Constitución política de 1991 es limitado a partir de los mecanismos constitucionales y legales dispuestos para ello tales como la captura y la aprehensión, asimismo los diferentes tipos de detención preventiva. En este orden de ideas resulta pertinente hacer un análisis en el que se busca abordar la base normativa de estos mecanismos, de forma tal que resulte posible identificar de qué manera inciden en la limitación del mencionado derecho.

PALABRAS CLAVE

Libertad individual, mecanismos de limitación, captura, aprehensión, detención preventiva.

Abstract

The purpose of this article is to analyze how the fundamental right to personal freedom, declared in the Political Constitution of 1991, is limited based on the constitutional and legal mechanisms provided for it, such as capture and apprehension, as well as the different types preventive detention. In this order of ideas, it is pertinent to carry out an analysis that seeks to address the normative basis of these mechanisms, in such a way that it is possible to identify how they affect the limitation of the aforementioned right.

PALABRAS CLAVE

Individual freedom, limitation mechanisms, capture, apprehension, preventive detention.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia en su artículo 28 reza: *“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...”*. Esto significa, que el constituyente declaró en favor de los sujetos el derecho fundamental a la libertad personal. La Corte Constitucional ha señalado que este reconocimiento se fundamenta en la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona (Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 2019). Esta concesión implica unos límites a quien aplica el derecho, en tanto, los derechos fundamentales no pueden ser intervenidos arbitrariamente. El texto constitucional expresa la forma en que se puede dar dicha intervención. Para ello, faculta a las autoridades judiciales competentes, quienes atendiendo a unas formalidades y motivos expresamente reconocidos en la ley podrán hacerlo. Jurisprudencialmente se ha reconocido que los derechos fundamentales pueden ser susceptibles de limitaciones cuando existan fines normativos que fundamenten dicha limitación; tales como la salvaguarda de otros derechos fundamentales, el orden público o la seguridad. En este sentido, se ha reconocido que la libertad personal puede ser limitada cuando medie orden de una autoridad competente (orden de captura), en virtud de una decisión judicial (medidas de aseguramiento o imposición de penas cuando exista una sentencia condenatoria).

Conforme con lo anterior, el presente artículo tiene por objeto analizar los diferentes tipos de restricción de la libertad que han sido consagrados en la Constitución. Se abordarán los conceptos de libertad y sus garantías constitucionales, de reserva judicial, por ser el juez quien, en primera instancia, debe ser garante de los derechos fundamentales, simultáneamente quien impone las limitaciones, finalmente analizaremos mecanismos que restringen la libertad como la captura y la aprehensión, detención administrativa preventiva y detención preventiva con fines preventivos y punitivos. Para dar desarrollo a cada uno de estos objetivos, se hará un análisis de las providencias de la Corte Constitucional de Colombia, principalmente se desarrollará la Sentencia C-303 de 2019 que aborda el derecho fundamental de libertad personal a partir de las distintas variables de limitación.

2. LIBERTAD PERSONAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A partir de la Constitución de 1991 la libertad ha adquirido especial relevancia en el régimen constitucional. La Corte Constitucional señala que la libertad es un “presupuesto para la eficacia de los demás derechos” y un “instrumento del ser humano para vivir en sociedad” además, le atribuye una triple naturaleza jurídica: (i) principio; (ii) valor y, (iii) derecho fundamental. La calidad de derecho fundamental implica el reconocimiento de una serie de libertades fundamentales consti-

tucionales, tales como libertad personal, fundada en la idea de que “toda persona es libre”, artículo 28; la libertad de locomoción, artículo 24; el libre desarrollo de la personalidad, artículo 16; la libertad de conciencia, artículo 18; la libertad de culto, artículo 19; las libertades de expresión y de información, artículo 20; de profesión u oficio, artículo 26 y, de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, artículo 27 (Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019). En igual sentido, Ferrajoli ha enunciado un conjunto diverso de derechos asociados a la libertad que incluyen “libertad de asociación y libertad de reunión, libertad de circulación, libertad de conciencia, libertad de manifestación de pensamiento y de prensa, libertad de movimientos, libertad de personal, libertad religiosa, libertades políticas” (Ferrajoli, 2011, p. 676). De acuerdo con lo anterior, la libertad personal es quizá el principio y derecho más trascendental para los individuos en tanto comporta:

La posibilidad de encontrarse en situación material de autodeterminarse y ejercer las otras libertades y derechos reconocidos expresamente o inherentes al ser humano, para explotar, bajo su propio juicio, las capacidades individuales y realizar las elecciones de vida que correspondan, sin coacciones o intromisiones indebidas. (Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019)

Por las razones anteriores, la libertad se ha convertido en la piedra angular del sistema jurídico colombiano y por eso su restricción debe ser excepcional y lo menos lesiva posible. Asimismo, las interpretaciones asociadas a los derechos que le corresponden serán restrictivas y en caso de duda siempre serán *pro libertate* (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008). Ahora bien, una de las condiciones, aunque no la única, para que sean eficaces estos derechos es el orden público, expresado en seguridad, tranquilidad y sanidad para la dignidad, el cual será garantizado por el Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 2017). El presupuesto fundamental para vivir en sociedad, y por tanto para ejercer estos derechos-libertades es la existencia de la libertad personal que se refiere a la capacidad física de autodeterminación en las elecciones vitales y la proscripción de toda coacción en el desarrollo de las aptitudes individuales que no tengan conflicto con derechos de terceros (Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994; Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001; Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007;).

