

Detención
preventiva precautelativa

José Luis Duarte Bohórquez

DETENCIÓN PREVENTIVA PRECAUTELATIVA

AUTOR: José Luis Duarte Bohórquez
FECHA DE RECEPCIÓN: Noviembre 5 de 2008

RESUMEN: La detención preventiva administrativa, o captura administrativa, es una de las cinco formas para privar válidamente a una persona de la libertad en el sistema jurídico colombiano y se erige como un mecanismo con el que cuentan las autoridades para cumplir con su función precautelativa y constitucional de mantener el orden público.

PALABRAS CLAVE: principio de libertad; garantías procesales; orden de captura; reserva judicial; detención preventiva administrativa; captura en flagrancia; test de proporcionalidad.

ABSTRACT: The preventive arrest administrative, or administrative capture, is one of the five forms to deprive válidamente to a person of the freedom in the juridical system Colombian and erige like a mechanism with which explain the authorities to fulfil with his function precautelativa and constitutional to maintain the public order.

KEY WORDS: Principle of freedom; procedural guarantees; order of capture; judicial reservation; administrative preventive arrest; capture in flagrancia; test of proporcionalidad.

Detención preventiva precautelativa

José Luis Duarte Bohórquez¹

Es la verdadera denominación jurídica referida a una modalidad de captura vigente en el ordenamiento penal Colombiano, que tiene el debido respaldo Constitucional y Jurisprudencial, así legalmente el legislador no la haya consagrado en el último estatuto adjetivo, sucediendo pues, que el término a veces despectivo “captura administrativa” crea profundas divagaciones que ha generado decisiones judiciales o procedimientos policiales que con perplejidad advierte la sociedad.

El suceso acaecido el 9 de mayo de 2008 en la ciudad de Bucaramanga, da cuenta del estado demencial, de intolerancia e insensibilidad fiel reflejo de la pérdida de valores o principios que necesariamente deben estar arraigados en la primera célula de una sociedad, la familia. Un energúmeno sujeto arremete de manera brutal y despiadada contra su cónyuge ella por diferencias maritales había optado por dejarlo, situación que no compartió su esposo para en su lugar atalarla en plena vía pública y sin piedad esgrimió arma corto punzante (bisturí) con la que desfiguró el rostro de la madre de sus dos hijos, consecuencia de la agresión le ocasiona diversos cortes que le atraviesan el rostro y le dejara profundas heridas física y psíquicas insuperables.

Sabiéndose de la identidad e individualización del autor, de la alarma social que éste generó, de la viabilidad de imponerle medida de aseguramiento de la detención preventiva sin beneficio de excarcelación (violencia intrafamiliar agravada, en concurso con lesiones personales dolosas con deformidad física permanente que afecta el rostro), el delincuente es capturado horas después previos los señalamientos concisos y precisos de los familiares de la ofendida; pero con perplejidad se advierte que, es puesto en libertad sin argumento diferente a que la captura no se produjo en situación de flagrancia o mediando orden de autoridad judicial, olvidándose por completo que en

1 Formador Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Para el sistema penal acusatorio

Colombia en la actualidad existen cinco formas de privar validamente de la libertad a una persona, siendo la detención preventiva precautelativa, una de ellas.

Dijo el señor Comandante de Policía del Departamento de Santander.- “En estos procedimientos la policía no puede apresurarse en la diligencia de captura sin una orden judicial o por lo menos que la persona que cometió el delito sea capturada en actitud de flagrancia para no caer en una captura arbitraria. Nos acogemos a los lineamientos de la Constitución y si fallamos en el cumplimiento de los mismos seríamos entonces sancionados.”

Se olvida el señor Comandante, que precisamente es la propia Carta Política la que trae consigo en el inciso 2 artículo 28 la solución a ésta clase de sucesos al referir.- “La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de los treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.” Estaríamos ni más ni menos que ante típica forma de detención preventiva precautelativa indicada por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Además, no es una forma propia del derecho interno, las constituciones democráticas europeas consagran la detención preventiva administrativa como un instrumento importantísimo para que las autoridades cumplan con su función precautelativa y constitucional de mantener el orden público. Entre ellas, Constitución Española.- numeral 2 artículo 17; Constitución Italiana.- inciso 2 artículo 13; Estados Unidos.- Se permite a las autoridades judiciales arrestar sin orden judicial cuando existan motivos o “causa probable”; Francia la “garde á vue”; Alemania permite las detenciones preventivas por la policía en casos de urgencia que conviertan en irrazonable la exigencia de la orden judicial previa; El Pacto de derechos civiles y políticos; y, La Asamblea General de las Naciones unidas.

