

**Sentencia C-730/05**

**DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL**-Protección constitucional

**DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL**-Condiciones en las cuales limitación debe darse

**PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Motivos

**PRINCIPIO DE RESERVA JUDICIAL EN PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Alcance

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Alcance

**LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Observancia de criterios de razonabilidad y proporcionalidad

**DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL**-Régimen de protección mucho más preciso en la Constitución de 1991 que en la Constitución anterior

**PRINCIPIO DE RESERVA JUDICIAL EN PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Sistema Penal Acusatorio

**PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Mandamiento escrito de autoridad judicial competente

**PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Excepción a la necesidad de mandamiento escrito de autoridad judicial

**PRIVACION DE LA LIBERTAD EN ESTADOS DE EXCEPCION**-Mandamiento escrito de autoridad judicial competente

**PRIVACION DE LA LIBERTAD**-Comunicación verbal de la autorización judicial

**FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Función en nuevo sistema penal

**JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS**-Garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal

**LIBERTAD PERSONAL**-Finalidades, límites y condiciones de la restricción en el nuevo sistema penal

**PRINCIPIO RECTOR EN CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**-Autonomía normativa

**FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Posibilidad excepcional de ordenar capturas

*No se puede predicar la vulneración del artículo 28 superior por el solo hecho de que la Ley asigne a la Fiscalía General de la Nación la posibilidad excepcional de ordenar capturas. El tercer inciso del numeral 1º del artículo 250 de la Carta así lo autoriza y desde esta perspectiva mal puede vulnerar la Constitución esta circunstancia. Menos aún puede afirmarse que en este caso se esté estableciendo una forma de detención administrativa pues la Fiscalía General de la Nación, continua siendo en el nuevo sistema penal una autoridad judicial (art 116 y 249 C.P.).*

**CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Indeterminación de las expresiones “motivos fundados” y “motivos razonables”

*Si bien el fiscal es una autoridad judicial y en los casos específicos que señale la ley, la autoridad competente para efectuar excepcionalmente una detención, ello solo puede serlo en situaciones con unas características de determinación claras y definidas. Téngase en cuenta que las condiciones del ejercicio de las competencias deben estar precisamente establecidas en la ley y con mayor razón aún si se trata de facultades excepcionales. Ahora bien, la Corte constata que las expresiones “En las capturas (...) en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.” dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuirse a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas según el Acto Legislativo 03 de 2002. La amplitud e indeterminación de las expresiones “existiendo motivos fundados” y “razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”, al tiempo que contradicen el principio de legalidad (art 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a “motivos fundados” los cuales siempre pueden existir, y a “motivos razonables” que comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que*

*podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado.*

**CAPTURA EN FLAGRANCIA**-Deber de poner al capturado a disposición del juez inmediatamente

*Dado que la Constitución señala que el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez -ha de entenderse inmediatamente-, por cualquier persona -y en consecuencia también por la Fiscalía- y que dentro del mismo Código de Procedimiento Penal se regula concretamente el tema de la flagrancia (arts 301 a 303 de la Ley 906 de 2004) y se señala que dicha persona detenida en flagrancia se deberá poner a disposición del juez inmediatamente, deben ser dichas normas las que se tomen en cuenta para regular el tema de la detención en flagrancia por parte de la Fiscalía, en tanto de ellas se desprenden unos criterios precisos que atienden al carácter de inmediatez con que se deberá poner a disposición del juez al capturado en flagrancia según la Constitución.*

Referencia: expediente D-5442

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”.

Demandante: Diana Marcela Bustamante Arango

Magistrado Ponente:  
Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., doce (12) de julio de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Diana Marcela Bustamante Arango solicita ante esta Corporación la declaratoria de inexecutable del artículo 2 (parcial) de la Ley 906 de 2004 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*.

Mediante auto del veintidós (22) de octubre de 2004, el Magistrado Sustanciador Humberto Sierra Porto admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República, así como al Ministro del Interior y de Justicia, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptúen sobre la constitucionalidad de la norma acusada. Con el mismo fin invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y Al Instituto colombiano de derecho Procesal.

A través de oficio No. DP-1447 del 3 de noviembre de 2004, el Procurador General de la Nación manifestó a la Corte que tanto él como el Viceprocurador General de la Nación se encuentran impedidos para conceptuar sobre la constitucionalidad de las expresiones acusadas, toda vez que, en su condición de Procurador General participó en la comisión redactora y el Viceprocurador General participó en la subcomisión redactora del proyecto que dio origen al nuevo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- objeto de revisión. En consecuencia, solicitó a esta Corporación que de aceptar el impedimento manifestado, dispusiera que el Procurador General en cumplimiento de la función que le atribuye el numeral 33 del artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000 designara al funcionario que debe rendir el correspondiente concepto.

Mediante auto del dieciséis (16) de noviembre de 2004, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación para rendir el concepto fiscal dispuesto por el artículo 242 numeral 2, en concordancia con el artículo 278 numeral 5 de la Carta Política, en el expediente D-5503. En dicha providencia, la Sala aceptó el impedimento manifestado por el Procurador General y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 numeral 3 del Decreto 262 de 2000, ordenó que una vez levantada la suspensión decretada en el proceso de la referencia con ocasión del impedimento propuesto por el Procurador General de la Nación, se corriera traslado por el término restante al funcionario que designe el Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia<sup>1</sup>.

Presentado a consideración de la Sala el proyecto de fallo presentado por el Magistrado Sustanciador Doctor Humberto Sierra Porto, aquella no lo

---

<sup>1</sup> En el auto que resolvió el impedimento del Procurador General de la Nación se salvó voto por el Magistrado Jaime Araújo Rentería.

aceptó y designó como ponente para la decisión finalmente adoptada al Magistrado Alvaro Tafur Galvis.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada y se subrayan los apartes demandados.

### **LEY 906 DE 2004**

(agosto 31)

Diario Oficial No. 45.658, de 1 de septiembre de 2004

PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

#### TITULO PRELIMINAR.

#### PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTIAS PROCESALES.

(...)

ARTÍCULO 2o. LIBERTAD. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

## III. LA DEMANDA

La demandante solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable del aparte acusado del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 por cuanto considera que el mismo vulnera el artículo 28 de la

Constitución, norma superior que establece claramente los requisitos que se deben cumplir para la restricción del derecho fundamental a la libertad física, a saber “1. mandamiento escrito; 2. proferido por autoridad judicial competente; 3. con observancia de las formalidades legales (principio de legalidad); 4. Existencia de motivos previamente definidos en la ley (principio de legalidad)”.

En cuanto al primer requisito señala que “se debe tener en cuenta que este hace referencia a la *reserva judicial*, es decir que solamente las autoridades judiciales competentes podrán privar de la libertad corporal a una persona”. Cita la respecto apartes de la sentencia T-590 de 1992 sobre el papel de los jueces en materia de protección de la libertad.

Según su parecer, el inciso final del artículo 2º de la ley 906 de 2004, pretende incluir en el ordenamiento penal colombiano los elementos de la “detención preventiva administrativa” basada en la existencia de motivos fundados y que la misma no supere las treinta y seis horas.

Para la demandante esa posibilidad vulnera no sólo el artículo 28 constitucional, sino también los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la materia, los cuales en su criterio deben ser interpretados con un alcance amplio que respete el principio *pro homine*, contrariamente a lo que, afirma, aconteció en la sentencia C-024 de 1994 donde la Corte analizó el artículo 30 del Código Nacional de Policía.

#### **IV. INTERVENCIONES**

##### **1.- Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia**

El Ministerio del Interior y de Justicia, actuando a través de apoderado, solicita la declaratoria de exequibilidad del inciso final del artículo 2º de la ley 906 de 2004. Lo anterior porque i) considera que lo estipulado en el inciso acusado debe ser interpretado sistemáticamente con otras normas del nuevo Código de Procedimiento Penal, y ii) porque la disposición acusada es plenamente acorde con el artículo 28 de la Constitución y con el articulado de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

El interviniente plantea que la disposición acusada debe analizarse en concordancia con el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal que en su criterio desarrolla la noción de “*motivos fundados*” del artículo 2º demandado y establece mediante la estipulación de causales, en qué deben consistir los mencionados motivos. Así, en su opinión, se encuentra suficientemente garantizado que la restricción del derecho a la libertad personal, se autorice de manera excepcional sin el mandamiento

escrito emitido por un juez, pues ello se da solamente bajo la condición del cumplimiento de requisitos de ley.

Precisa que del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, se desprende que la posibilidad de la Fiscalía de ordenar capturas, se aplica únicamente a los casos en que la detención preventiva es procedente. Esto es, a los delitos a los que el artículo 313 del nuevo Código de Procedimiento Penal se refiere.

Concluye que el análisis concordado de las normas aludidas reafirma el carácter excepcional y racional de la captura realizada por la Fiscalía, la que, en cumplimiento de los condicionamientos emanados de las mismas normativas penales, no sólo se ajusta al artículo 28 superior, sino que se debe entender como una herramienta que *“...se enmarca dentro del fortalecimiento de la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación y de su lucha contra la criminalidad”*.

Por otro lado, el interviniente se acoge a lo dicho por esta Corporación en la sentencia C-024 de 1994, en la que a partir de los artículos 9-3 y 9-4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de los artículos 7-5 y 7-6 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se concluyó que el control de legalidad de las capturas podía ser posterior a la realización de la misma, pues el fondo de las preceptivas internacionales hace relación a que la persona detenida debe ser llevada prontamente ante el juez, para que éste resuelva perentoriamente su situación; pero no se establece, en estos instrumentos internacionales la directriz ineludible que toda privación de la libertad debe ser efecto de una orden judicial.