Para lograr una verdadera satisfacción de la libertad como derecho fundamental se han consagrado una serie de garantías constitucionales. En este sentido la Corte Constitucional manifiesta que las garantías que amparan el derecho fundamental a la libertad personal son normas que buscan regular la afectación a este derecho y están dirigidas a las tres ramas del poder público. En esta dirección, el artículo 28 Superior impone al legislador cumplir los siguientes mandatos: (i) determinar las causas o motivos para la privación de la libertad; (ii) atribuirle un carácter excepcional y, (iii) seguir los procedimientos aplicables. A la rama judicial, por su parte, le compete determinar la procedencia de la privación de la libertad, ordenarla y controlar que en su ejecución se haya respetado toda garantía materialmente válida, incluso al resolver las solicitudes de *habeas corpus* (Artículos 28, 29, 30, 32 y 250 Superiores). De hecho, aunque el *habeas corpus* es un derecho

fundamental de aplicación inmediata y protegido por el Derecho internacional, sus solicitudes también deben pasar por esta evaluación de la rama judicial (Artículos 28, 29, 30, 32, 85, 93 y 250 Superiores; Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019). Por otro lado, el papel de la rama ejecutiva es ejecutar la orden judicial en casos de privación de libertad, lo cual significa que este poder estatal es el encargado de velar para que la aprehensión se dé dentro de las garantías normativas. No se debe olvidar que la ley es el límite de la libertad y el juez su legítimo garante (Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005).

A pesar de la importancia reconocida al derecho a la libertad personal, y de acuerdo con la triple naturaleza que se le ha otorgado en el orden jurídico, debemos señalar que si bien la regla general es que el individuo goza de libertad plena, la naturaleza misma de los derechos fundamentales permite que estos sean limitados, es decir, que no gocen de un carácter absoluto. A su vez, la norma establece que las restricciones a esa libertad no es ilimitada. Deben atenderse unos criterios establecidos en la ley (Bernal, 2008, p. 125). En ese sentido, el legislador al regular los supuestos en los que opera la restricción del derecho debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente la imposición de una medida drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo (Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 1997).

De acuerdo con lo anterior, la Constitución solo permite privar de la libertad a las personas mediante los siguientes mecanismos: (i) por orden proferida por autoridad judicial competente; (ii) cuando se trate de un delito flagrante (Constitución política de Colombia, 1991, arts. 28 y 32) y, (iii) cuando se trate de una medida de aseguramiento privativa de la libertad (art. 306 y siguientes). En este sentido, la limitación a un derecho fundamental como la libertad resulta constitucionalmente admisible en tanto sea producto de la reserva judicial y obediencia a las razones contempladas en la ley. Solo mediante sujeción a la norma materialmente válida será justificable la restricción de los derechos fundamentales.

3. LA RESERVA JUDICIAL

La Constitución instituyó la reserva judicial en materia de restricciones o privaciones de la libertad, tanto de manera previa, en la toma de la decisión, como de manera posterior, en el control que debe realizarse a la aprehensión para verificar su regularidad. Esta garantía se conoce como la reserva judicial de la primera y última palabra y por ello el texto constitucional solo admite la excepción de captura cuando hay flagrancia (Constitución política de Colombia, 1991, art. 32):

Se dice que hay “reserva de la primera palabra” (o reserva absoluta de jurisdicción), cuando, en ciertas materias, compete al juez no solamente la última y decisiva palabra sino también la primera palabra referente a la definición del derecho aplicable a las relaciones jurídicas. Es decir, que hay

ciertos asuntos sobre las cuales solo se pueden pronunciar los tribunales. (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011)

La Constitución establece garantías para la libertad personal más allá de aquellas exigidas por los compromisos internacionales adquiridos por el país y que se han integrado al bloque de constitucionalidad. Por consiguiente, la reserva judicial en materia de libertad personal constituye un rasgo característico del texto superior colombiano (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011). Hubo, sin embargo, un acto legislativo que reformó el artículo 28 Superior y permitió realizar detenciones, allanamientos y registros sin orden judicial para luchar contra el “terrorismo”, si bien con las siguientes condiciones:

[Dar] aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y [efectuar] control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. (Acto Legislativo 02, 2003, art. 3).

No obstante, un año después la Corte Constitucional declaró la inexecutable de dicha reforma al encontrar vicios insubsanables en su trámite (Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2004). El artículo 28 Superior determina la reserva judicial en dos sentidos: (i) exige que someter a alguien a prisión, arresto o detención o para que pueda ser registrado su domicilio debe mediar mandamiento escrito de la autoridad judicial competente y, (ii) demanda que el control judicial se realice dentro de las 36 horas siguientes a la detención preventiva, y que sea el juez competente quien tome las decisiones correspondientes en el término que establezca la ley.

