

**DETENCION PREVENTIVA
ADMINISTRATIVA**

**JOSE DITTA POLO
NELLYS BOLIVAR REDONDO
ALVARO PEDROZO TORRES**

**Ensayo presentado como requisito
para optar al Título de: ABOGADO**

**CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
1.996**

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION

1.	ANTECEDENTES DE LA DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL	3
1.1	DEFINICION DE DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA	6
1.2	CARACTERISTICAS DE LA DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA	
1.3	¿QUE ENTIENDE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR "MOTIVOS FUNDADOS"	7
1.4	SINTESIS DE LAS CARACTERISTICAS	13
2.	EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES AL REGIMEN DE LA RESERVA JUDICIAL DE LA LIBERTAD PERSONAL	15
2.1	LA FLAGRANCIA	16
2.2	EXCEPCIONES A LA RESERVA JUDICIAL EN MATERIA DE INDIVIOABILIDAD DEL DOMICILIO	17
3.	AUTORIDADES FACULTADAS POR REGLA GENERAL PARA EXPEDIR ORDENES DE ALLANAMIENTO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD	19
3.1	ALCANCE DE LA EXPRESION "AUTORIDADES JUDICIALES"	20

3.2	PRINCIPALES DEFENSORES DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES	21
3.3	ORGANOS ENCARGADOS DE VIGILAR QUE LAS DETENCIONES PREVENTIVAS O LOS ALLANAMIENTOS SIN ORDEN JUDICIAL SE EFECTUEN DENTRO DE LOS MARCOS DE LA CONSTITUCION	22
3.4	CRITICA AL TERMINO INAPROPIADO DE DETENCION PREVENTIVA UTILIZADO POR LA C.N.	23
3.5	ACCION CONTRA LA DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA ILEGAL	24
	CONCLUSION	25
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	31
	ANEXOS	32

INTRODUCCION

A muchas personas les sucede que no comienzan a interesarse por sus derechos y libertades sino hasta el momento en que los ven limitados. Pero ocurre con frecuencia que el interés de una persona por conocer el alcance, el contenido y los mecanismos de protección de sus derechos se encuentra obstaculizado por la gran cantidad de normas jurídicas que continuamente aparecen, y que están dispersas en los códigos, leyes y decretos, o por el lenguaje estrictamente técnico de estos ordenamientos, así como la infinidad de interpretaciones existentes. Todo por ello constituye para el ignorante una auténtica barrera que le impide acceder al conocimiento de sus derechos y libertades, obstaculizando también su ejercicio pleno.

La libertad individual no es la excepción a estos problemas. Al contrario, la proliferación de normas

jurídicas que buscan la limitación y restricción de la libertad conduce por un lado, a la falta de seguridad jurídica de las personas y por otro, a la negación del principio según el cual el ejercicio de un derecho humano debe ser una regla general.

El objetivo del presente trabajo es indagar sobre la importancia y trascendencia de la detención preventiva en el proceso penal.

Es justificable analizar y estudiar profundamente la detención preventiva, porque este tema es de gran importancia en el ámbito jurídico penal.

1. ANTECEDENTES DE LA DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

La Constitución Nacional de 1.886, a través del inciso segundo del artículo 28 consagró la "Retención Preventiva Administrativa", facultando al Gobierno Nacional para retener a las personas contra quienes existieran indicios graves de atentar contra la paz pública.

Esta aprehensión o retención sólo procedía previo concepto del Consejo de Estado y de los Ministros del Despacho, pero el Gobierno Nacional no estaba obligado a escoger el concepto del Consejo de Estado.

Las personas contra las que el Gobierno temía que podrían atentar contra el orden público eran retenida hasta por un término de diez días, transcurrido dicho término sino eran dejadas en libertad, el Gobierno

Nacional procedía a ordenarla o dejarlas a disposición del juez competente a fin de que adelantara la investigación pertinente y definiera de conformidad con la ley. Esta retención administrativa se aplicaba con el fin de prever futura perturbación del orden público.¹

En el derecho constitucional colombiano hubo pues un cambio importante y democrático en materia de la libertad personal, puesto que en la Carta de 1.886 no se había establecido un tratamiento sistemático ni a nivel doctrinal ni a nivel jurisprudencial sobre la detención preventiva administrativa, ésto debido a que no se había establecido una reserva judicial de la libertad, sino que sólo se estableció que la orden de privación de la libertad debía provenir de autoridad policiva o administrativa. Sin embargo, la Constitución de 1.991 consagró como regla general la reserva judicial de la libertad personal, por lo que fue necesario que la Corte Constitucional precisara sus alcances. Fue así como se estableció que la detención preventiva administrativa no implicaba una retención arbitraria por las autoridades policiales, sino que era una aprehensión material para

¹HENAO HIDRON, Javier. Constitución Política de Colombia. Editorial Temis Séptima Edición. Santafé de Bogotá Pág. 21-22.

verificar ciertos hechos que fueran necesarios para el cumplimiento constitucional de sus obligaciones, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar una convivencia en paz.²

Se diferencian una y otra en cuanto a las autoridades que tienen competencia para ordenar a aprehender por escrito a una persona. La del 91 dispone que únicamente las autoridades judiciales tienen competencia para privar de la libertad a una persona o registrar su domicilio. En cambio, el artículo 23 de la Constitución de 1.886 establecía que era en "virtud de mandamiento escrito de autoridad competente", entendiendo como autoridades competentes a las judiciales y las de policías.

²MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Revista LEGIS Sentencia Enero 27 1.994, Envío Nº 3. P.59

1.1 DEFINICION DE DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA

"Es la facultad que tienen las autoridades no judiciales en aprehender materialmente a una persona sin previa orden judicial en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades legales".³

1.2 CARACTERISTICAS DE LA DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA

La Constitución Nacional en su inciso segundo del art. 28, ha establecido la detención preventiva administrativa y la Corte Constitucional ha procesado sus alcances señalando los siguientes características:

1. Debe basarse en "RAZONES OBJETIVAS, MOTIVOS FUNDADOS", este concepto se define como el conjunto de situaciones fácticas, cuya relación mediata con el momento de la aprehensión material ha de tener tanta

³ARIAS AVILA, Néstor Oswaldo. La Libertad Individual en la Legislación Colombiana. Serie Texto de Divulgación Nº 16 2 de P. Bogotá Colombia 1.993.

claridad y urgencia que justifique la privación de la libertad".⁴

Esta exigencia busca proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias y permitir que la aprehensión sea legítima, pudiendo ser controlada por los superiores del funcionario que la llevó a cabo, por las autoridades judiciales y los órganos de vigilancia y control del Estado.

1.3 ¿QUE ENTIENDE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR "MOTIVOS FUNDADOS?"

La Corte considera aplicables a la realidad nacional los criterios desarrollados sobre el tema tanto por la Corte Suprema de los Estados Unidos como por la Comisión y la Corte Europea de los Derechos Humanos, ya que en este aspecto las regulaciones normativas de la convención Europea y la Constitución de los Estados Unidos son similares a la Colombiana. De la reiterada jurisprudencia de estos Tribunales {...}, se desprende que los MOTIVOS FUNDADOS son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los

⁴MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. El Derecho Penal Especial. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1.994.

casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención. **El MOTIVO FUNDADO** que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o participe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado. Así, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso Beck versus Ohio, 379 US 89 (1.964), excluyó del proceso la evidencia proveniente de un arresto que se basó en la creencia subjetiva del oficial de policía de que tenía bases para actuar, cuando en realidad esas bases objetivamente no existían. Para la Corte Suprema de los Estados Unidos el arresto había sido arbitrario. Igualmente, la Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia del 30 de Agosto de 1.990 de Fox, Campell y Hartly contra el Reino Unido, estableció que un arresto basado en una sospecha de buena fe de que alguien era terrorista había sido arbitrario, y había violado el artículo 5-1 de la Convención Europea, por cuanto a pesar de la buena fe del agente, las explicaciones

dadas por el Gobierno del Reino Unido no permitieron concluir que la Administración había actuado con bases en razones objetivas plausibles.

Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar basada en **SITUACIONES OBJETIVAS** que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales.

Un ejemplo de la jurisprudencia Estadounidense permite ilustrar los alcances del **MOTIVO FUNDADO** y de las "**SITUACIONES DE URGENCIA**". En el caso Estados Unidos versus Sokolow (1.989), la Corte Suprema consideró justificada la detención de una persona en un aeropuerto, mientras que los perros entrenados para detectar droga olían su equipaje, por cuanto las autoridades tuvieron en consideración además los siguientes hechos: el acusado había pagado su tiquete en efectivo; había viajado con un nombre que no correspondía al número de teléfono que había dado; se había negado a registrar su equipaje; y, había permanecido sólo 48 horas en una ciudad conocida como tránsito de droga (Miami) a pesar de que el tiempo de vuelo a esa ciudad demoraba varias horas. Ese conjunto

de hechos configuraba entonces una **RAZON OBJETIVA** para la detención y en sentido estricto no existía flagrancia. Además, la autoridad administrativa debía actuar inmediatamente por lo cual la aprehensión estaba justificada.