A lo anterior agrega, que el mismo artículo 28 de la Constitución en su inciso final establece la excepción a la regla general consistente en que nadie puede ser detenido sino en virtud de la orden de un juez. De ahí que, se plantee en el escrito del Ministerio, que es la voluntad del propio constituyente la que ha respaldado tanto la posibilidad de practicar capturas sin orden judicial, como las restricciones que esta alternativa tiene en aras de preservarla como una excepción especialísima. En apoyo de esto, cita apartes de la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, mediante la cual se adoptó el nuevo Código de Procedimiento Penal, en los cuales se hace énfasis en que *“[e]l juez de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial...”*, y en que el capturado deberá ponerse a disposición de éste para que a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la detención, ejerza el control que le corresponde.

## **2. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.**

El Presidente del Instituto en mención, atendiendo la invitación hecha por la Corporación allegó a la Secretaría de esta Corte, el concepto suscrito por el doctor José Fernando Mestre Ordoñez donde solicita a la Corte declarar exequible el aparte demandado del artículo 2º de la Ley 906 de 2004.

El interviniente destaca que en el artículo 116 de la Constitución, dentro del listado de entes estatales administradores de justicia, incluye a la Fiscalía General de la Nación. Además de las facultades otorgadas a la Fiscalía en el numeral 2º del artículo 250 constitucional se infiere, según su parecer, que la orden del fiscal en aquellos casos, “...*constituye mandamiento escrito de autoridad judicial competente* [pues], [a]ceptar lo contrario sería decir que el numeral mencionado es ‘*inconstitucional*’ ...”.

A partir de lo anterior el interviniente concluye que la Fiscalía General de la Nación no es una autoridad administrativa, sino una autoridad judicial dentro del esquema del sistema penal imperante. Por ello, considera que las capturas ordenadas por los fiscales no adolecen del requisito referente a tener origen en un mandamiento escrito de una autoridad judicial competente. Agrega también que, según el artículo 534 de la ley 600 de 2000, se deberá entender como funcionario judicial al fiscal o al juez, para efectos de la estructura de nuestro sistema penal.

El segundo argumento, se ampara en el contenido de los artículos 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, para afirmar que estas disposiciones resaltan “...*la reserva de ley, el respeto al principio de legalidad para estos asuntos pero no se limita la libertad de configuración normativa que tiene el legislador para la regulación del asunto, salvo la prohibición de arbitrariedad consagrada en el numeral 7.3.*” del mencionado artículo 7 de la Convención. Así mismo, asevera el interviniente que la jurisprudencia interamericana ha considerado que “...*el legislador está limitado por los principios de razonabilidad y proporcionalidad y el respeto por la presunción de inocencia. (...)* [Siendo éstas] *las únicas limitaciones que tienen los estados suscriptores de la Convención para configurar su sistema de privación de libertad en sus constituciones y sus leyes.*”

Concluye entonces que el requisito consistente en el mandamiento escrito de origen judicial, se satisface plenamente en el supuesto del artículo acusado, pues el último inciso del artículo 28 superior permite concluir que en principio, para la emisión de dicho mandamiento escrito, “...*la competencia está asignada a los jueces de control de garantía, pero supletivamente el inciso le permite a la fiscalía proferir la orden*”. Finalmente, dice el interviniente que el artículo demandado es casi una repetición textual del numeral 1º del artículo 250 de la constitución, y que

por ese solo hecho, “[e]ste sería un argumento suficiente para declarar la exequibilidad de la norma”.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, designada por el Procurador General de la Nación mediante la Resolución 013 de 2005, para rendir concepto dentro del proceso de la referencia, en virtud del impedimento que éste planteara a esta Corporación, allegó a la Secretaria de la Corte el concepto No. 3763 del 24 de febrero de 2005. En dicho escrito solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de exequibilidad condicionada del aparte acusado del artículo 2° de la Ley 906 de 2004, en el sentido de dejar la norma en el ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que “...*la Fiscalía para ejercer la atribución excepcional de capturar debe proferir el respectivo mandamiento escrito*”. Junto a ello, solicita igualmente que la interpretación anterior se extienda al artículo 300 de la misma ley, que si bien no fue demandado, desarrolla el aparte acusado del artículo 2° en mención.

La Vista Fiscal desarrolla el análisis respondiendo a dos cuestiones principales. Si el carácter de la Fiscalía General de la Nación como ente perteneciente a la Rama Judicial fue modificado mediante el Acto Legislativo 3 de 2002, luego si sus funciones son administrativas o judiciales en el nuevo sistema penal; y si la posibilidad que la Fiscalía realice capturas sin mandamiento escrito del juez está estipulada de acuerdo a las garantías que, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, deben ser atendidas por los Estados para respetar el derecho fundamental a la libertad personal.

Sobre lo primero considera el Ministerio Público, que de conformidad con los artículos 116 y 249 de la Constitución, la Fiscalía General de la Nación, es un ente de la rama judicial del poder público. Estas disposiciones constitucionales son claras y “...[s]i bien es cierto que mediante esta reforma constitucional [Acto Legislativo 3 de 2002] algunas de las facultades que el Constituyente de 1991 le atribuyó a la Fiscalía General y que tenían un carácter eminentemente jurisdiccional se suprimieron o limitaron, ello no significa que dicho organismo hubiese mudado su naturaleza de órgano perteneciente a la rama judicial”. Además, “...es claro que la intención del constituyente derivado fue la de modificar el sistema penal pero sin alterar la adscripción del ente investigativo a la rama judicial del poder público. Por tanto, antes y después del Acto Legislativo N° 3 de 2002, la Fiscalía General de la Nación es y sigue siendo un ente de la rama jurisdiccional”. Por ello, concluye que las capturas realizadas por la Fiscalía en virtud del artículo acusado no tienen el carácter de administrativas pues los funcionarios de dicha entidad son funcionarios

judiciales. En este sentido el presupuesto del que parte la demandante es errado, y el requisito del mandamiento escrito de origen judicial para realizar capturas, del artículo 28 superior, no se vulnera.

Ahora bien, la Vista Fiscal plantea que aclarado lo anterior, resta determinar si la posibilidad normativa demandada vulnera las garantías constitucionales e internacionales que se exigen para la restricción del derecho a la libertad personal. Según su parecer, la facultad que prescribe el último inciso del artículo 2° de la Ley 906 de 2004, para los fiscales coincide con la norma de rango constitucional (inciso final del numeral 1° del art 250 C.N), que faculta a la ley para que regule la competencia excepcional de la Fiscalía para realizar capturas.

De igual manera explica que, el estatus de funcionarios judiciales de los fiscales, así como el arreglo que tienen el procedimiento y los requisitos que se deben cumplir para que los fiscales puedan realizar capturas, respecto de las normas internacionales y la misma Constitución, no permiten concluir que la norma acusada sea inconstitucional. Pues, en su opinión, existe un procedimiento establecido por la ley para la privación de la libertad de los ciudadanos, y contenido entre otros en el mismo inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 y en el artículo 300 de la misma, tal como lo exigen los artículos 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, tanto el procedimiento como los requisitos del derecho interno, dan cuenta de la prohibición expresa de practicar detenciones arbitrarias, estipulada en las preceptivas internacionales mencionadas.

Por último, aclara el Ministerio Público que en complemento de las normas internacionales, el artículo 28 constitucional plantea no sólo la reserva judicial para ordenar una captura, sino también el requisito consistente en que dicha orden se de por escrito (mandamiento escrito). De ahí, que la Vista Fiscal solicite a esta Corporación que el inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004, sea declarado exequible bajo el entendido que la Fiscalía al hacer uso de esta facultad excepcional de practicar capturas deberá emitir una orden escrita en dicho sentido. En apoyo de lo anterior expresa la Procuraduría, que debe tenerse en cuenta que ni la disposición acusada, ni la que la desarrolla, es decir el artículo 300 de la misma ley, hacen referencia explícita a que dentro de los requisitos de esta facultad excepcional se halle que la orden deba ser escrita. Aunque, llama la atención sobre el hecho que, de una de las lecturas posibles de lo dispuesto en el artículo 28 de la Carta se entendería que la realización de la captura por orden de un fiscal y no de un juez, no exime al primero del mandamiento escrito. Pues, la alternativa se basa en el origen del mandamiento (juez o fiscal) y no en la existencia o inexistencia de éste. A su turno – continúa -, esta es una lectura posible. Otra sería aquella que supondría que la norma acusada autoriza la

realización de capturas a la Fiscalía en ausencia de un mandamiento escrito, cualquiera sea el origen de éste. Por ello, considera prudente el Ministerio Público que se incluya en la orden de la Corte que no obstante la facultad asignada a la Fiscalía es constitucional, debe entenderse que para hacer uso de ella, el mismo Fiscal debe ordenarlo por escrito.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las normas demandadas hacen parte de una Ley de la República.

### 2. La materia sujeta a examen

Para la demandante las expresiones *“y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”* contenidas en el inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004<sup>2</sup>, vulneran el artículo 28 de la Constitución, según el cual nadie puede ser detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En su criterio dicha norma desconoce la reserva judicial que la Constitución dispone para las restricciones al derecho a la libertad personal y es contraria a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Colombia. Así mismo que con ella se pretende incorporar en la normatividad penal la figura de la “detención administrativa”.

El interviniente en representación del Ministro de Interior y de Justicia, considera que lo estipulado en el mencionado artículo 2° de la Ley 906 de 2004 debe entenderse en armonía con otros artículos de la misma ley que concretan la noción de motivos fundados a que en él se alude y específicamente los artículos 300 y afirma que en tanto la Fiscalía General de la Nación es un órgano judicial mal puede señalarse que en este caso se establezca un mecanismo de detención administrativa. Igualmente considera que la norma acusada en manera alguna desconoce las disposiciones internacionales de derechos humanos.