La reserva judicial fue reforzada por el Acto Legislativo 03 de 2002 que, al establecer el Sistema Penal Acusatorio, creó un juez especializado en la garantía previa y posterior a la privación de la libertad: el juez de control de garantías, que en razón de su autonomía e independencia adquiere el carácter de garante de la libertad (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008; Corte Constitucional, Sentencia C-303 de 2019). Este juez no es solamente el encargado de proferir las órdenes de captura, sino de controlar dentro de las 36 horas siguientes la regularidad de las aprehensiones ordenadas o realizadas en flagrancia. Cabe apuntar que ese periodo no se trata del *término* sino del *rango* para solicitar el control y, por lo tanto, condicionó el artículo 2 de la Ley 906 de 2004, con el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007. Adicionalmente, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 21 de la Ley 1908 de 2018, en la cual el control judicial debía realizarse dentro de un “plazo razonable”. La jurisprudencia argumentó que esta era una imprecisión incompatible con el segundo inciso del artículo 28 Superior, del cual se desprende que “La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas

siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-137 de 2019). Lo anterior significa que el Legislador tiene la facultad de establecer el término razonable y cierto dentro del cual se debe realizar el control de la privación de la libertad. Sin embargo, la Corte Constitucional advirtió que en la actualidad dicho término no ha sido establecido, razón por la cual, debe entenderse que tanto la puesta a disposición judicial, como el control, deben realizarse dentro del término de las 36 horas, previsto en la norma superior y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en la materia.

4. MECANISMOS DE LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

Hablar de la restricción al derecho de libertad personal implica necesariamente analizarlo desde las diferentes figuras normativas que se han considerado idóneas para su protección. Debemos recordar que la privación a la libertad comporta distintos grados y finalidades que están condicionados por los mecanismos que determinan si la restricción es preventiva o busca salvaguardar otros derechos fundamentales, fines del Estado, o el proceso penal. En virtud de ello, en el caso concreto deberá proponerse una solución de acuerdo con la gravedad y el grado de afectación a los derechos fundamentales (Bernal y Montealegre, 2013, p. 454).

La captura y la aprehensión

La doctrina ha definido la captura como un acto complejo que está supeditado a la emisión de una orden por parte de un juez, o excepcionalmente por el fiscal, la cual debe estar soportada en razones constitucionales y legales para aprehender físicamente a una persona. Esto nos permite comprender que la captura equivale a la orden dictada, concepto jurídico, mientras que la aprehensión es la materialización de esa orden, concepto físico, (Bernal y Montealegre, 2013, p. 454). Esta diferencia conceptual es fundamental porque, aunque toda captura implica aprehensión, no toda aprehensión lleva a la captura. Por lo tanto, la captura no podrá materializarse en tanto no se logre efectivamente la aprehensión del individuo; acto que alude al acto material de asir para *conducir* al indiciado hacia la autoridad judicial.

El texto constitucional establece dos figuras para la captura: (i) el mandamiento escrito, que obedece a una orden judicial y, (ii) la intervención del juez competente a efectos de controlar la legalidad de las condiciones que dieron origen a la captura y determinar si ella se mantiene (Corte Constitucional, Sentencia C-267 de 2019). Efectivamente, como desarrollo legal de la Constitución, la Ley de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, consagra en el título IV el régimen de libertad y su restricción y, en el capítulo II se refiere a la captura en iguales términos que el texto constitucional, a pesar de que su artículo 297 haya sido modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007. En todo caso esta versión de la Ley de Procedimiento Penal exige que la captura cuente con orden escrita, la cual será emitida por el juez de control de garantías y basada en motivos fundados;

motivos cuyas características se encuentran en el artículo 221 de dicha ley. Entre dichas razones encontramos la inferencia de autoría o participación. Se precisa también que la orden debe ser emitida a petición del fiscal y que se dispone del término de 36 horas para que la persona capturada sea puesta a disposición del juez competente y, en efecto, realice la audiencia de control de legalidad, emita cancelación de la orden y disponga lo que considere pertinente con el aprehendido. De igual forma, la ley penal señala los términos del contenido de la orden y su vigencia, ya que es un instrumento que permite determinar los motivos de la captura; individualizar al indiciado o imputado; el delito que presuntamente se señala de haber cometido; las circunstancias fácticas que dan lugar a la emisión de la orden y el fiscal que dirige la investigación. En ese sentido, la vigencia de la orden de captura será por un año prorrogable tantas veces como el fiscal lo considere necesario solicitar (Ley 906, 2004, art. 298).