- Debe ser necesaria, es decir, sólo opera frente a situaciones de apremio que no pueden dar espera a una orden de autoridad judicial, esto significa que la retención sólo es constitucionalmente legítima si es la única alternativa para que la policía pueda cumplir de manera adecuada sus deberes constitucionales. Por eso, sólo en aquellos casos en los cuales se debe proceder con urgencia para no perjudicar la investigación judicial o cuando la demora implique un peligro inminente, podrá la autoridad policial proceder a una Detención Preventiva sin orden judicial. Estaríamos frente a una Detención Arbitraria si no se dan estas situaciones de urgencia o de evidente peligro.

- Se trata de una aprehensión material con estrictos fines de verificar los motivos fundados que la justifique, es decir, constatar si hay motivos para que

las Autoridades Judiciales adelanten la correspondiente Investigación.⁵

Esta Detención preventiva tiene como único objeto comprobar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundado de la aprehensión o de la identidad de la persona y, si es el caso poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta.

- Esta privación de la libertad en cuanto detención administrativa está limitada en el tiempo, su duración no puede exceder las 36 horas a las que se refiere el inciso segundo del art. 28 de la Constitución Política. Antes de 36 horas la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

La Corte Constitucional resalta que este es un límite máximo puesto que la policía sólo podrá retener a la persona por el tiempo estrictamente necesario para verificar ciertos hechos. Así, cuando se trata únicamente de controlar la identidad de una persona, el plazo no deberá superar sino unas pocas horas, de acuerdo con la capacidad técnica del sistema de

⁵MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Op. Cit Envío Nº 15 P.61-62

información. Ejemplo, la Ley Francesa del 10 de Junio de 1.983 consagra que una retención para verificar una identidad no puede sobrepasar las cuatro (4) horas. Y ella sólo opera cuando el agente no ha logrado verificar la identidad de la persona en el sitio mismo en que se efectuó el control de identidad.⁶

Esto significa que si la autoridad administrativa prolonga la retención por más de 36 horas habrá incurrido en una violación de la Constitución Nacional. Pero también estaría cometiendo una retención arbitraria sancionada penal y disciplinariamente si ésta se prolonga más allá de lo estrictamente necesario, incluso sin superar las 36 horas, puesto que, considera la Corte Constitucional, que esta retención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de aquellas averiguaciones que puedan justificar la retención y, si es el caso, poner inmediatamente a disposición de las autoridades judiciales a la persona aprehendida.

- La aprehensión no se puede traducir en una limitación desproporcionada en la libertad de persona. Debe ser proporcionada. Debe tener en cuenta la

⁶CLAUDE ALBERT, Colliard. Libertés Publiques. 7a Edición. París: Dalloz, 1.995. P. 225.

gravedad del hecho. No sólo se debe dirigir a cumplir un fin preciso - sino a verificar ciertos hechos o identidades- adecuadamente comprendido dentro de la órbita de las autoridades de policía.

Ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró en el caso *Wels versus Wis* (1.984) desproporcionado un allanamiento sin orden judicial efectuado por la policía a fin de controlar el nivel de alcoholemia en una persona, cuando no había ocurrido ningún delito. Por consiguiente, hay límites dentro de los cuales la aprehensión respeta el principio de la proporcionalidad, pero si se desbordan tales límites estaríamos frente a una Detención Arbitraria.

1.4 SINTESIS DE LAS CARACTERISTICAS

Es deber de las autoridades policiales utilizar todos los medios técnicos disponibles a fin de reducir al mínimo esas aprehensiones materiales, no sólo en el sentido de limitar su número a los estrictamente necesario sino también de reducir la duración de las mismas. Para ello deberán establecer antecedentes criminales en los lugares mismos de la aprehensión⁷.

⁷MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Op. Cit. P. 62.

La identificación de una persona no requiere la privación de su libertad, como lo establece el artículo 71 del Código Nacional de Policía. Es importante emplear métodos técnicos (sistematización de la identificación de las personas con orden de captura, capacitación de los miembros de la policía en identificación de personas, implementación de las patrullas o de los laboratorios móviles de la policía con los equipos y las personas idóneas para la identificación de personas), para que se pueda establecer en el mismo sitio en donde se encuentran los particulares si tienen ordenes de captura o aprehensión.

2. EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES AL REGIMEN DE LA RESERVA JUDICIAL DE LA LIBERTAD PERSONAL

La Constitución Nacional, a través de sus artículos 28 y 32 ha establecido dos excepciones al régimen constitucional de la estricta reserva judicial de la libertad personal, ellas son:

- La Detención Preventiva Administrativa, y
- La Flagrancia.