En un País, sumido en la violencia generalizada, la desprotección casi absoluta de la sociedad y de las víctimas, todavía existen argumentos tendientes a deslegitimar un postulado constitucional en orden a perpetuar fuera del contexto normativo las garantías procesales de los vinculados a una actuación penal. Actitudes y posturas como las asumidas en el caso concreto, generan pérdida de confianza en las instituciones y en el Estado de derecho, para dar vía libre a formas potenciales de “venganza privada”, convirtiéndose en factor multiplicador de comportamientos delictivos y desestabilizador de la por demás ya alterada convivencia pacífica.

CONCEPTO

La detención preventiva precautelativa es conocida como detención preventiva administrativa o “captura administrativa”, entendiéndose por tal la privación de la libertad que de manera momentánea lleva a cabo la policía nacional o la judicial, teniendo como supuesto normativo no solamente el inciso 2 artículo 28 de la Carta Política², sino el artículo 2 inciso 2 ejusdem, referidas al compromiso de las autoridades de la República para proteger a las personas residentes en el territorio, en su vida honra y bienes; además para facilitar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, asegurar la convivencia pacífica de las personas, hacer prevalecer las garantías procesales y constitucionales en relación con quienes de manera objetiva se infiera la probable participación en un delito; pero sobre todo, para evitar la venganza privada o justicia por la propia mano.

FORMALIDADES

Dada su naturaleza excepcionalísima, se crea la posibilidad para que autoridades no judiciales en determinadas circunstancias y cumpliendo exhaustivas formalidades retengan o aprehendan materialmente a una persona sin previa orden judicial.

Esta modalidad de captura no puede llevarla a cabo un particular, sino que habrá de ser un miembro de la policía nacional o judicial con base en el artículo 71 inciso 3 del Código Nacional de Policía, a petición de quien se considere ofendido o por existir serios motivos de su participación en un injusto.

REQUISITOS

- 1.- Que existan motivos fundados, es decir, hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona al ser aprehendida es probablemente autora o participe de un delito.

² Artículo 28 de la Constitución:- Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

- 2.- Que sea necesaria y urgente la captura, esto es, que el apremio justifique el no obtener la orden judicial porque, de hacerlo ésta resultaría ineficaz.
- 3.- Que los hechos o motivos fundados están vinculados con la persona por capturar. Es decir, opera para verificación de ciertos hechos o la identidad de la persona.
- 4.- Que la restricción de la libertad sea proporcional a la gravedad del hecho.
- 5.- El delito debe por su naturaleza ser objeto el autor de medida de aseguramiento de la detención preventiva. (Violencia intrafamiliar agravada art. 33 ley 1142 de 2007 modificadora del art. 229 ley 599 de 2000 pena de SEIS CUATRO A CATORCE AÑOS DE PRISION. Procede medida de aseguramiento de detención preventiva art. 313 del C.P.P.)
- 6.- La persona capturada debe ser puesta a disposición del fiscal delegado que se encuentre disponible, dentro de las doce (12) horas siguientes a la captura (Art.71 Código Nacional de Policía), y el fiscal tendrá máximo de veinticuatro (24) horas siguientes, para ponerlo a disposición del juez de control de garantías para efectos de la audiencia de control de legalidad.
- 7.- Si el fiscal advierte que no se dan los requisitos para la retención o captura administrativa o el delito no es de grave entidad, deberá dejar en libertad a la persona sin necesidad de acudir al juez de control de garantías. En síntesis, la persona solo permanecería retenida cuando a juicio del fiscal la medida de aseguramiento pertinente sea privativa de la libertad, ello sin perjuicio de que el juez de control de garantías disponga lo contrario.

El tema es sencillo en su aplicación, empecé a ello, ha encontrado serias talanqueras en razón de quienes creen que la Corte Constitucional con la sentencia C.-237 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, recogió la tesis de la “captura administrativa”, al pregonarse que solamente la captura en flagrancia y previa orden judicial se convertían en las únicas validas y permitidas en el ordenamiento jurídico. Al respecto se deben hacer ciertas claridades.