Por lo anterior, debemos enfatizar que aunque la captura es posible por la aprehensión, este es un concepto y acto jurídico, es decir, es una aprehensión con fines judiciales (vigilancia y presentación) y por tanto demanda trámite judicial, flagrancia o competencia excepcional de la Fiscalía (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008). En ese sentido y por sus fines judiciales, la captura es sinónimo de detención preventiva, excepto en los menores de edad para quienes la aprehensión solo implica el acto físico de inmovilización (Corte Constitucional, sentencia C-019 de 1993). Lo anterior significa que la aprehensión que conduzca a una captura debe proporcionar garantías para proteger la libertad del capturado, que a causa del presunto delito ha sido restringida. Una de ellas es que el control judicial debe darse inmediatamente *“y a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes a su producción”* (Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2008). De acuerdo con estos razonamientos, la captura, que por regla general debe ser expedida por el juez de control de garantías, tiene dos excepciones según la ley penal: (i) la captura excepcional realizada por el fiscal y, (ii) la captura en situación de flagrancia.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se redujeron sustancialmente las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación y, a pesar de que se mantuvo orgánicamente dentro de la Rama Judicial, la facultad de ordenar directamente la captura de las personas, que antes era ordinaria, fue constitucionalmente delimitada como una excepción, recurso bajo el cual el Acto Legislativo también habilitó *“registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones”*. De esta manera, el inciso 3, del numeral 1 del artículo 250 Superior confió al legislador el establecimiento de *“los límites y eventos en que proceda la captura”* excepcionalmente ordenada por la Fiscalía (Corte Constitucional, sentencia C-232 de 2016). Al respecto, en dos ocasiones la Corte Constitucional reprochó la manera en que el legislador configuró las hipótesis que activaron la competencia excepcional de la Fiscalía, al considerar que su amplitud desconocía la competencia ordinaria atribuida en la materia por la Constitución a los jueces. Particularmente, fueron declarados inexecutable el inciso tercero del artículo 2 y el artículo 300 de la Ley de Procedimiento Penal, porque aprobaban justificaciones imprecisas y generales como la existencia de *“motivos fundados*

o razonables”, en una lógica que contradice al artículo 250 Superior y al principio de legalidad; principios que sí fueron respetados en el artículo 297 de la Ley Penal al habilitar excepcionalidad constitucional de capturas por parte de la Fiscalía (Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia C-1001 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2006). Cabe apuntar que aparte de esta facultad excepcional, el Fiscal General de la Nación también goza del poder para ordenar la captura de la persona cuya extradición ha sido concedida (Ley 906, 2004, arts. 506 y 509).

Por lo tanto, solo será constitucional la privación de la libertad cuando se efectúe por captura en flagrancia y cuando haya orden emitida por autoridad judicial, sea esta la Corte Suprema de Justicia o el juez de garantías o, excepcionalmente, la Fiscalía. Al ser la libertad la regla y su privación la excepción, en el Estado constitucional colombiano, donde no existen competencias implícitas, la competencia para privar de la libertad debe ser clara y expresa, de tal manera que no basta con la intervención de un juez para que proceda la medida, sino que es necesario que la Constitución y la ley le hayan asignado directa e indiscutiblemente la función de ordenar medidas de privación de la libertad. La reserva judicial en materia de privación de la libertad no resulta constitucionalmente satisfecha ni con la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, ni a través del ejercicio de funciones de policía judicial por parte de entidades que no constituyan autoridades judiciales. (Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996).

En cuanto a la flagrancia, el artículo 32 Superior la reafirma como una causa válida de aprehensión por parte de la autoridad; evento en el cual la persona debe ser llevada inmediatamente ante la autoridad judicial competente. Si bien la norma no señala quien es el encargado de ponerlo a disposición de la autoridad, simplemente advierte que puede hacerlo *cualquier persona*. Ahora bien, este artículo constitucional también habilita la posibilidad de perseguir al presunto responsable lo que implica, a su vez, la posibilidad de ingresar al domicilio. En términos generales la exequibilidad de la flagrancia fue refrendada por la jurisprudencia constitucional bajo la justificación de atender en esos casos al imperativo de la oportunidad. En efecto, “*flagrar*” significa arder, es decir, lo que aún es y en este caso se refiere a que el delito es una acción en ejecución, y esa proximidad con su comisión demanda una respuesta objetiva pero inmediata y veloz que habilita a autoridades y particulares a omitir la orden judicial o el aviso al fiscal para ingresar a un lugar privado y aprehender al presunto delincuente, porque el tiempo se impone como criterio prioritario para suspender el crimen (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011).

El artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, y jurisprudencialmente desarrollado en la Sentencia C-879 de 2011, estableció tres tipos de flagrancia como supuestos válidos de aprehensión: (i) la estricta, que es cuando se aprehende inmediatamente a la persona sorprendida; (ii) la cuasiflagrancia, que implica perseguir a la persona sorprendida y, (iii) la inferida, que es cuando la persona no es sorprendida ni perseguida, pero se infiere a través de objetos

o huellas que ha participado del delito. Cabe apuntar que el citado artículo, incluye como formas adicionales de flagrancia la inmediata aprehensión luego de sorprender a la persona por un video grabado en público o en privado con consentimiento del morador o que se encuentre en el vehículo en que huyó del lugar del crimen. Aun así, la sentencia también garantiza el derecho a la libertad del capturado, pues advierte que entre la captura en flagrancia y la evaluación del fiscal o del juez debe pasar el mínimo tiempo posible (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005).