En relación con la Detención Preventiva Administrativa, el inciso segundo del artículo 28 consagró una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad personal. Pues allí consagró una facultad constitucional administrativa para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades legales autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona hasta por un término de treinta y seis (36)

horas sin que medie orden judicial. Pero esta detención preventiva debe basarse en razones objetivas, motivos fundados, debe ser necesaria, con el fin de verificar ciertos hechos relacionados con esos motivos fundados, pues si la detención preventiva no está basada en motivos fundados, o es innecesaria, por cuanto se podía obtener la orden judicial, se estaría violando la Constitución, puesto que estas detenciones administrativas deben efectuarse dentro del estricto respeto de los derechos humanos, ya que de ellos dependen no sólo la seguridad ciudadana, sino la propia eficacia de la investigación, pues pruebas obtenidas con base en allanamientos o detenciones arbitrarias podrían ser excluidas de los procesos por las autoridades judiciales con base en la cláusula consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Nacional, según la cual es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.

2.1 LA FLAGRANCIA

Por su parte, el artículo 32 de nuestra Carta Política ha establecido la otra excepción a la estricta reserva de la libertad personal, ésta es LA FLAGRANCIA, en

virtud de la cual una persona podrá ser privada de su libertad sin que medie orden judicial. "En tal evento, la Constitución autoriza que si una persona es sorprendida en flagrancia, podrá ser aprehendida por cualquier persona, incluso por autoridades administrativas, a fin de que sea puesta a disposición de la autoridad judicial competente".⁸

2.2 EXCEPCIONES A LA RESERVA JUDICIAL EN MATERIA DE INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

De conformidad con el artículo 32 de la Carta Fundamental que trata de LA FLAGRANCIA estableció que, si una persona sorprendida en flagrancia se refugiare en su propio domicilio, las autoridades policiales podrán penetrar en él sin que medie orden judicial para el acto de la aprehensión. Pero si se refugiare en domicilio ajeno, también podrán penetrar en él sin que medie orden judicial, pero previo requerimiento al morador.

Por otra parte, consideró la Corte que, si una persona se resiste a una aprehensión o detención preventiva administrativa y se refugiare en su domicilio, se aplicarán las reglas de la flagrancia para su captura.

⁸MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Op. Cit. P.59.

Vale decir, si se refugia en su domicilio las autoridades policivas podrán penetrar en él. Pero si se refugia en domicilio ajeno deberá hacerle el respectivo requerimiento al morador.

Así las cosas, en ambos casos, las autoridades policiales y no los particulares u otro tipo de autoridad, están facultadas para allanar un domicilio sin orden judicial.⁹

⁹MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Op. Cit. P.59

3. AUTORIDADES FACULTADAS POR REGLA GENERAL PARA EXPEDIR ORDENES DE ALLANAMIENTO O DE PRIVACION DE LA LIBERTAD

El artículo 116 de la Constitución Nacional establece los órganos que administran justicia en Colombia y para efectos de la privación de la libertad y de expedir ordenes de allanamientos ha facultado a las siguientes corporaciones:

- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia
- Salas Penales de los Tribunales Superiores -incluso el Tribunal Militar-
- Jueces de la República en lo Penal
- Fiscalía General de la Nación, y
- El Senado de la República excepcionalmente cuando ejerce funciones de juzgamiento.¹⁰

¹⁰MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Op. Cit. P. 59.

3.1 ALCANCE DE LA EXPRESION "AUTORIDADES JUDICIALES"

La Corte Constitucional, en Sentencia T-490 determinó el alcance de la expresión "AUTORIDADES JUDICIALES", de la siguiente forma: "En materia de derecho a la libertad personal, el constituyente ha estructurado una serie de garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención (C.P., art. 28). Solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conllevan la privación de la libertad. En consecuencia, a la autoridad administrativa le está vedado imponer motu proprio las penas correctivas que extrañen, directamente o indirectamente, la privación de la libertad, salvo mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

3.2 PRINCIPALES DEFENSORES DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Los Jueces son frente a la administración y al propio legislador, los principales defensores de los derechos individuales. Por ello, su protección inmediata ha sido confiada a la Rama Judicial, como garantía de imparcialidad contra la arbitrariedad, impidiendo así que el Fiscal en la etapa del Juicio se convierta en Juez y parte. Si la autoridad administrativa tuviere la potestad de imponer penas de arresto, sin intervención judicial que la autorice, la protección del derecho a la libertad personal confiada a las autoridades judiciales no tendría ningún objetivo y carecería de efectividad la protección del derecho a la libertad individual.¹¹

¹¹MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Op. Cit. P. 58

3.3 ORGANOS ENCARGADOS DE VIGILAR QUE LAS DETENCIONES PREVENTIVAS O LOS ALLANAMIENTOS SIN ORDEN JUDICIAL SE EFECTUEN DENTRO DE LOS MARCOS DE LA CONSTITUCION

En un Estado Social de Derecho en donde la administración está sometida al principio de legalidad, la regulación de las detenciones preventivas o los allanamientos es materia legal, a fin de que se establezcan las formalidades que deben reunir toda detención preventiva y se delimiten los eventos y motivos en que ellas pueden operar. Para tales eventos, existen los órganos encargados de la vigilancia de la detención preventiva o allanamientos sin orden judicial, ellos son:

- Procuraduría General de la Nación
- Defensor del Pueblo
- Personeros Municipales
- Autoridades Judiciales (jueces), y
- Organos de control interno de la policía.¹²

¹²MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Op. Cit. P. 61.