---

<sup>2</sup> En las capturas en flagrancia **y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito,** el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

El interviniente en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal afirma que la demandante parte de un supuesto errado pues los fiscales, a diferencia de lo que aquella plantea, son según la Constitución funcionarios judiciales y no administrativos. Precisa que al respecto los artículos 116 y 249 de la Carta son claros. Afirma igualmente que atendiendo el contenido de los artículos 9º del Pacto Interamericano de Derechos y 7º de la Convención Americana de Derechos y del inciso final del artículo 28 constitucional, no se encuentra que la disposición acusada tenga reproche alguno de constitucionalidad y que por el contrario, ésta da cuenta de todas las garantías exigidas en el ordenamiento interno e internacional para restringir la libertad personal.

El Ministerio Público, explica que resulta erróneo considerar en el esquema del nuevo procedimiento penal que la Fiscalía es una autoridad administrativa. Las normas constitucionales que ubicaron a este ente investigativo en la rama judicial están plenamente vigentes, a pesar de la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se reformó el sistema penal. Por tanto, la modalidad de captura que se impugna no está bajo los supuestos de la captura administrativa, luego no vulnera la reserva judicial en dicho sentido. A firma adicionalmente que el procedimiento establecido en el nuevo sistema para estas capturas, cumple con todos los requisitos que la Constitución y las normas internacionales han dispuesto para permitir la restricción del derecho a la libertad personal. No obstante la falta de estipulación explícita en las regulaciones de la Ley 906 de 2004, de la exigencia que los fiscales emitan por escrito una orden cuando hagan uso de la facultad excepcional de realizar capturas, hace plantear a la Vista Fiscal, que debido a la extrema importancia de la libertad personal, la disposición debería permanecer en el ordenamiento bajo el entendido que si la orden de captura proviene de un fiscal, debe ser expedida previamente por escrito.

Corresponde a la Corte establecer si las expresiones acusadas contenidas en el último inciso del artículo 2 vulneran o no el mandato establecido en el artículo 28 superior según el cual *“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”*, así como las normas internacionales de derechos humanos sobre la materia y en particular si en el presente caso se establece un sistema de “captura administrativa” contraria a la reserva judicial de la libertad.

### **3. Consideraciones preliminares**

Previamente la Corte considera necesario hacer algunas precisiones en torno a i) el artículo 28 superior y la protección constitucional de la libertad personal; ii) la función que cumple la fiscalía General de la

Nación en el nuevo sistema penal y el alcance del mandato contenido en el artículo 250-1 en cuanto a la competencia excepcional de la misma para ordenar capturas; y iii) el contenido y alcance del artículo en que se contienen las expresiones acusadas

### **3.1 El artículo 28 superior y la protección constitucional de la libertad personal**

La Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que el artículo 28 de la Carta Política, representa la cláusula general del derecho a la libertad personal. En el se reconoce de manera clara y expresa que "*Toda persona es libre*"<sup>3</sup>.

La Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Dicha privación o restricción, empero, no puede ser arbitraria<sup>4</sup>. Es por ello que aparte de esta declaración inicial, la norma constitucional alude a una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental.

Así, de acuerdo con el artículo 28 superior, *nadie* puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de *autoridad judicial competente*, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) 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, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles<sup>5</sup>.

Estas reglas, que deben analizarse de manera sistemática, fijan entonces límites precisos tanto sobre los motivos como sobre las condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como, por oposición, las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Ha dicho la Corte:

---

<sup>3</sup> Ver entre otras las sentencias C-397/97 M.P. Fabio Morón Díaz, C-774/01 y C- 580/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>4</sup> Sentencia C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>5</sup> Cabe precisar que mediante Sentencia C-816/04 M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes la Corte declaró inexecutable por vicios de trámite la modificación que se había hecho de dicho artículo con el Acto Legislativo 02 de 2003.

*“(...) El artículo 28 de la C.P., de un modo no taxativo, enumera conductas que atentan contra el núcleo intangible de la libertad personal y que ilustran bien acerca de sus confines constitucionales”<sup>6</sup>:*

En relación con los motivos la norma señala que la privación de la libertad -prisión, arresto, o detención- no podrá darse sino por motivos previamente definidos en la ley. Igualmente precisa que en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto, por deudas.

Establece la Constitución entonces una estricta reserva legal en este campo, al tiempo que señala expresamente una prohibición para el Legislador en relación con la posibilidad de privar a una persona de la libertad por deudas<sup>7</sup>.

Esta manifestación del principio de legalidad en el campo de las limitaciones a la libertad personal debe entenderse necesariamente ligada al concepto de representación democrática. En efecto, por tratarse de un derecho fundamental fundado en el respeto a la dignidad humana, es necesario dotar de plena legitimidad a esas medidas restrictivas que deben consultar el conjunto de valores y principios establecidos en la Constitución y en particular el principio de separación de las ramas del poder público.

Al respecto la Corte ha señalado lo siguiente:

*“Analizados estos requisitos, es claro que la privación o restricción de la libertad que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador.*

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

---

<sup>6</sup> Sentencia C-301/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>7</sup> Ver, entre otras, la Sentencia C-626/98 M.P. Fabio Morón Díaz.

se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal.”<sup>8</sup>

El principio de legalidad se convierte así en una garantía insustituible para la libertad individual, pues ésta sólo podrá ser afectada por los motivos previamente definidos en la ley, y conforme a un procedimiento también previamente señalado en ella, tarea ésta del legislador que además se encuentra limitada y puede ser objeto de control por parte del juez constitucional, pues ha de desarrollarse con el respeto de los postulados y preceptos superiores y específicamente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Ha dicho la Corte:

*"... Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal..."*

*...Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona "se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable" y que quien sea sindicado tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas"...*

*...Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario*

---

<sup>8</sup> Sentencia C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

*equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo..”<sup>9</sup>.*

En cuanto a las condiciones en que puede limitarse el derecho a la libertad personal, el artículo 28 superior señala que *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*” y “*con las formalidades legales*”. La norma precisa además que *en ningún caso podrá haber penas y medidas de seguridad imprescriptibles*.

Al respecto no sobra repetir que la Constitución de 1991 adoptó un régimen de protección de la libertad mucho más preciso que el de la Constitución anterior que establecía en el artículo 23 lo siguiente:

*“Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial.” (subrayas fuera de texto)*

Sobre el particular señaló la Corte que:

*“ La Constitución de 1991, hizo explícito en el artículo 28 que “Toda persona es libre” y, además, precisó que la orden de privación de la libertad debe emitirse no simplemente por autoridad competente, como lo señalaba el artículo 23 de la Constitución anterior, sino por “autoridad judicial competente”, lo cual determina claramente, sin lugar a dudas, a quien se atribuye esa competencia ”<sup>10</sup>.*

El fundamento de este cambio adoptado por el Constituyente fue explicado por la Corte, en sentencia T-490 de 1992 en la que se señaló:

*“...La opción de la libertad que llevó a consagrar el monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza de los jueces, se basa en el principio de la separación de poderes, propio del régimen democrático y republicano. Los jueces son frente a la administración y al propio*

---

<sup>9</sup> Sentencia C -397 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.. Subrayado por fuera del texto original.

<sup>10</sup> Sentencia C- 1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

*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 la autoridad acusadora acabe desempeñando el papel de juez y parte. Si la autoridad administrativa tuviere la potestad de imponer penas de arresto, sin intervención judicial que las autorice (CP art. 28), la protección del derecho a la libertad personal confiada en ésta última se tornaría innecesaria y carecería de efectividad para cumplir su cometido. El reconocimiento de los derechos fundamentales y su limitación y restricción en la práctica, suponen la intervención de una instancia imparcial, que mediante una decisión motivada, proporcional y razonada, concilie los valores e intereses en pugna, permitiendo la judicialización del conflicto social y evitando la exacerbación de la violencia mediante el uso exclusivo de la coacción”<sup>11</sup>.*

Ahora bien, cabe precisar que la reserva judicial de la libertad a que se ha hecho referencia encontró particular refuerzo en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002 en la que, como se analizará más adelante, se estableció que en el nuevo sistema penal por el introducido, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada solamente por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente y solo en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación podrá realizar capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1 C.P).

De otra parte es pertinente recordar que la protección de la libertad encomendada a la autoridad judicial no se limita al mandamiento escrito mediante el cual se puede privar a una persona de la libertad. Una lectura sistemática del artículo 28 muestra que la persona que haya sido detenida preventivamente -en virtud del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley-, 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.

La protección judicial de la libertad tiene entonces un doble contenido, pues no solamente será necesario mandamiento escrito de autoridad judicial competente para poder detener a una persona, sino que una vez se le haya detenido preventivamente en virtud de dicho mandamiento deberá ser puesta a disposición del juez competente, en el menor tiempo

---

<sup>11</sup> Sentencia T-490/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

posible y en todo caso máximo dentro de las treinta y seis horas siguientes<sup>12</sup>.

La única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por el propio Constituyente de 1991 en el artículo 32 superior donde reguló el caso de la flagrancia. En dicho artículo se estableció que “el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado *ante el juez* por cualquier persona”. (destaca la Corte).

En ese caso, si quien efectuó la aprehensión fue un particular, el aprehendido deberá ser llevado de manera inmediata ante la autoridad. No cabe entenderse en efecto que un particular pueda mantener privada de la libertad a otra persona en ninguna circunstancia. Al respecto no sobra recordar, además, que el artículo 32 solamente autoriza a los agentes de la autoridad a perseguir a quien actúa en flagrancia y a penetrar en su domicilio si éste se refugiare en él, para el acto de la aprehensión<sup>13</sup>.