Detención administrativa preventiva

Lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 28 Superior, reza que, *“la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”* ha dado lugar a dos interpretaciones diferentes sobre la detención preventiva en la jurisprudencia constitucional. La primera, es la que hace una excepción a la imposibilidad de la autoridad administrativa para emitir un orden de detención y es cuando su fin es policivo, esto es, preventivo. De lo contrario, cuando el fin es punitivo deberá ser proferida por un juez (Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994).

De hecho, la detención preventiva que la Corte consideró como una excepción a la reserva judicial ya se encontraba prevista en diversas normas del Decreto 1355 de 1970, Código de Policía, que en esencia preveía la captura por orden administrativa con un plazo de hasta 24 horas para identificar al aprehendido y comprobar si existían órdenes de captura; y otorgaba la posibilidad de captura por *“requerimiento público”* y la captura momentánea en sitios públicos o abiertos al público, con venia del alcalde (Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994). Ahora bien, para la Corte Constitucional, esta aprehensión física conducente a detención preventiva solo será legítima si es el paso precedente para la oportuna realización del control jurídico de los hechos. En conclusión, esta interpretación que legitima la detención administrativa constitucional resultaría razonable porque funcionaría como una de las posibles maneras de otorgarle efecto útil a la regla constitucional según la cual el objetivo de la detención preventiva es que el detenido sea puesto a disposición de una autoridad judicial.

Esta flexibilización en la intervención judicial supone un gran riesgo para la garantía en la protección del derecho y por eso, la misma Corte evidenció su preocupación al respecto *“puesto que esta [facultad] no implica una posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales sino que es una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional”* (Corte Constitucional, Sentencia C-024, 1994). En ese sentido, y en atención al artículo 28 Superior, que enfatiza la excepcionalidad de la restricción a la libertad y la función constitucional de la Policía, la jurisprudencia constitucional precisó aún más la excepcionalidad de esta medida, al establecer diez condiciones bajo las cuales en un Estado social de derecho resultaría válida la aprehensión conducente a detención administrativa preventiva.

(i) la fundamentación objetiva, ya que no se demanda inmediatez con la infracción, pero sí claridad en la justificación de los motivos por los que una persona será aprehendida; (ii) la necesidad, es decir, el imperativo de actuar en el momento, de no poder aplazar la acción para suspender el hecho punible; (iii) su función como mecanismo de verificación y no de sanción; (iv) la estricta temporalidad, pues la detención solo pretende verificar hechos o la identidad; (v) guardar la proporcionalidad al hecho según los rasgos constitucionales de la función policial; (vi) el respeto al derecho *habeas corpus*, principal instrumento de garantía al control de la aprehensión; (vii) la aprehensión respetará el derecho a la igualdad y no estará motivada por prejuicios sobre la “peligrosidad” de ciertos colectivos o poblaciones marginales; (viii) la protección a la estricta reserva legal para el allanamiento de domicilio. La única excepción constitucionalmente viable a este respecto sería la resistencia del presunto delincuente a la aprehensión por refugio en domicilio, lo cual equivaldría a una flagrancia; (ix) se garantizará el trato digno del detenido y se le informarán los motivos de la privación de la libertad, así como sus respectivos derechos constitucionales como contar con un abogado y no declarar en contra de sí, ni de parientes y, (x) se protegerá la legalidad del proceso, por lo cual, aunque se trate de una acción administrativa, la ley deberá establecer las formalidades para la operación de dicha detención preventiva.

Sin embargo, esta interpretación del segundo inciso del artículo 28 Superior, como una excepción a la reserva judicial fue abandonada once años después. Aunque en 1998 la jurisprudencia constitucional ya había reafirmado que la detención preventiva debía ser ordenada por un juez ya que se trataba de una restricción a la libertad, aunque su fin fuera proteger el proceso y a los terceros afectados por el delito, esta decisión no consideró expresamente el precedente de la Sentencia C-024 de 1994 (Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 1998.). Por este motivo, en el debate de 2005, la Corte Constitucional entendió que lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 28 Superior no constituía una excepción, sino más bien un refuerzo de la reserva judicial, ya que fortalecería las garantías de la captura, al exigir tanto una orden judicial previa, como un control judicial posterior con un término perentorio, máximo, que en este caso eran las 36 horas siguientes a la aprehensión (Corte Constitucional, Sentencia C-850 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia 879 de 2011).

Esta nueva interpretación del inciso segundo del artículo 28 Superior se concretó dos años después con el reproche definitivo a la privación administrativa de la libertad, que había sido prevista en el Código de Policía de 1970 y también considerada conforme a la Constitución. Para llegar a esta conclusión, la Corte realizó una lectura textual del artículo 28 Superior y destacó que la reserva judicial en materia de restricciones a la libertad fue reforzada por el Acto Legislativo 03 de 2002, como una característica fundamental de garantía en el control a la restricción de la libertad dentro de un sistema penal acusatorio democrático (Corte Constitucional, C-176, 2007).