3.4 CRITICA AL TERMINO INAPROPIADO DE DETENCION PREVENTIVA UTILIZADO POR LA C.N

La Constitución Nacional utiliza un lenguaje inapropiado cuando consagra en el inciso segundo del artículo 28 que las autoridades administrativas podrán "detener preventivamente" a una persona hasta por un término de treinta y seis (36) horas, dentro del cual podrá dejar al "detenido" a disposición de la autoridad judicial competente. Con esta expresión se está refiriendo a la privación física y material de la persona más no jurídica, porque en el derecho colombiano, la "detención preventiva" es una de las medidas de aseguramiento proferida por un funcionario judicial competente en contra de una persona sobre la cual existe indicios graves de responsabilidad o prueba que la justifique. Lo correcto hubiese sido utilizar la expresión "aprehensión o captura administrativa, por cuanto con estas expresiones se va entender que la persona capturada o aprehendida administrativamente no ha sido escuchada en indagatoria ni se le ha definido su situación jurídica.

3.5 ACCION CONTRA LA DETENCION PREVENTIVA ADMINISTRATIVA ILEGAL

La detención preventiva administrativa ilegalmente encuentra un control efectivo a favor de toda persona a través de la acción pública del Hábeas Corpus, que tutela la libertad personal cuando alguien es aprehendido con violación a las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilícitamente la privación de su libertad. Es decir, es una garantía del control de la aprehensión por cuanto se podrá invocar "en todo tiempo". Por lo tanto, todo ciudadano que considere que ha sido objeto de una detención gubernativa ilegal tiene derecho a invocar el Hábeas Corpus.

Para el efecto conviene precisar que el término de 36 horas, plazo máximo para legalizar la privación física de la libertad, comienza a contarse desde el momento en que se produce la aprehensión. Se trata de un plazo constitucional breve que exige la celeridad y diligencia de quien realiza la privación física y del funcionamiento judicial encargado de ratificarla jurídicamente.

CONCLUSION

La Corte Constitucional "creó" la figura de la detención "preventiva administrativa", pero además, la reglamentó al señalar los "motivos fundados" como causal de la misma.

La detención preventiva administrativa, como instituto no aparece regulada ni en los códigos ni en la Constitución, tal como se evidencia en el artículo 28, pues la decisión del constituyente de 1.991 fue la de eliminar las excepciones a la reserva judicial en materia de libertad; de tal manera que la regla general estatuida en el anotado artículo, repetimos fue la "reserva judicial de la libertad"; de manera que sólo las autoridades judiciales pueden decretar privación de la libertad y las excepciones al principio de la reserva judicial de la libertad no pueden ser creadas por la Corte Constitucional, en razón de que ésta es la

encargada de velar por la guarda de la Carta Política, ya que ellas deben ser expresamente establecidas por la Constitución tal como sucedió con el artículo 28 transitorio, el cual reza:

"Mientras se expide la ley que atribuye a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de los mismos".

De tal suerte que al exceptuar la Corte Constitucional el principio de la reserva judicial, introduciendo la figura de la detención preventiva administrativa, desbordó las funciones que por Constitución le competen.

Uno de los presupuestos del Estado Social de Derecho es la división de poderes público, la Corte Constitucional no podía "legislar" ya que esta función es de competencia de la rama legislativa del poder público, tal como lo establecen los artículos 113 y subsiguientes demuestra Carta Magna.

Al señalar la Corte Constitucional los "motivos fundados" como causal que determina la detención

preventiva administrativa, tiene ésta implicaciones en materia penal, ya que es abstracta, vaga, e imprecisa creando inseguridad en las personas afectando el derecho fundamental a la libertad. De lo anterior deducimos que se violó el principio de tipicidad objetiva que define estos supuestos de manera inequívoca; también violó el principio de legalidad entendido en sentido material. El concepto de motivos fundados es tan amplio que dentro de él cabe cualquier criterio subjetivo de la autoridad de policía, lo que se explica si se tiene en cuenta que el punto de partida que tuvo la Corte para definir el concepto, fue la jurisprudencia Norte Americana que no se asemeja con la realidad nacional.