- En primer lugar, el análisis que la Corte realiza lo dirige a la inexequibilidad del inciso 2, artículo 69³, Decreto Ley 1355 de 1970 conocido como el Código Nacional de Policía, norma que permitía la captura de una persona por el incumplimiento de una orden de comparendo del inspector o

3 Art. 69.- La policía podrá capturar a quienes sorprenda en flagrante contravención de policía, cuando el hecho se realice en lugar público y para el solo efecto de conducir al infractor ante el respectivo jefe de policía. En este caso, si el infractor se identifica plenamente y proporciona la dirección de su domicilio, el agente de policía dentro del término que ella señale sin que exceda de 48 horas siempre que, a su juicio, tal medida no perjudique el mantenimiento del orden público. Si la persona citada no cumple la orden de comparendo será capturada. (la subraya ex texto. Aparte declarado inexequible)

autoridad de policía, que nada tiene que ver con la propuesta consagrada en el numeral 2 artículo 28 del Estatuto superior.

- Es cierto que la H. Corte Constitucional en la C- 237 de 2005, guarda silencio respecto del precedente jurisprudencial consagrado en la C- 024 de 1994, creando confusión en los operadores judiciales, pero lo cierto es que, Colombia es un Estado de Derecho, el orden público y social es función garantista de las autoridades quienes actúan dentro de un marco jurídico determinado.
- Las autoridades policiales deben cumplir con su papel preventivo y su deber constitucional de mantener el orden público, de aquí que, la detención preventiva precautelativa, no contradice los tratados internacionales y, por esa razón, su control se cimenta en los lineamientos propios del bloque de constitucionalidad. (Pacto de Derechos Civiles y Políticos arts.- 9-3, 9-4; Convención Interamericana arts. 7-5, 7-6)
- Además si lo que se trata es del garantismo penal, la inmediatez característica de éste procedimiento implica que desde el instante de la aprehensión se activen los derechos fundamentales de la defensa y el debido proceso, a su vez, la persona en el término de la distancia deberá ser puesta a disposición de la autoridad judicial, incluso, el término de 36 horas que establece la constitución se antoja excesivo.
- De otra parte, se protege a la víctima de otras eventuales agresiones, lo mismo sucede con la prueba; y de paso a la sociedad no se le envían mensajes erróneos de falta o inane aplicación de justicia, pues precisamente, al actuar con indiferencia se corre el riesgo de pérdida de confianza legítima en el Estado protector y garantista.
- Es innegable que en la norma de carácter legal (ley 906 de 2004) no quedó contemplada la captura administrativa, pero ésta tiene asiento en norma de rango superior, precisamente en la Carta Política (inciso 2, artículo 28 de la C.P.)
- Ahora bien, la Corte Constitucional a decidir de la inexequibilidad de apartes del Art.- 69 del Código Nacional de Policía, toma en consideración el inciso 1 del art. 28 de la Carta política para concretar lo atinente al principio de reserva judicial de la privación de libertad, de las condiciones generales que se requiere para su aplicabilidad, más en momento alguno toca el inciso 2 del mismo artículo superior, como para entronizar la tesis de cambio de precedente jurisprudencial en torno a la llamada “captura

administrativa”, pues en caso de haber sido así, de manera expresa se hubiese pronunciado. Aún más, ni siquiera se hizo alusión a la C- 024 de 1994.

- Con todo, en cada caso concreto se debe acudir a la razonabilidad al test de ponderación y balanceo en orden a determinar que se cumplan las condiciones trazadas por la Corte Constitucional de cara a formas excepcionales de privación de libertad. No de otra manera puede entenderse que ciertos sucesos que generan alarma social, previa individualización al menos del infractor, se tenga que esperar a rigorismos procesales en orden a la protección de la convivencia social y pacífica.

Por último, es de aclarar el concepto de detención preventiva administrativa que nada tiene que ver con la retención administrativa que establecía de manera odiosa el artículo 23 de la Constitución de 1886. Esta última permitía la posibilidad al gobierno para retener hasta por diez días a través de una orden administrativa a aquellas personas que a juicio del ejecutivo atentaban contra la paz pública. Este canon fue proscrito del ordenamiento jurídico colombiano; como también sucedido con el abuso que el gobierno nacional le dio al famoso estatuto de seguridad que operó a finales de los años 70, empleándose de manera arbitraria el artículo 28 de la antigua Carta política pervirtiéndose el sentido de la forma especial de captura.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1991, es que se viene a entronizar el concepto de detención preventiva administrativa como excepción al principio de la reserva judicial, estableciéndose la sub regla en orden a evitar abusos de autoridad o detenciones arbitrarias. Solo encuentra justificación en cuanto se cumpla con el presupuesto filosófico de su creación, es decir, se trata de una aprehensión material que tiene como finalidad concreta verificar ciertos hechos que han sido puestos de presente a una autoridad de policía para que ésta cumpla con su función constitucional de “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (Art. 218 de la C.P.)