Es al poder judicial a quien le corresponde armonizar la tensión entre derechos, como en este caso en que el Estado debe proteger la vida y bienes de terceros y también la libertad individual. Por

eso la jurisprudencia consideró inconstitucional el artículo 56 del código por la ambigüedad del término “*autoridad competente*” ya que la privación de la libertad es una atribución que solo corresponde a la autoridad judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 2007)

La Sentencia C-237 de 2005 declaró inconstitucional el artículo del Código de Policía de 1970 donde se habilitaba facultad administrativa para ordenar captura a quien incumpliera orden de comparecencia emitida por la Policía Nacional, para que la persona se presentara en el término máximo de 48 horas ante el jefe de Policía (Decreto – Ley 1355, 1970, art. 69). No obstante, para la Corte Constitucional el incumplimiento de una orden administrativa no justifica la interrupción de la reserva judicial. Por todo lo anterior, en 2005 la jurisprudencia constitucional expulsó del orden jurídico una norma del Código de Policía que permitía *la conducción por la fuerza* ante el jefe de policía de quienes hubieran sido testigos de una infracción de policía. De igual manera, la Sentencia T-929 de 2008 reprochó el arresto administrativo en razón de desacato reiterado al comparendo ambiental impuesto por infracción de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros (Ley 1259, 2008). Por su parte, la Sentencia C-411 de 2015 declaró constitucional la facultad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) de capturar a quien incumpla las restricciones u obligaciones de la detención preventiva o domiciliaria, ya que según la Corte esta acción no es una privación administrativa de la libertad, sino la materialización de una privación a la libertad ordenada previamente por un juez, es decir, que se trata de una respuesta administrativa a una orden judicial previa y que en este caso ha sido incumplida por el detenido, por violación a un permiso de libertad o por violación a las obligaciones de la privación (Ley 1709 de 2014, art. 36)¹. Por el contrario, en el año 2016 la Corte declaró la inexecutable del artículo 118 del *Código Nacional Electoral (Decreto 2241, 1986)*, que facultaba al jurado de votación para ordenar detención administrativa contra las personas que perturbaran las elecciones y no cumplieran la orden de retirarse del lugar; objetivos que según la Corte podrían cumplirse con la intervención de la Fuerza Pública quien mediante el control físico movería a la persona para que el puesto de votación siguiera funcionando sin alteraciones. Para la Corte en cualquiera de las dos interpretaciones posibles, la facultad asignada a los jueces de votación resultaba inconstitucional: si era entendida como una sanción, esta desconocía abiertamente la reserva judicial en la materia; y si se tomaba como una medida de protección al orden público durante las elecciones, la acción no superaba el juicio estricto de proporcionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-329 de 2016)

¹ En 2016 la Corte recibió tutela presentada por un ciudadano que había sido aprehendido erróneamente en varias ocasiones, debido a un error en las bases de datos del INPEC. Al respecto la Corte concluyó que “no existió vulneración al derecho de libertad, por parte de la Policía Nacional, puesto que la detención se produce de conformidad con información que reposa en las bases de datos del INPEC y que permitió inferir que el actor se encontraba cumpliendo una pena consistente en detención domiciliaria, lo que hizo incurrir en error a la Policía Nacional”. (Corte Constitucional, Sentencia T-531, 2016)

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado exequibles algunas restricciones de la libertad que no requieren orden judicial, al concluir que no se trata de privaciones de la misma o al excluir que puedan convertirse en ello. Para lograr este acuerdo la Corte estableció una diferencia entre la *limitación efectiva* y la *restricción momentánea* de la libertad personal, pues en el segundo caso no se restringe el derecho y por tanto no requiere mandato judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011). Se concluyó que la orden de reclutamiento para prestar servicio militar no constituye una privación de la libertad y por tanto es exequible la orden proferida al respecto por las autoridades militares. Sin embargo, la Corte declaró que la facultad de estas autoridades para “*compeler*”, es ambigua y se ha prestado para limitaciones efectivas y no solo momentáneas de la libertad, ya que se ha trasladado a personas a cuarteles y por tiempo indeterminado, en una acción que no garantiza los derechos de esta ya que el proceso no está regulado por ninguna norma legal. De ahí que la única interpretación constitucional válida del “*compeler*” sea cuando se utiliza como una medida transitoria destinada a la identificación inmediata de la persona, y no se convierte en una forma definitiva de privación de la libertad (Ley 48, 1993, art. 14; Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011).

Una mención especial merece la medida policiva del traslado por protección incluida en el *Código Nacional de Policía de 2016* y prevista en el Código de 1970 bajo la denominación de “*retención preventiva*”. Este mecanismo permite conducir a personas, cuya condición ponga en riesgo su vida o integridad, a lugares específicos con el fin de prevenir que ocurran daños. Al respecto, aunque la Sentencia C-199 de 1998 declaró inexecutable la facultad de retener administrativamente a personas que irrespetaran la autoridad, paralelamente calificó de exequible la retención preventiva en comando a las personas en estado de embriaguez o excitación, se refiere aquí a la alteración nerviosa que pueda llevar a la comisión de potenciales infracciones (Decreto 1355, 1970, art. 207), luego de considerar que no se trata de una privación de la libertad, sino de una medida policiva que busca proteger otros derechos fundamentales de interés general, como el orden público, que se encuentran en riesgo. No obstante, la Corte advierte que para evitar la potencial arbitrariedad de esta atribución es necesario que la medida conserve su razonabilidad y que dentro de un marco prudente se eviten las lesiones de todo tipo a la integridad física del retenido (Corte Constitucional, Sentencia C-199 de 1998).