La expresión "motivos fundados" prevista por la Corte Constitucional como causal de detención preventiva administrativa, nos enfrenta a un derecho penal de autor, cuyo fundamento es la supuesta peligrosidad del individuo, contrapuesto a un derecho penal de acto en el cual se sanciona por el hecho efectivo cometido, por lo que hace, no por lo que es el hombre, por su modo de ser, carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, o sus hábitos de vida. En el modelo de Estado actual no cabe un derecho penal de autor, ya que

la propia Constitución en su artículo 29 brinda los fundamentos para predicar el derecho penal de acto. En consecuencia, los motivos fundados como causal de la figura de detención preventiva administrativa, implica un retroceso al derecho penal positivo ya superado, desconociendo así el principio de culpabilidad, el principio de igualdad, presunción de inocencia, el de la buena y por consiguiente el derecho penal de acto.

La interpretación que la corte le dio al artículo 28 de la Constitución Nacional creando la figura de la detención preventiva administrativa afectó a la acción pública del Hábeas Corpus, ya que al resolver el Juez la petición formulada por un individuo en relación con la protección del derecho a la libertad, éste debe limitarse a verificar los presupuestos objetivos-formales de la detención, sin entrar en juicios valorativos tales como, si los hechos constituyen o no motivos fundados, lo cual en definitiva no es más que el criterio subjetivo de los interesados, bien se trate de quien realiza la detención, de quien reclama el derecho y del Juez Penal que lo decide.

El artículo 56, literal b del decreto 1355/70 (Código Nacional de policía) se refiere a que nadie puede ser

privado sino "en casos de flagrancia o cuasiflagrancia de infracción o de policía".

Tanto el citado artículo como el artículo 370 del C.P.P. que contiene la definición de flagrancia, han perdido su alcance, los límites trazados por el legislador, que proceden a una excepcional circunstancia para proceder a la captura de una persona. Así, la circunstancia de tiempo; momento de cometer el hecho punible, o que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él; las de modo; cuando es sorprendida con instrumentos o huellas; o lugar, o cuando es perseguida por la autoridad, constituye excepciones que facultan para que sin las exigencias constitucionales y legales se proceda a privar de la libertad a una persona.

Lo anterior nos lleva a concluir de que la denominación "motivos fundados" se ubica en un escalón anterior a la flagrancia. También de que el derecho a la libertad y la excepción privación de la misma debe ser determinada expresamente a fin de evitar equívocos y por consiguiente abuso de las autoridades policivas que privan de la libertad a una persona.

Consideramos que la consagración por vía jurisprudencial de (figuras novedosas que amplían en detrimento del individuo las posibilidades de pérdidas de su libertad, es contraria a los postulados de la Constitución y de un Estado Social y Democrático de Derecho, por cuanto la privación de la libertad, ha de ser siempre la última razón y que sea necesaria. Es decir, que no haya otra salida.

Por todo lo anterior concluimos de que la Honorable Corte Constitucional se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, atribuyéndose funciones de legislador ampliando los límites de la flagrancia cuando creó la figura novedosa de la detención preventiva administrativa.

En este orden de ideas afirmamos que no existe certeza ni seguridad jurídica en la determinación de la flagrancia, pues la denominación de "motivos fundados" como causal de privación de la libertad hecha por la borda la tradición legal y jurisprudencial existente.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARIAS AVILA, Néstor Oswaldo. La Libertad Individual en la Legislación Colombiana. Serie texto de divulgación Nº 16. Defensoría del Pueblo.

Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Crimológicas. Volumen XVI Número 52. Septiembre/Diciembre 1.994. Universidad Externado de Colombia.

HENAO HIDRON, Javier. Constitución Política de Colombia. Editorial Temis Séptima Edición.

ANEXOS

PROYECTO DEL GOBIERNO ANTE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Art. 17. El art. 23 de la Constitución Política pasará a ser el art. 17 y quedará así:

DERECHO A LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD HABEAS CORPUS

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie puede ser privado de su libertad, sino cuando existan serios motivos en su contra, en virtud de mandamiento de autoridad judicial, con las formalidades legales y por hechos previamente señalados en la ley.

2. En los casos de necesidad definidos en la ley, autoridades de policía podrán adoptar medidas

provisionales de privación de la libertad con el único fin de colaborar con las autoridades judiciales. Las medidas serán comunicadas inmediatamente a un juez. La persona privada de la libertad será puesta a disposición del juez competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, para que adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

3. Toda persona privada de la libertad tiene derecho a que una autoridad judicial distinta de aquella que ha ordenado su detención o retención, revise la decisión respectiva inmediatamente y con prelación a cualquier otro asunto en los términos y con las limitaciones que establezca la ley. Si la privación de la libertad hubiera sido ilegal ordenará su liberación de conformidad con lo regulado en la ley.

4. Toda persona privada de la libertad será tratada dignamente. El juez determinará en cada caso las restricciones a los derechos fundamentales que sean razonables para garantizar la seguridad carcelaria. Ninguna persona privada de la libertad podrá ser sometida a trabajos forzados. La ley podrá establecer políticas de rehabilitación para los condenados.