Ahora bien, cabe destacar que aún en estado de excepción el mandato judicial escrito será necesario. Así lo precisó la Ley estatutaria de estados de excepción cuando fijó las condiciones en que puede restringirse el derecho a la libertad en estado de conmoción interior<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Al respecto ver, entre otras, las sentencias C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet y Clara Ines Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

<sup>13</sup> ARTICULO 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

<sup>14</sup> En el numeral f) del artículo 38 de la Ley 137 de 1998 Estatutaria de los estados de excepción -Declarado exequible por la Sentencia C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Diaz -se señala en efecto lo siguiente:

“Artículo 38. FACULTADES. Durante el Estado de Conmoción Interior el Gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas: (...)

f) Disponer con orden de autoridad judicial competente, la aprehensión preventiva de personas de quienes se tenga indicio sobre su participación o sobre sus planes de participar en la comisión de delitos, relacionados con las causas de la perturbación del orden público.

Cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, la autorización judicial previamente escrita podrá ser comunicada verbalmente.

Cuando las circunstancias señaladas en el inciso anterior se presenten y sea imposible requerir la autorización judicial, podrá actuarse sin orden del funcionario judicial. El aprehendido preventivamente deberá ser puesto a disposición de un fiscal tan pronto como sea posible y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término de treinta y seis horas. En este caso deberá informarse a la Procuraduría del hecho y de las razones que motivaron dicha actuación, para lo de su competencia.

En el decreto respectivo se establecerá un sistema que permita identificar el lugar, la fecha y la hora en que se encuentra aprehendida una persona y las razones de la aprehensión.

Solamente, cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, la autorización judicial previamente escrita podrá ser comunicada verbalmente. Y solamente cuando en estas circunstancias excepcionalísimas sea imposible requerir la autorización judicial, podrá actuarse sin orden del funcionario judicial debiéndose poner a la persona a disposición del funcionario judicial tan pronto como sea posible y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes y deberá informarse a la Procuraduría del hecho y de las razones que motivaron dicha actuación, para lo de su competencia.

Así las cosas, en tiempos de normalidad institucional, salvo la excepción a que alude expresamente el artículo 32 superior para el caso de la flagrancia, nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, ni detenido sino por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En estado de conmoción interior igualmente se requerirá mandamiento escrito salvo en flagrancia o en las circunstancias excepcionalísimas a que se ha hecho referencia.

Al respecto la Corte sintetizó recientemente en la sentencia C-237 de 2005 los anteriores presupuestos cuando señaló que *“la cláusula general de la libertad personal así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6 , 17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona ( cláusula general ) , su privación a través de autoridad judicial competente ( límite ) ; además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia ( excepción ) ”*<sup>15</sup>

---

La respectiva autoridad judicial deberá registrar en un libro especial, que para estos efectos deberá llevar la pertinente orden escrita, indicando la hora, el lugar y el motivo, los nombres de las personas afectadas con dicha orden y la autoridad que lo solicita;” (subrayas fuera de texto)

<sup>15</sup>En dicha sentencia expresó la Corte lo siguiente:

***“I. La Libertad Personal en el Estado Social de Derecho y el Principio de Reserva Judicial.*** *La libertad personal comprende “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”.*<sup>15</sup>

*Pues bien, un logro fundamental del Estado de Derecho fue obtener el respeto de la libertad personal. Característica que se ha trasladado al Estado Social de Derecho. Dicho derecho fundamental ha vivido un proceso de constitucionalización que también ha tocado los convenios y tratados internacionales.*<sup>15</sup>

*En efecto, en vigencia del “ Antiguo Régimen “ existía una confusión de poderes al interior del Estado, lo que permitía que quien detentaba el poder dispusiera a su antojo de los derechos fundamentales de las personas , en especial de la libertad personal. No obstante, fruto de las revoluciones liberales, en especial de la Revolución francesa , dicho poder absoluto fue dividido y se establecieron controles con el propósito de evitar nuevos abusos.*<sup>15</sup>

Ha de concluirse sobre este punto que la intervención judicial se convierte entonces en importante garantía de la libertad, pues en último análisis será el juez el llamado a velar por el cumplimiento y efectividad de los mandatos constitucionales y legales en cada caso en particular. La

---

*Así las cosas, en relación con la libertad personal, se excluyó la posibilidad de que el gobernante decidiera acerca de la libertad personal y dicha facultad, de hacer relativo el derecho fundamental, se trasladó a la rama del poder que administraba justicia.*

*Pues bien, la cláusula general de la libertad personal así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6, 17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona ( cláusula general ), su privación a través de autoridad judicial competente ( límite ); además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia ( excepción ).*

*El respeto por los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución, por los parámetros señalados en los principios del Estado Colombiano y por los fines del mismo, conllevan a que en determinados eventos se limite el derecho fundamental a la libertad personal y en consecuencia se prive o restrinja de éste a un ser humano.*

*En consecuencia, en aras del respeto indicado, la propia Constitución determinó los requisitos indispensables para poder privar o restringir la libertad personal; estos consisten en : i. Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii. Ajustado a las formalidades legales y iii. Por motivos previamente determinados por la ley.*

*En este orden de ideas, se estructura el límite a la libertad personal basado en mandamiento escrito proveniente de autoridad judicial competente, con el lleno de las formalidades legales y por motivos previamente establecidos en la ley. En efecto, los motivos no pueden ser otros que los autorizados por la ley, y la autoridad no puede ser distinta de aquella que tenga competencia para ordenarla.*

*De lo expuesto, es claro que la Constitución establece una **reserva judicial** que beneficia al derecho fundamental a la libertad personal, debido a la exigencia de los requisitos ya señalados. Así las cosas, sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente.*

*Por ende, dicha **reserva judicial**, no es sino el resultado de la tridivisión del poder al interior de un Estado Democrático, en el cual se excluye la posibilidad que una autoridad administrativa limite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado Colombiano.*

***En resumen se puede afirmar, que la privación de la libertad, a través de la captura, entendida como el acto material de aprehensión que puede realizarse durante o después de un proceso, encuentra fundamento constitucional en el artículo 28 de la Carta Política que, a su vez, determina las garantías que deben rodearla. Es decir, la detención de una persona sólo procede (1) por motivos previamente definidos en la ley, (2) con acatamiento de las formalidades legales y (3) por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Con ello puede concluirse que la Carta establece una estricta reserva judicial en materia de libertad personal.***<sup>15</sup>

*No obstante, existiendo la reserva judicial mencionada como principio, se presenta la excepción a la exigencia del “mandamiento escrito de autoridad judicial competente”: consistente en la captura en flagrancia regulada por el artículo 32 Constitucional.” Sentencia C-237/05 M.P. Jaime Araujo Rentería.*

libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones precisamente porque es al juez a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene.

### **3.2 La función que cumple la fiscalía General de la Nación en el nuevo sistema penal y el alcance del mandato contenido en el artículo 250-1 en cuanto a la competencia excepcional de la misma para ordenar capturas**

La Corte en las sentencias C-873 de 2003<sup>16</sup> y C-591 de 2005<sup>17</sup> hizo un extenso análisis tanto de los elementos esenciales y las principales características del nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, como de los parámetros de interpretación aplicables a las normas dictadas en desarrollo de dicha reforma, al cual resulta necesario remitirse.

De la síntesis efectuada en las referidas sentencias reiterada en decisiones posteriores<sup>18</sup> es pertinente destacar, para efectos del presente proceso las consideraciones hechas sobre la función que cumple la Fiscalía General de la Nación en el nuevo sistema penal de acuerdo con el artículo 250 de la Carta tal como quedó reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002, función que es sustancialmente distinta a la señalada en el sistema original de 1991. Así mismo los análisis hechos sobre la relevancia que en el nuevo sistema se da a la función que cumple el Juez de control de garantías en materia de reserva judicial de la libertad, así como el establecimiento por el Constituyente derivado de límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.

Al respecto la Corte puso de presente los siguientes elementos:

Sobre la función de la Fiscalía y su nueva situación en el marco de un sistema penal en el que se adelanta un “juicio público, oral, con

---

<sup>16</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>17</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández .

<sup>18</sup> En las referidas sentencias C-873 de 2003 y C-591 de 2005 la Corte hizo algunas precisiones, no exhaustivas sino meramente enunciativas, sobre: i) las nuevas funciones de la fiscalía ii) las fuentes del derecho aplicables; iii) los principios fundamentales que rigen el proceso iv) los actores que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal; (v) los rasgos estructurales del nuevo procedimiento penal; (vi) los poderes atribuidos a quienes participan en el mismo; y los parámetros para la interpretación de las normas del nuevo Código de procedimiento Penal. Ver Sentencia C-592/05 M.P. Alvaro Tafur Galvis

inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” expresó la Corte los siguiente:

*“La función de la Fiscalía a partir de la introducción del Acto Legislativo aludido es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación; precisa el texto constitucional que éste cometido general es una obligación de la Fiscalía, la cual no podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de oportunidad –el cual deberá haberse regulado en el marco de la política criminal del Estado colombiano, y tendrá control de legalidad por el juez de control de garantías -. Se señala, además, que los hechos objeto de investigación por parte de la Fiscalía pueden ser puestos en su conocimiento por denuncia, petición especial, querrela o de oficio; y que quedan excluidos de su conocimiento, tal como sucedía bajo el esquema de 1991, los delitos cobijados por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales.*

*Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente. Respecto de éste último, precisa el nuevo texto constitucional que debe ser distinto al juez de conocimiento del proceso penal correspondiente. A pesar de lo anterior, el mismo numeral 1 del nuevo artículo 250 permite que la Fiscalía, si es expresamente autorizada para ello por el legislador, imponga directamente, en forma excepcional, un tipo específico de medida restrictiva de la libertad orientada a garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal: la captura, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley. Ahora bien, por tratarse de una medida restrictiva de los derechos del procesado, esta actuación excepcional de la Fiscalía está sujeta a control judicial por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Sin embargo, se reitera que esta es una excepción a la regla general según la cual éste tipo de medidas deben ser impuestas por decisión del juez de control de garantías.*

iii) *la Fiscalía General de la Nación podrá imponer, en el curso de las investigaciones que realice, las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones. No se requiere, en el nuevo texto constitucional, autorización judicial previa para ello; pero sí se someten a un control judicial posterior automático, por parte del juez que cumpla la función de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.*

iv) *El numeral 3 del nuevo artículo 250 constitucional asigna una función específica a la Fiscalía que no estaba prevista expresamente en el texto de 1991, a saber, la de “asegurar los elementos materiales probatorios”, para lo cual deberá garantizar la cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción de tales pruebas. Asimismo, establece una regla general no prevista en el esquema de funciones original de 1991: en caso de requerirse medidas adicionales para asegurar tales elementos materiales probatorios, que impliquen afectación de derechos fundamentales, se deberá contar con autorización judicial por parte del juez que ejerza la función de control de garantías.*

v) *Se mantiene la función de la Fiscalía de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” – acusación que no es vinculante para el juez.*

vi) *El numeral 5º, tal como fue modificado por el Acto Legislativo, despoja a la Fiscalía General de la Nación de la función de declarar precluidas las investigaciones penales en los casos en que no exista mérito para formular una acusación, atribución que le había sido asignada por el numeral 2 del artículo 250 original, en virtud del cual era la Fiscalía la encargada de “calificar y declarar precluidas” dichas investigaciones. Ahora, la función de decidir sobre la preclusión corresponde al juez de conocimiento de la causa correspondiente, por regla general a petición de la Fiscalía; la reforma constitucional también deja en claro que la decisión de declarar la preclusión de una investigación penal únicamente podrá adoptarse de conformidad con lo dispuesto en la ley.*

vii) *El numeral 6 del artículo 250 reformado señala que corresponde al juez de conocimiento de cada proceso adoptar las medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas del delito, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados, a solicitud de la Fiscalía. En tanto que en el numeral 7 del artículo 250 reformado se mantiene en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la*

*función de velar por la protección de las víctimas, los testigos y las demás personas que intervienen en el proceso penal, pero se adiciona a esta lista a los jurados, que ahora intervendrán en la función de administrar justicia en el ámbito criminal<sup>19</sup>.*

Sobre el papel del juez de garantías ha expresado igualmente la Corte:

*“Con respecto a los **actores** que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal, se resalta que el nuevo esquema constitucional prevé la intervención (a) del imputado, (b) del Fiscal, (c) del Juez de conocimiento de la causa, (d) del Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la Nación, (e) del juez de control de garantías, y (f) de los jurados, encargados ahora de administrar justicia en forma transitoria en los términos que señale la ley. Así mismo, el Acto Legislativo faculta al Legislador para fijar los términos precisos en los cuales (g) las víctimas del delito habrán de intervenir en el proceso penal<sup>20</sup>.*

*Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías<sup>21</sup>. Destaca así que una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, ( i ) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; ( ii ) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y ( iii ) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los*

---

<sup>19</sup> Ver Sentencia C-873/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>20</sup> Ibidem

<sup>21</sup> Ver Sentencia C-1092/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis

*sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.*”<sup>22</sup>

Sobre las finalidades límites y condiciones de la restricción de la libertad en el nuevo sistema igualmente ha señalado lo siguiente:

*“El poder de coerción sobre quienes intervienen en el proceso penal fue objeto de una clara reforma por el Constituyente derivado, en la medida en que bajo el nuevo sistema, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada por un juez, a saber, el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente. Ahora bien, a pesar de que en el nuevo sistema la regla general es que sólo se podrá privar de la libertad a una persona por decisión judicial, se mantiene la posibilidad de que en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación realice capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1, modificado); pero resalta la Corte que ésta es una hipótesis claramente excepcional. Así mismo, en el nuevo esquema se establece que las medidas que afecten la libertad solicitadas por el Fiscal al juez de control de garantías, únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales.”*<sup>23</sup>

De dichas consideraciones se desprende para efectos del presente proceso i) que en el nuevo sistema penal el papel atribuido a la Fiscalía General de la Nación fue transformado sustancialmente y que aun cuando el Acto Legislativo 03 de 2002 la mantuvo dentro del poder judicial, el Constituyente derivado instituyó al juez de control de garantías como el principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos al control de dicha autoridad judicial independiente; ii) que en ese orden de ideas el juez de control de garantías en el nuevo ordenamiento penal es la autoridad judicial competente a que alude el inciso primero del artículo 28 superior, y que es de él de quien debe provenir el mandato escrito y de

---

<sup>22</sup> Ver Sentencia C-592/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>23</sup> Ver Sentencia C-591/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

quien se pregona la reserva judicial para restringir el derecho a la libertad de las personas. El Fiscal, es una autoridad que en principio no es competente para dicho asunto. Pero, en atención al tercer inciso del numeral 1° del artículo 250 de la Carta, puede llegar a serlo, pues se señala que la Ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas, pero ello solamente, si el ejercicio de dichas competencias se enmarca en dicho presupuesto de excepcionalidad; iii) la finalidad misma de la captura en el proceso penal fue objeto de una transformación en el nuevo sistema en el que se fijaron límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.

Ahora bien, cabe hacer énfasis en que la posibilidad señalada en el tercer inciso del numeral 1° del artículo 250 de la Constitución para que la Ley faculte a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas no puede entenderse como el mantenimiento en cabeza de dicho organismo de una competencia que expresamente quiso dejarse en cabeza de una autoridad judicial de la que se predicara autonomía e imparcialidad en el desarrollo del proceso penal dentro del nuevo sistema, como se desprende claramente de los apartes respectivos de la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en el Acto Legislativo 03 de 2002 y de los debates que para su aprobación se resurtieron en el Congreso<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> en la exposición de motivos se señaló en efecto al respecto:

*“De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos.*

*Por ello, en el proyecto se instituye un conjunto de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, mecanismos estos previstos de manera escalonada a lo largo de la actuación y encomendados a los jueces de control de garantías.*

*Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior.*

*El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial y, en especial, tendrá la facultad de decidir sobre la imposición de las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o partícipe de la conducta que se indaga.*

*De otra parte, armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se*

En ese orden de ideas si el desarrollo legal de dicha posibilidad no comporta verdaderos elementos de excepcionalidad y por el contrario permite convertir en regla general la excepción así establecida, se contrariaría evidentemente el artículo 250-1 superior.

### **3.3. El contenido y alcance del artículo en que se contienen las expresiones acusadas**

Las expresiones acusadas se encuentran contenidas en el último inciso del artículo 2 de la ley 906 de 2004, artículo que hace parte del título preliminar sobre “Principios Rectores y Garantías Procesales” del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con el primer inciso del referido artículo 2°, “Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”.

En el segundo inciso se señala que “el juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada”.

Por su parte el tercer inciso de dicho artículo -en el que se contienen las expresiones acusadas- señala que “En las capturas en flagrancia y *en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito*, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

Dicho artículo y particularmente el inciso donde se contienen las expresiones acusadas resulta pertinente concordarlo con el numeral 7 del

---

*pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.”* Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002.

artículo 114<sup>25</sup>, el parágrafo del artículo 297<sup>26</sup> y el artículo 300<sup>27</sup> de la Ley 906 de 2004 en los que se alude igualmente a la competencia excepcional de la Fiscalía General de la Nación para ordenar capturas.

Empero es claro para la Corte que en cuanto se trata de una norma que hace parte del título preliminar sobre “Principios Rectores y Garantías Procesales” del Código de Procedimiento penal y cuyo contenido normativo es autónomo, bien podría llegar a interpretarse en el sentido de servir de base a la Fiscalía General de la Nación -independientemente de lo señalado en los referidos artículos 114, 297 y 300- para ordenar capturas en los términos en él señalados, a saber cuando *“la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”*.

#### **4. El análisis de los cargos**

##### **4.1. El análisis del cargo por la supuesta vulneración del artículo 28 superior y específicamente por la vulneración de la reserva judicial de la libertad**

Para la demandante con las expresiones acusadas se desconoce la reserva judicial de la libertad establecida en el artículo 28 superior, al tiempo que se pretende establecer en la normatividad penal un tipo de “detención administrativa” basada en la simple existencia de “motivos fundados”.

---

<sup>25</sup> ARTÍCULO 114. ATRIBUCIONES. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones: (...)

7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

<sup>26</sup> Artículo 297 (...)

PARÁGRAFO. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías

<sup>27</sup> ARTÍCULO 300. CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente órdenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales:

1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia.
2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.”

Al respecto la Corte señala que como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia, la Constitución establece efectivamente en el artículo 28 superior una clara reserva judicial de la libertad al señalar que *“Toda persona es libre”*, que *“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”* Así como que *“la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.”*

Así mismo que como igualmente ya se explicó en el nuevo sistema penal acusatorio la función atribuida a la Fiscalía General de la Nación fue transformada sustancialmente y que aun cuando el Acto Legislativo 03 de 2002 la mantuvo dentro del poder judicial (art 116 y 249 C.P.), el Constituyente derivado instituyó al juez de control de garantías como el principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos al control de dicha autoridad judicial independiente por lo que en ese orden de ideas el juez de control de garantías en el nuevo ordenamiento penal la autoridad judicial competente a que alude el inciso primero del artículo 28 superior, y que es de él de quien debe provenir el mandato escrito y de quien se pregona la reserva judicial para restringir el derecho a la libertad de las personas.