Sin embargo, once años después, la Corte Constitucional volvió a estudiar la detención preventiva en comando, esta vez a partir de una demanda contra el artículo 192 del Código de Policía de 1970 el cual habilitaba este tipo de retención “*transitoria*” en estación de Policía y sin ningún tipo de control jurídico, hasta por 24 horas. Al considerar los graves riesgos que esta medida significaba para la libertad de las personas, la Corte realizó un estricto test de proporcionalidad que no fue superado por la medida, la cual resultó parcialmente idónea y riesgosa por ser innecesaria y desproporcionada (Corte Constitucional, Sentencia C 720 de 2007). Sin embargo, la inexecutable de la retención preventiva en comando fue diferida hasta el 20 de junio de 2008; ya que antes se

buscaron condicionamientos para neutralizar o disminuir los riesgos contra la libertad personal cuando fuera aplicada.

Entre las condiciones se incluyeron las siguientes: remisión inmediata de informe de motivos al Ministerio Público y con copia al retenido; habilitar la opción de comunicación al retenido; ejecutar su retención con diferenciación de género y en un lugar aparte del destinado a las infracciones penales; concluir la medida cuando pase el estado de alteración o cuando hayan pasado máximo 24 horas de retención; proteger a los menores según el Código de Infancia y Adolescencia (Corte Constitucional, Sentencia C-720, 2007). De todas maneras y en atención a que el Código de Policía era una legislación preconstitucional, la Corte exhortó al legislador para que en el mediano plazo expidiera *“una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución”*. De hecho, esta exhortación tuvo un precedente en la Sentencia C-176 de 2007 y aún fue reiterada dos años después. Esta insistencia demuestra la necesidad de la reforma en la norma policial, pues como argumentó la Corte, el Código de Policía **ya no era compatible con la Carta de 1991** y era incoherente ya que la mayoría de sus facultades y mecanismos habían sido declarados inconstitucionales por violar las reservas legal, judicial y al debido proceso, y haber viciado su función que es la *“protección de los derechos y libertades ciudadanos”* (Corte Constitucional, Sentencia C-028, 2009).

Detención preventiva con fines preventivos.

La detención preventiva pertenece a las denominadas medidas de aseguramiento establecidas por el legislador en la Ley de Procedimiento Penal. Como la detención es una medida que limita la libertad personal del individuo, cuando se aplique debe asegurarse de proteger los fines constitucionalmente válidos. Por esta razón es una exigencia constitucional que este mecanismo se use de manera excepcional con fines preventivos y necesariamente decretado por el juez competente, es decir, que está supeditado a reserva judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2016). Asimismo, la imposición de esta medida debe hacerse en cumplimiento a los criterios fijados por el legislador (Ley 906, 2004, art. 306). Así, uno de los presupuestos para imponer legítimamente esta medida es que se realice en audiencias concentradas, esto es, con legalización de captura; formulación de imputación; y solicitud de medida de aseguramiento. La interposición de esta solicitud compete al fiscal como titular de la acción penal, aunque si el delegado de la Fiscalía no la realiza, se autoriza para que sea hecha por la víctima o su apoderado (Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 2006).

Por otro lado, el encargado de decretar o negar la medida de aseguramiento será el juez de control de garantías, quien a partir de los elementos materiales probatorios y la evidencia aportados por la Fiscalía determinará si es posible constituir una inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva investigada que amerite la imposición de la medida (Ley 906, 2004, artículo 308). En este orden de ideas, la Fiscalía tiene la obligación de justificar la necesidad y urgencia de privar de la libertad al imputado, basándose para ello en los fines constitucionales que,

según la ley, permiten la detención tal y como aparece en el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011 y el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017 y adicionado por la Ley 1908 de 2018.

Efectivamente, la Constitución establece desde su artículo 308, en adelante, los fines constitucionales que serán protegidos al aplicar la medida de aseguramiento. Estos son: evitar la obstrucción de la justicia; impedir que el imputado se convierta en un peligro para la comunidad o para la víctima; y la probabilidad de que el imputado no comparezca en el proceso o que no se cumpla la sentencia en el eventual caso que resulte condenatoria. Como podemos observar, estos fines protegen los derechos fundamentales de la víctima, de la comunidad, así como aspectos concretos del proceso penal en tanto se quiere evitar la obstrucción al proceso y la no comparecencia. De acuerdo con lo anterior, cuando el fiscal solicita una medida de aseguramiento, como lo es la detención preventiva, la cual limita el derecho fundamental a la libertad de una persona, este debe hacerlo conforme a los criterios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad, ya que estos tres principios son el único baremo legítimo que permite sopesar la libertad del imputado en relación con los fines que se propone proteger al aplicar la medida de aseguramiento (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 295; Alexy, 2014, p. 45). En igual sentido, Mir plantea que la proporcionalidad permite realizar un balance en tanto *“se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado”* (Puig, 2016, p. 340).