5. En ningún caso podrá haber privación de la libertad por deudas u obligaciones civiles.

6. Las autoridades administrativas no podrán imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de la libertad, salvo lo previsto en el art. 176.

Artículo 18. El artículo 27 de la Constitución Política pasará a ser el artículo 18 y quedará así:

Restricciones especiales a la libertad

Conforme a lo establecido en la ley, podrán imponerse sumariamente medidas de carácter correccional o preventivo, aun la privación de la libertad, en los siguientes casos:

a. Para impedir la perturbación de actuaciones judiciales o administrativas cuando en ellas se injurie o irrespete a una autoridad o funcionario investido de jurisdicción.

b. Para mantener el orden y la disciplina en fuerzas militares, cuando se produjese insubordinación o motín o

para mantener el orden o hallándose en frente del enemigo; y

c. Para evitar la impunidad de delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves que no se hallen en puerto.

DEBATE EN LA COMISION PRIMERA

La Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente fue la encargada del estudio, debate y aprobación de la norma que consagra el derecho a la libertad, discusión que básicamente se centró en dos aspectos:

- a. Autoridad facultada para limitar el derecho.
- b. Excepciones a tal principio o a esta competencia.

Frente a lo primero, los comisionados estuvieron de acuerdo en que debía aprobarse la reserva judicial en tratándose de la restricción del derecho a la libertad, limitándose la discusión en torno al carácter de la autoridad judicial o jurisdiccional; en este sentido se presentaron dos tendencias: una que consideró estos dos

conceptos como sinónimos, razón por la cual ninguna importancia revistió el que se utilizara una u otra expresión, otra fracción de constituyentes estimó importante puntualizar la diferencia conceptual de los términos, entendiendo lo jurisdiccional referido a lo funcional y lo judicial a lo orgánico. Sin que al interior de la Comisión Primera se hubiese resuelto la discusión así planteada, el artículo referido al derecho a la libertad que aprobaron, consagró no sólo la reserva judicial, sino la posibilidad de que en casos excepcionales, determinados por la ley, hubiese detenciones preventivas decretadas por autoridades administrativas. El siguiente es el texto aprobado:

"Todas personas 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.

Excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos que ésta consagre, podrán disponer la detención preventiva de una persona con el

fin de colaborar con las autoridades judiciales, o el arresto como medida de policía para prevenir o sancionar las infracciones en ellas contempladas.

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

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones civiles".

Con relación al segundo punto materia de debate y anticipado en precedencia, cabe observar que la iniciativa en torno a las excepciones a la reserva judicial corrió por parte del Gobierno que en artículo separado previó la posibilidad de privación de la libertad en tres eventos concretos, sin delimitar la competencia para tales efectos pero dejando en todo caso a la ley la reglamentación en este sentido. A partir de la discusión generada en torno a qué autoridad tenía la competencia para restringir el derecho a la libertad, los comisionados previeron la posibilidad de exceptuar la reserva judicial. Ello explica que constituyentes

como Jaime Arias, Juan Carlos Esquerro, Augusto Ramírez Ocampo y Diego Uribe Vargas hubiesen coincidido en afirmar la existencia de autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales (funcionarios de policía, alcaldes, etc) delegando a la ley la reglamentación de dicha facultad restrictiva de la libertad. En este sentido coincide la propuesta del Gobierno con la de los Comisionados, esto es, que fuera la ley la que delimitará el alcance de la excepción misma.

En el anterior orden de ideas el artículo aprobado por la Comisión Primera, quedó estructurado de la siguiente manera:

* Inciso Primero: estableció la regla general de la reserva judicial de la libertad.

* Inciso Segundo: consagró la excepción al principio general, al reglamentar la detención preventiva gubernativa, delegando en la ley el señalamiento de los casos y de las autoridades administrativas facultadas para efectuar el derecho a la libertad.

* Inciso Tercero: estableció una garantía a la

facultad excepcional, en cuanto limitó en el tiempo la detención gubernativa.

* Inciso Cuarto: instituyó la prohibición absoluta de privación de libertad por deudas.