El Fiscal, es una autoridad que en principio no es competente para dicho asunto. Pero, en atención al tercer inciso del numeral 1° del artículo 250 de la Carta, puede llegar a serlo al señalarse que la Ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas, pero ello solamente, si el ejercicio de dichas competencias se enmarca en dicho presupuesto de excepcionalidad.

No se puede predicar entonces la vulneración del artículo 28 superior por el solo hecho de que la Ley asigne a la Fiscalía General de la Nación la posibilidad excepcional de ordenar capturas. El tercer inciso del numeral 1° del artículo 250 de la Carta así lo autoriza y desde esta perspectiva mal puede vulnerar la Constitución esta circunstancia. Menos aún puede afirmarse que en este caso se esté estableciendo una forma de detención administrativa pues como ya se explicó y lo destacan varios de los intervinientes la Fiscalía General de la Nación, continua siendo en el nuevo sistema penal una autoridad judicial (art 116 y 249 C.P.)<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> ARTÍCULO 116.— Reformado. Acto Legislativo No. 03 de 2002. ART. 1°

Ahora bien, lo que resulta relevante, es si la atribución hecha al Fiscal General de la Nación o a su delegado para proferir capturas por el Legislador en la norma acusada se enmarca o no dentro del presupuesto de excepcionalidad al que claramente se condicionó por el Constituyente derivado la posible atribución por el Legislador de la referida competencia.

En este sentido procede la Corte a efectuar el análisis aludido para el caso específico de las expresiones acusadas en el presente proceso.

## **2. El desconocimiento del carácter excepcional de la competencia atribuida a la Fiscalía General de la Nación por el artículo 250 -1 de la Constitución**

Como se puso de presente en los apartes preliminares de esta sentencia la competencia que eventualmente podría ser atribuida a la Fiscalía General de la Nación por el Legislador para efectuar capturas en el nuevo sistema penal fue claramente definida por el Constituyente derivado como excepcional.

En este sentido el análisis de las disposiciones acusadas debe tener en cuenta particularmente este carácter preciso con que el Constituyente derivado fijó la posibilidad de que el Legislador pudiera facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas. Posibilidad que lógicamente debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente definidos en la ley y que lógicamente no pueden ser menos que los que se exigen al juez de control de garantías como autoridad judicial competente de ordinario para el efecto.

Al respecto cabe precisar que si bien el fiscal es una autoridad judicial y en los casos específicos que señale la ley, la autoridad competente para efectuar excepcionalmente una detención, ello solo puede serlo en situaciones con unas características de determinación claras y definidas.

---

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. (...)

**ARTÍCULO 249.**— La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

Téngase en cuenta que las condiciones del ejercicio de las competencias deben estar precisamente establecidas en la ley y con mayor razón aún si se trata de facultades excepcionales. Así mismo que de lo que se trata en este caso es de nada menos que de la restricción de la libertad, por lo que los motivos y condiciones para proceder a una captura en estas circunstancias deben estar expresos en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordenen la captura.

Ahora bien, la Corte constata que las expresiones “*En las capturas (...) en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.*” dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuirse a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas según el Acto Legislativo 03 de 2002. La amplitud e indeterminación de las expresiones “*existiendo motivos fundados*” y “*razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito*”, al tiempo que contradicen el principio de legalidad (art 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a “*motivos fundados*” los cuales siempre pueden existir, y a “*motivos razonables*” que comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado.

En este sentido las disposiciones acusadas bien pueden entenderse en el sentido de convertir en regla general lo que para el Constituyente fue claramente una excepción.

Para la Corte no cabe como lo señalan algunos de los intervinientes entender que la indeterminación a que se ha aludido puede superarse concordando las expresiones acusadas con los mandatos contenidos en los artículos 114-7 y 300 de la misma ley 906 de 2004, pues independientemente de si dichos artículos en si mismos atienden o no el presupuesto de excepcionalidad exigido por el Constituyente, así como si los mandatos en ellos contenidos respetan o no el principio de legalidad, es claro que las disposiciones acusadas tienen una autonomía normativa que permite que las mismas puedan ser aplicadas sin necesidad de acudir a otras normas de la Ley 906 de 2004.

Desde esta perspectiva y por cuanto como se ha visto con ellas se desvirtúa claramente el mandato superior señalado en el artículo 250-1, y se vulnera además del artículo 29 superior, las expresiones acusadas “*y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo*

*motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito” serán declaradas inexecutable y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.*

### **3. La inexecutable de las expresiones “En los casos en flagrancia” contenidas en el mismo inciso**

La Corte encuentra que con la declaratoria de inexecutable de las expresiones acusadas el contenido del último inciso del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 quedaría del siguiente tenor:

En las capturas en flagrancia (...), el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

Ahora bien, dado que la Constitución (art 32 C.P.) señala que el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado *ante el juez* -ha de entenderse inmediatamente-, por cualquier persona -y en consecuencia también por la Fiscalía- y que dentro del mismo Código de Procedimiento Penal se regula concretamente el tema de la flagrancia (arts 301 a 303 de la Ley 906 de 2004) y se señala que dicha persona detenida en flagrancia se deberá poner a disposición del juez inmediatamente, deben ser dichas normas las que se tomen en cuenta para regular el tema de la detención en flagrancia por parte de la Fiscalía, en tanto de ellas se desprenden unos criterios precisos que atienden al carácter de inmediatez con que se deberá poner a disposición del juez al capturado en flagrancia según la Constitución.

En ese orden de ideas, por estar contenido, se reitera, el artículo 2 de la Ley 906 de 2004 en el título preliminar sobre “Principios Rectores y Garantías Procesales” del Código de Procedimiento Penal y para evitar cualquier confusión o interpretación posible en el sentido de no ponerse el detenido en flagrancia inmediatamente a disposición del juez de control de garantías la Corte declarará igualmente la inexecutable de las expresiones “En las capturas en flagrancia”.

Ello claro está en manera alguna puede interpretarse en el sentido de privar a la Fiscalía General de la Nación de la posibilidad de efectuar capturas en flagrancia pues dicha posibilidad existe para cualquier persona y por tanto y con mayor razón para la Fiscalía General, solamente que en atención al mandato señalado en el artículo 32 el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías inmediatamente.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “*En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito*”, contenidas en el inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA  
Presidente  
*AUSENTE EN COMISION*

JAIME ARAUJO RENTERIA  
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA  
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO  
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado  
*CON SALVAMENTO DE VOTO*

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado  
*CON SALVAMENTO DE VOTO*

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO  
Magistrado  
*CON SALVAMENTO DE VOTO*

ALVARO TAFUR GALVIS  
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ  
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ  
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL  
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Manuel José Cepeda Espinosa, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ  
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA Y HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-730 DE 2005**

**CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION**-Aplicación de interpretación sistemática/**PRINCIPIO RECTOR EN CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**-No autonomía normativa (Salvamento de voto)

*Se debió interpretar sistemáticamente el enunciado normativo demandado, con los demás artículos de la Ley en comento que regulan la facultad excepcional de la Fiscalía de capturar sin orden previa del juez. Estos artículos, que son el 300 y el 313 del nuevo Código de Procedimiento Penal (L.906/05), prestan la concreción y especificidad por ausencia de la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad en mención. En este orden – a nuestro juicio – los mencionados artículos subsanan el reparo constitucional consistente en que el artículo 2º acusado, deja “abierta la puerta” para que la excepción del artículo 250 de la Carta se convierta en la regla general, haciendo que la regulación del tipo de captura permitida a la Fiscalía sin orden judicial previa, se presente como condicionada a la concurrencia de circunstancias excepcionales. Por ello, no se debió declarar inexecutable el enunciado normativo del artículo demandado. Según la mayoría de la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional, la razón por la cual el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 906 de 2004 demandado, no puede ser interpretado para su aplicación junto con los demás artículos de la misma ley que regulan la captura sin orden judicial previa por parte de la Fiscalía, es que las expresiones del inciso acusado “...tienen una autonomía normativa que permite que las mismas puedan ser aplicadas sin necesidad de acudir a otras normas de la Ley 906 de 2004.” A su vez, el fundamento en el que en la presente sentencia se sustenta la mencionada autonomía normativa es que – aunque del todo claro – la norma demandada hace parte del Título Preliminar sobre “Principios Rectores y Garantías Procesales”. Encontramos dos falencias en la anterior justificación: (i) del hecho que la norma sea un principio rector del Código de Procedimiento Penal, no se deriva que su contenido normativo sea autónomo frente al resto de disposiciones de dicho Código, y (ii) en la práctica no resulta posible que del alcance de la aplicación del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, se sustraiga a las demás normas que regulan la posibilidad de la Fiscalía de capturar sin orden judicial previa.*

**PRINCIPIO LEGAL**-Concepto/**PRINCIPIO LEGAL**-Función (Salvamento de voto)

*Referente a los principios legales se encuentra que están revestidos por el mismo carácter general, orientador e inspirador. Ahora bien, cuando el contenido de los principios legales obedece a objetivos específicos que el legislador ha tomado de la Constitución – como es el caso -, su función orientadora e inspiradora tiene un ámbito determinado. En primer lugar sirven a las otras normas legales de guía interpretativa inmediata, pues son los objetivos más próximos a los que dichas normas se dirigen. En segundo, fundamentan medidas para el logro de estos objetivos trazados en la Constitución. En consecuencia, estos principios legales avalan o descartan tanto interpretaciones como atribuciones a partir de su relación con las normas a las que le sirven de guía. Prestan a las disposiciones a las que inspiran, validez interpretativa cuando ellas se derivan de dichos principios y en caso contrario desvirtúan la mencionada validez.*

**CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL-Condicion** para la procedencia en nuevo procedimiento penal (Salvamento de voto)

*Consideremos inexacta la afirmación según la cual la posibilidad de realizar capturas de la Fiscalía sin orden previa de juez, fue regulada en la Ley 906 de 2005 bajo las condiciones de existencia de motivos fundados y razonable carencia de oportunidad para solicitar la mencionada orden del juez. Esta posibilidad estipulada en el artículo 250 de la Carta fue regulada por el legislador de manera diferente. Así pues, se le dio viabilidad en el nuevo procedimiento penal frente a los siguientes condiciones: (i) cuando existan motivos fundados para inferir, a) que determinada persona ha participado en la conducta investigada, b) que la persona va a evadir la acción de la justicia, c) que la persona representa peligro para la comunidad (o para las víctimas, art 296 L.906/04), o d) que la persona pueda obstruir la investigación. (ii) En los eventos en que proceda la detención preventiva, esto es, en los tres tipos de delitos que contempla el artículo 313 de la Ley 906/04. Y (iii) que el Fiscal se encuentre frente a una situación tal, que no tenga oportunidad de solicitarle al juez el mandamiento escrito. Si no se dan las anteriores condiciones, los Fiscales no están autorizados para realizar capturas sin orden previa del juez.*

**CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL-Eficacia** en la tarea de persecución penal (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-5442

Magistrado Ponente:  
Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala, los suscritos Magistrados proceden a sustentar el salvamento de voto manifestado en la Sala Plena respecto de la sentencia C-730 de 2005.

2.- En dicha providencia se resolvió excluir del ordenamiento jurídico los apartes normativos del artículo 2° del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en los cuales se daba cuenta de la posibilidad constitucional de la Fiscalía General de la Nación de realizar capturas sin orden previa del juez de garantías. Los mencionados enunciados normativos – que a continuación de subrayan - disponían lo siguiente:

*En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.*

3.- La mayoría de la Sala Plena, fundamentó la declaratoria de inexequibilidad en los siguientes argumentos:

- (i) En el sistema normativo colombiano existe una estricta reserva judicial para el ejercicio legítimo de la privación de la libertad por parte de las autoridades. Ésta se debe entender sujeta a la idea de representación democrática, por lo que su legitimidad viene dada por el principio de separación de las ramas del poder público. Se cita la sentencia C- 1024 de 2002 en donde se manifiesta que “...es claro que la privación o restricción de la libertad que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador. (...) [Q]ue la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto a los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual” [El énfasis es nuestro]

De ahí que se concluya en la presente sentencia, que el derecho a la libertad personal, “...encuentra (...) sólo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante (...), [pues es a éste] a quien le está

*encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene.”* Luego la estricta reserva judicial en materia de capturas obliga a que sea el juez el que disponga su realización.

- (ii) Como excepción a lo anterior, dentro de la reforma constitucional introducida por el artículo 4° del Acto Legislativo N° 03 de 2002, el inciso tercero del numeral 1° del artículo 250 de la Constitución contempla que mediante una ley se podrá facultar a la Fiscalía para que excepcionalmente realice capturas. Sin embargo, en el nuevo sistema de procedimiento penal establecido mediante el Acto Legislativo referido, se transformó sustancialmente el papel de la Fiscalía. Aunque continúa siendo parte de la rama judicial, ya no corresponde a ella (la Fiscalía) asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal mediante la expedición de órdenes de captura. Sino que “...*el juez de control de garantías en el nuevo ordenamiento penal es la autoridad judicial competente que alude el inciso primero del artículo 28 superior.*” Mientras que el Fiscal no es competente en principio, pero puede llegar a serlo si una la ley lo faculta para que excepcionalmente realice capturas, siempre que “...*el ejercicio de dichas competencias se enmarque en dicho supuesto de excepcionalidad.*” En este orden, afirma la Sala que la estricta reserva judicial para la restricción del derecho de libertad personal contenida en el artículo 28 Superior, interpretada sistemáticamente con el artículo 250 de la Carta, estipula que la autoridad competente para la mencionada restricción es el juez de garantías y, el Fiscal no es competente, pero excepcionalmente podrá realizar capturas en los términos en que la ley lo autorice.
- (iii) El desarrollo de la autorización legal para la realización de capturas por parte de la Fiscalía según lo anterior, debe comportar “verdaderos elementos de excepcionalidad”. Éstos no están dados en los apartes demandados del artículo 2° de la Ley 906 de 2004. Lo dispuesto en este artículo, en el sentido de hacer viable la captura por parte del Fiscal sin orden judicial previa bajo la existencia de *motivos fundados y carencia razonable de oportunidad* para solicitar la mencionada orden, resultan ser condiciones que “...*dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuírsele a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas.*” Por lo que no están acordes con lo estipulado en el artículo 250 de la Constitución.
- (iv) Por último, argumentó la mayoría de la Sala que la indeterminación con la que se describe la facultad de la Fiscalía para capturar sin

orden judicial previa, contenida en el artículo 2° acusado no podía *“...superarse concordando las expresiones acusadas con los mandatos contenidos en los artículos 114-7 y 300 de la misma ley 906, pues independientemente de si dichos artículos en sí mismos atienden o no el presupuesto de excepcionalidad exigido por el Constituyente, así como si los mandatos en ellos contenidos respetan o no el principio de legalidad, es claro que las disposiciones acusadas tienen una autonomía normativa que permite que las mismas puedan ser aplicadas sin necesidad de acudir a otras normas de la Ley 906 de 2003.”* [El énfasis es nuestro]

4.- De las razones expuestas, en las que la Sala Plena sustentó la inconstitucionalidad de los enunciados normativos demandados, compartimos plenamente los argumentos (i), (ii) y (iii), pero con el respeto anunciado disintimos del argumento (iv). Con éste último, se argumenta que la falta de especificación con la que el legislador regula la facultad de la Fiscalía de capturar sin orden judicial previa - la cual fue dispuesta por el Constituyente derivado como excepcional, luego alejada del carácter general e indeterminado -, no se subsana con las regulaciones que el mismo legislador dispuso en otros artículos de la Ley 906 de 2004. Consideramos por el contrario, que se debió interpretar sistemáticamente el enunciado normativo demandado, con los demás artículos de la Ley en comento que regulan la facultad excepcional de la Fiscalía de capturar sin orden previa del juez. Estos artículos, que son el 300 y el 313 del nuevo Código de Procedimiento Penal (L.906/05), prestan la concreción y especificidad por ausencia de la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad en mención. En este orden – a nuestro juicio – los mencionados artículos subsanan el reparo constitucional consistente en que el artículo 2° acusado, deja “abierta la puerta” para que la excepción del artículo 250 de la Carta se convierta en la regla general, haciendo que la regulación del tipo de captura permitida a la Fiscalía sin orden judicial previa, se presente como condicionada a la concurrencia de circunstancias excepcionales. Por ello, no se debió declarar inexecutable el enunciado normativo del artículo demandado. De ahí que se exponga el presente voto particular, cuyo fundamento desarrollaremos a continuación.

5.- Según la mayoría de la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional, la razón por la cual el inciso tercero del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 demandado, no puede ser interpretado para su aplicación junto con los demás artículos de la misma ley que regulan la captura sin orden judicial previa por parte de la Fiscalía, es que las expresiones del inciso acusado *“...tienen una autonomía normativa que permite que las mismas puedan ser aplicadas sin necesidad de acudir a otras normas de la Ley 906 de 2004.”* A su vez, el fundamento en el que en la presente sentencia se sustenta la mencionada autonomía normativa es que – aunque del todo claro – la norma demandada hace parte del Título Preliminar sobre “Principios

Rectores y Garantías Procesales”. El argumento es presentado por la Sala como sigue:

*“Empero es claro para la Corte que en cuanto se trata de una norma que hace parte del título preliminar sobre “Principios Rectores y Garantías Procesales” del Código de Procedimiento penal y cuyo contenido normativo es autónomo, bien podría llegar a interpretarse en el sentido de servir de base a la Fiscalía General de la Nación – independientemente de los señalado en los referidos artículos 114, 297 y 300 – para ordenar capturas en los términos en el señalados, a saber cuando <la Fiscalía General de la nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de oportunidad de solicitar el mandamiento escrito>.”*

Encontramos dos falencias en la anterior justificación: (i) del hecho que la norma sea un principio rector del Código de Procedimiento Penal, no se deriva que su contenido normativo sea autónomo frente al resto de disposiciones de dicho Código, y (ii) en la práctica no resulta posible que del alcance de la aplicación del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, se sustraiga a las demás normas que regulan la posibilidad de la Fiscalía de capturar sin orden judicial previa.

### **Alcance del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, entendido como principio rector del nuevo sistema de procedimiento penal.**

6.- De manera general, en derecho la palabra “principio” hace referencia a un tipo de norma de carácter general. Su contenido es amplio y puede ser interpretado como un fin hacia el cual orientarse o una guía a seguir, tanto por el legislador en la tarea de crear las normas, como por el operador jurídico al aplicarlas. Referente a los principios legales, a cuya categoría pertenece la disposición demandada, se encuentra que están revestidos por el mismo carácter general, orientador e inspirador. Ahora bien, cuando el contenido de los principios legales obedece a objetivos específicos que el legislador ha tomado de la Constitución – como es el caso -, su función orientadora e inspiradora tiene un ámbito determinado. En primer lugar sirven a las otras normas legales de guía interpretativa inmediata, pues son los objetivos más próximos a los que dichas normas se dirigen. En segundo, fundamentan medidas para el logro de estos objetivos trazados en la Constitución. En consecuencia, estos principios legales avalan o descartan tanto interpretaciones como atribuciones a partir de su relación con las normas a las que le sirven de guía. Prestan a las disposiciones a las que inspiran, validez interpretativa cuando ellas se derivan de dichos principios y en caso contrario desvirtúan la mencionada validez.