Para algunos doctrinantes, no obstante, la detención preventiva es una “pena anticipada sin juicio”, y por tanto ilegítima o también una forma de “castigo o sufrimiento” que se cumple dentro del “estado de cosas inconstitucional” del régimen carcelario colombiano, que transgrede así la presunción de inocencia y la dignidad humana” (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 129).

5. CONCLUSIONES

El derecho fundamental a la libertad individual goza de especial protección en el texto constitucional, y se ha reconocido como unos de los derechos que comporta un grado especial para el sujeto, en tanto le permite tener la esfera más amplia y plena de autonomía. Es presupuesto esencial para la realización de otros derechos fundamentales. Sin embargo, el orden jurídico reconoce como formas de limitación al derecho fundamental a la libertad personal la privación de la libertad cuando se efectúe por captura en flagrancia y cuando haya orden emitida por autoridad judicial (orden de captura), y las detenciones preventivas.

La Corte Constitucional ha mantenido en su desarrollo jurisprudencial una línea que apunta a garantizar que la limitación de la libertad personal se haga de manera excepcional y lo menos lesiva posible para el sujeto, asimismo procura por establecer las reglas propias en que sea admisible la intromisión. En este sentido, los mecanismos desarrollados se han considerado los más acertados

para ello, en tanto llevan implícitos la garantía de cumplimiento de fines constitucionales. Es así como vemos que en las diferentes formas de captura se busca establecer si estos mecanismos tienen una estricta regulación pues su abuso comporta ilegalidades en los procedimientos a desarrollar. Asimismo, solo deben ser impuestos en tanto busquen la protección de fines constitucionales, derechos fundamentales igual de válidos a la libertad personal.

De acuerdo con lo anterior tenemos que la captura resulta ser ajustada a la Constitución, si solo si, se efectúe en flagrancia o cuando una autoridad judicial emita una orden; en este sentido, ambas modalidades deben apuntar a la realización de unos fines judiciales, que permitan dar solución a la situación jurídica del sujeto que presuntamente ha cometido un delito.

Ahora bien, en cuanto a las modalidades de detención preventiva que han sido objeto de análisis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional permite concluir que en materia de detención administrativa preventiva solo es válida cuando no se realice con fines punitivos, y se haga con respeto de los derechos fundamentales. Esta corporación ha sido enfática en señalar que este tipo de detención no puede tener como fin privar de la libertad, en tanto es una potestad exclusiva del juez. Por otro lado, la detención preventiva con fines preventivos se considera válida, en cuanto permita garantizar el desarrollo del proceso penal, cuando establece causales para su imposición como el peligro de no comparecencia o la obstrucción sustantiva del proceso penal. Y es válida también cuando busca proteger los derechos fundamentales de la víctima o los intereses de la sociedad. Sin embargo, su aplicación debe estar sujeta al análisis que se hace a partir de un test de proporcionalidad, que permitirá establecer hasta qué punto resulta justificada dicha intromisión.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2014). De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. En E. Montealegre, N. Bautista y F. Vergara. (Comps.). *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (pp. 39-62). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)*.
- Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Tomo II: Estructuras y garantías procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C-019, M. P.: Dr. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-024, M. P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-244, M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-327, M. P.: Dr. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia C-199, M. P.: Dr. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-774, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-530, M. P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia C-816, M. P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-237, M. P.: Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-591, M. P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia (2005) Sentencia C-730, M. P.: Dr. Diana Marcela Bustamante Arango.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-850, M. P.: Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-456, M. P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-720, M. P.: Dra. Catalina Botero Marino
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-176, M. P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-163, M. P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia T-929, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C-028, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-879/11 M. P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-411, M. P.: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-232, M. P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-329, M. P.: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-531, M. P.: Dr Gabriel Eduardo Mendoza.
- Corte Constitucional de Colombia (2017, 3 de mayo). Sentencia C-281 M. P.: Dr. Aquiles Arrieta Gómez.
- Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia C-303, M. P.: Dr Alejandro Linares.
- Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia C-137, M. P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia (2019) C- 276, M. P.: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Mir, S. (2016). *Estado, pena y delito*. Madrid. Marcial Pons.
- Presidencia de la República (1970). Decreto-Ley 1355, *Por el cual se dictan normas sobre policía*.

- Presidencia de la República (1986). Decreto-Ley 2241, *Por el cual se adopta el Código Electoral*.
- República de Colombia (1993). Ley 48, *Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*.
- República de Colombia (2004). Ley 906, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.
- República de Colombia (2007). Ley 1142, *Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana*.
- República de Colombia (2008). Ley 1259, *Por medio de la cual se instaure en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros; y se dictan otras disposiciones*.
- República de Colombia (2011). Ley 1453, *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*.
- República de Colombia (2014). Ley 1709, *Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*.
- República de Colombia (2017). Ley 1826, *Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*.
- República de Colombia (2018). Ley 1908, *Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*.
- Sandoval, J. y Del Villar D. (2013). *Responsabilidad penal y detención preventiva el proceso penal en Colombia*. Bogotá. Universidad del Norte e Ibáñez.