DEBATE EN PLENARIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

En la sesión plenaria del primero de junio se dio lectura al artículo que regula el derecho a la libertad y que fue aprobado por la comisión primera. En los diferentes debates que se dieron, los comisionados se ocuparon principalmente del punto relacionado con las excepciones a la reserva judicial, significando la importancia que revistió la implantación de la reserva en cuanto sólo las autoridades judiciales pudieran afectar este derecho, considerando ésta como un avance importante en cuanto así se superarían las experiencias "...un poco trágicas del pasado, en que autoridades secundarias o de policía detenían a las personas sin mayor fórmula..." de ninguna manera se permite que autoridades de policía, sin ton ni son, por simple

consejo de su propia conciencia priven a la persona de su libertad".¹

En la sesión del quince de junio los comisionados echaron de menos la expresión "judicial" y justificándose en un "error mecanográfico" se optó en la plenaria por considerar nuevamente la expresión judicial, habiendo sido aprobada. Si bien las Gacetas Constitucionales no reportan las motivaciones que determinaron a los constituyentes para consagrar la reserva judicial en tratándose del Derecho a la Libertad, salvo las precarias referencias hechas en precedencia, también lo es que la reserva tiene soporte en el principio de la separación de poderes consustancial al modelo de Estado Colombiano.

El artículo de la libertad fue sustentado para primer debate en plenaria por el constituyente Diego Uribe Vargas, quien justificó la excepción a la reserva judicial así proyectada, bajo la consideración de que las autoridades de policía podrían "disponer" la detención preventiva de una persona con el fin de colaborar con las autoridades judiciales, o simplemente

¹ Acta sesión junio 1 de 1.991.

podrían arrestar, como medida de policía, para prevenir o sancionar las infracciones en ella contempladas. Así se expresó el constituyente:

"Solo excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos que ella consagre, podrán disponer la detención administrativa 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.

Garantía importante de la inviolabilidad del principio que consagra la libertad de las personas es la contemplada en este mismo art. (entiéndase el aprobado en la Comisión Primera) cuando se dispone que quien haya sido detenido preventivamente, será puesto a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas subsiguientes al hecho para que adopte la decisión que corresponda según la ley. La práctica frecuente de detenciones prolongadas sin el mandamiento judicial correspondiente tiene correctivo en el art. citado, el cual se complementa con la prohibición de

decretar detención, prisión o arresto por deudas u obligaciones civiles".²

Sin embargo, se observa que la figura de la detención administrativa, tal como se proyectó, lejos estaba de aproximarse a la regulada en la Constitución de 1.886 y en una equivocada referencia a la misma se propuso contradictoriamente la facultad para "disponer" (en cuanto poder de decisión) la detención, con el fin de "colaborar", lo que no resulta congruente.

Los análisis a los debates de la Plenaria evidencian que la Asamblea decidió que la consagración de ese inciso segundo reviviría la figura de la retención administrativa del antiguo artículo 28 de la Constitución de 1.886, siendo por lo mismo un mecanismo peligroso que atentaba contra las libertades ciudadanas. Ello explica entonces la eliminación del inciso en comento en el debate en que fue aprobado el actual artículo 28.

Así aprobado el artículo en comento, estimamos que el derecho a la libertad sólo puede afectarse en dos eventos: cuando medie orden de captura de autoridad

² Gaceta Constitucional número 82, 25-05-91 p.11.

judicial competente (art. 28) y en los casos de flagrancia (art.32 C.P).

La persona detenida preventivamente, en uno de estos dos supuestos, debe ser puesta a disposición del juez competente (entendiéndose por tal el funcionario judicial) dentro de las treinta y seis horas siguientes, término que debe entenderse como al máximo previsto por el constituyente, sin que ello signifique que en todos los supuestos quien privó a otro de la libertad debe agotar el mismo.

ARTICULO 28 TRANSITORIO CONSTITUCION POLITICA

Al ser establecida la reserva judicial de la libertad, en el contenido del artículo aprobado por la Plenaria, se evidenció por parte de uno de los constituyentes la incompatibilidad resultante con la competencia atribuida por la ley 23 de 1.991 a las autoridades de policía para el conocimiento de contravenciones especiales sancionadas con pena de prisión o arresto y, por lo mismo, la violación por esta vía al artículo 28 aprobado.

Consideramos entonces los constituyentes que al predicarse la reserva judicial en materia de libertad, las autoridades de policía a las que se refiere la ley 23 de 1.991 no podrían desempeñar a cabalidad sus funciones. Por ello, sin ahondar en mayores consideraciones, optaron por expedir el artículo 28 transitorio que surge así como una excepción a la reserva judicial, en cuanto las autoridades de policía fueron habilitadas temporalmente para imponer, penas de arresto y afectar el derecho a la libertad. Cabe puntualizar que la vigencia de esta norma fue condicionada a la obligación del legislador para "expedir la ley que atribuya integralmente a las autoridades judiciales el conocimiento de estas conductas, so pena de incurrir en inconstitucionalidad por la vía omisiva".³ se observa que no obstante tratarse de un derecho fundamental de aplicación legislativo haya procedido en consecuencia, lo que en manera alguna puede ser avalado justamente por quien tiene la función jurisdiccional garante de la Carta.

Abundando en argumentos en torno a la inexistencia de excepciones a la reserva judicial, bien vale la pena de

³Sentencia Corte Constitucional T-490/92.