Afirmar entonces, que la norma acusada por formar parte de los principios rectores y garantías procesales de la Ley 906 mencionada, tiene independencia normativa respecto del tema que regula, significa por un lado desconocer la función orientadora de los principios y por otro la posibilidad de que el legislador reproduzca en las leyes los principios contenidos en la Constitución.

7.- Acerca de lo primero, nos parece claro que si los principios son guías y orientan sobre la regulación de ciertos temas, difícilmente pueden ser interpretados como independientes en sus contenidos normativos. El sentido de guiar y orientar presupone un elemento adicional al cual se guía y orienta. Por ello la regulación de la posibilidad de la captura por parte de la Fiscalía sin orden previa del juez, contemplada como un principio rector y una garantía general procesal dentro del procedimiento penal colombiano, es un mandato general que inspira a otras disposiciones en la conformación del marco normativo de este tipo de captura. Ante la existencia de un principio rector y garantía procesal referente a la libertad personal (art. 2º L.906/04), es inaceptable no remitirse al “Régimen de la libertad y su restricción”, para entender la regulación completa sobre esta materia. Una tal desconexión, no atiende al carácter sistemático de las disposiciones que norman todo un ámbito del derecho – en este caso el procedimiento penal y concretamente el derecho a la libertad personal y su restricción -.

8.- De ahí, que consideremos inexacta la afirmación de la mayoría de la Sala según la cual la posibilidad de realizar capturas de la Fiscalía sin orden previa de juez, fue regulada en la Ley 906 de 2005 bajo las condiciones de *existencia de motivos fundados y razonable carencia de oportunidad para solicitar la mencionada orden del juez*. Esta posibilidad estipulada en el artículo 250 de la Carta fue regulada por el legislador de manera diferente. Así pues, se le dio viabilidad en el nuevo procedimiento penal frente a los siguientes condiciones: **(i)** cuando existan motivos fundados para inferir, **a)** que determinada persona ha participado en la conducta investigada, **b)** que la persona va a evadir la acción de la justicia, **c)** que la persona representa peligro para la comunidad (o para las víctimas, art 296 L.906/04), o **d)** que la persona pueda obstruir la investigación. **(ii)** En los eventos en que proceda la detención preventiva, esto es, en los tres tipos de delitos que contempla el artículo 313 de la Ley 906/04. Y **(iii)** que el Fiscal se encuentre frente a una situación tal, que no tenga oportunidad de solicitarle al juez el mandamiento escrito.

Si no se dan las anteriores condiciones, los Fiscales no están autorizados para realizar capturas sin orden previa del juez. Así, el amplísimo margen de interpretación del que se habla en la presente sentencia – de la que nos apartamos -, el cual da al traste con el carácter excepcional de este tipo de captura, queda reducido a la verificación de: al menos una de las cuatro situaciones fácticas descritas en el párrafo anterior como **a)**, **b)**, **c)** y **d)**, a los tres tipos de delitos a los que se refiere el artículo 313 de la Ley 906 de

2005 y a la ocurrencia de la situación excepcional de ausencia de oportunidad para solicitar la orden al juez antes de realizar la captura. En esta medida, no encontramos que el tipo de captura bajo estudio esté insuficientemente regulada para ser ejercida en situaciones realmente excepcionales.

9.- De otro lado, el argumento de la mayoría de la Sala, del que se viene hablando, trae como consecuencia la sospecha de inconstitucionalidad de todas aquellas disposiciones legales que reproduzcan principios constitucionales. Esto es, todos aquellos artículos de la parte preliminar de las leyes, en cuyo texto el legislador haya incluido normas generales extraídas de los principios y valores contenidos en la Constitución. Su generalidad y amplitud, individualmente consideradas, permitirían – según la mencionada tesis – que se dieran interpretaciones contrarias a la Constitución.

Resulta cierto que en ocasiones desarrollar la regulación de situaciones concretas, a partir de normas de rango legal cuyo contenido reproduce la generalidad de un principio constitucional, puede generar en efecto interpretaciones inconstitucionales de esa norma legal y en consecuencia vulneración de los derechos fundamentales. Pero, esto se da únicamente cuando la regulación de una materia mediante la ley induce al error al intérprete, haciéndole creer que sólo son aplicables aquellas normas constitucionales y/o generales y nada más, abriendo así la puerta a cualquier tipo de interpretaciones. O, cuando la norma legal que reproduce el contenido constitucional, es la única que regula la materia y a su vez, ésta no es de aplicación directa.

En el caso concreto del artículo 2º bajo análisis no se da ninguna de los anteriores supuestos, pues la materia regulada de manera general por éste en la parte preliminar, es el marco dentro del cual se deben desplegar los requisitos específicos que el legislador estableció para lo propio, en artículos posteriores de la misma ley. La norma declarada inexecutable ni sugiere que ella misma es la única que regula la materia, ni pretende su aplicación de forma directa. Pues no se puede perder de vista que es un principio rector y una garantía procesal a la luz de la cual se deben interpretar el resto de normas procesales penales.

### **Ámbito de aplicación del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, en el contexto del nuevo sistema de procedimiento penal.**

10.- Lo expuesto en el acápite anterior, resulta cierto no sólo a partir de las nociones teóricas de principios generales e interpretación sistemática de las normas. Desde el punto de vista de la aplicación del artículo 2º en comento, es también inaceptable la afirmación según la cual lo estipulado en el artículo declarado inexecutable podría “servir de base” a la Fiscalía General de la Nación para que ordenara capturas en desatención de los artículos del

Capítulo I del Título IV del Código de Procedimiento Penal, el cual fue titulado por el legislador, precisamente como “Régimen de la libertad y su restricción”.

No se puede aseverar que un Fiscal en un caso concreto pretenda sustentar una captura sin previa orden del juez, si el delito investigado no es uno de los que se habla en el artículo 313 del mencionado Código, o teniendo la convicción que puede hacer comparecer a la persona por otros medios. Y mucho menos que en las condiciones descritas el juez de garantías avale la mencionada captura.

11.- Afirmar que los Fiscales fundamentarán la realización de capturas sin orden judicial previa sólo en lo contenido en el artículo 2º de la Ley 906 de 2004, es descontextualizar completamente tanto la labor jurídica del Fiscal, como la labor de control del cumplimiento de las garantías constitucionales del juez de control de garantías. No se puede hacer caso omiso al hecho que los Fiscales están constreñidos en su actuación dentro del proceso penal, al nuevo Código de Procedimiento Penal en su integridad, y no sólo a la parte preliminar. De este modo no se puede desconocer tampoco, que el Fiscal – según el nuevo Código procesal penal – en la tarea de demostrar eventos claros y objetivos, v.gr, el riesgo de evasión del capturado - está atado al debate jurídico que supone el control posterior obligatorio por parte del juez de garantías.

Así, fue omitido por la Sala el análisis acerca de la complejidad que se presenta al pretender predeterminar todos los posibles eventos a partir de los que un fiscal pueda encontrarse en una situación tal que lo obligue a practicar una captura sin previa orden. Evidentemente resulta imposible para el legislador determinar por anticipado semejante situación. Lo que obliga a concentrar el análisis en el control posterior que sobre la captura realizada sin orden, hace el juez de garantías. Los elementos de juicio que sirvieron de sustento a la captura deben ventilarse ante el juez mencionado. Es obligación constitucional y legal del juez de garantías decidir sobre la legalidad de este tipo de captura, y obligación constitucional y legal del Fiscal colocar a disposición del mismo al capturado para lo propio.

En este orden de ideas, la posibilidad de declaratoria de ilegalidad de la captura y la subsiguiente orden de libertad, suponen un alto grado de diligencia jurídica para el fiscal que teniendo la oportunidad de conseguir una orden del juez, opte por realizar una captura sin ella. Las posibilidades de sustentar razonablemente semejante acción son pocas, pero las posibilidades que el juez de garantías acepte una argumentación precaria como justificación de la captura, son prácticamente nulas.

12.- Por último, al no estudiarse en su contexto la regulación que el nuevo Código de Procedimiento Penal que estableció la posibilidad excepcional de los Fiscales para realizar capturas sin orden judicial previa, se omitió

también analizar la racionalidad del establecimiento de dicha posibilidad. No se tuvo en cuenta que con la orden de captura emitida por un fiscal se pretende mantener la eficacia de la tarea de la persecución penal del órgano investigador, en situaciones o ante eventos muy particulares. Que la regulación de esta competencia por parte del legislador se desarrolló como la verificación de una serie de causales (art 300 L.906/05). Que dichas causales pretenden dar cuenta de los eventos en que el Fiscal sólo tiene una oportunidad para realizar la captura, y se encuentra frente a ella sin la orden escrita del juez. Y que pese a que el presupuesto normativo necesario es la ocurrencia de hechos imprevisibles, frente a los que el fiscal no tiene otra opción que realizar la captura en forma inmediata, su realización está condicionada *a priori* por los requisitos a que se ha hecho mención y *a posteriori* por el control del juez de garantías.

En los anteriores términos consideramos que los apartes demandados del inciso tercero del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 no debieron ser declarados inexecutable.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO  
Magistrado