

Sentencia C-1001/05

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Acusación fundamentada en artículo de acto legislativo inexecutable

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO LATO-Concepto

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD STRICTO SENSU-Concepto

DEBIDO PROCESO PENAL Y CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Alcance

DEBIDO PROCESO PENAL Y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Alcance

DEBIDO PROCESO LEGAL EN ESTADOS DE EMERGENCIA-Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos/DEBIDO PROCESO LEGAL EN ESTADOS DE EMERGENCIA-No suspensión

DEBIDO PROCESO EN CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Hace parte del bloque de constitucionalidad

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 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 EN CONSTITUCION VIGENTE-Régimen de protección mucho más preciso que en la Constitución anterior

PRINCIPIO DE RESERVA JUDICIAL EN PRIVACION DE LA LIBERTAD-Alcance

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-Comunicación verbal de la autorización judicial

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Función en nuevo sistema penal

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Función

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

CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION-No vulneración de la reserva judicial de la libertad

La Corte señala que la Constitución establece efectivamente en el artículo 28 superior una clara reserva judicial de la libertad. Así mismo 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. El Fiscal, es una autoridad que en principio no es competente para dicho asunto. Pero, en atención al tercer inciso del numeral 1º 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 como lo explicó la Corte en la Sentencia C-730 de 2005 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.

CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Desconocimiento del carácter excepcional/CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Contraria al principio de legalidad en materia penal

Los requisitos establecidos en la norma acusada -necesariamente concordada con el artículo 2 del mismo Código tal como hoy rige- para autorizar a la Fiscalía General de la Nación para efectuar una captura sin orden judicial son menos exigentes que los que se señalan de ordinario para que el juez de control de garantías pueda ordenar la captura y que aunque resultan similares también son menos exigentes que los que se señalan al juez de garantías para decretar la medida de aseguramiento. De las comparaciones que acaban de hacerse se desprende claramente que el desarrollo hecho por el Legislador en la norma acusada de la posibilidad señalada en el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución no atiende el carácter excepcional al que condicionó el Constituyente derivado la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera realizar capturas. Posibilidad que no solo debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente definidos en la ley sino que lógicamente no pueden ser menores que los que se exijan al juez de control de garantías como autoridad judicial competente de ordinario para el efecto. La Corte constata además que en el artículo acusado se incluyeron por el Legislador expresiones muy similares a las que con ocasión del examen del último inciso del artículo 2º de la misma Ley 906 de 2004 llevaron a la Corte a declarar la inexequibilidad de varios de sus apartes, por resultar contrarios no solo al artículo 250-1 sino al principio de legalidad (art 29 C.P.) a saber “(...)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 (...)” Ahora bien, es claro para la Corte que la inclusión de esos elementos dentro de un listado más amplio de requisitos -en todo caso menos exigente que el que se señala para el juez- no cambia las condiciones de indeterminación y de excesiva amplitud con la que se permite por el Legislador el ejercicio de la competencia atribuida por la norma acusada al Fiscal General de la Nación o su delegado, lo que contraría el principio de legalidad en materia penal.

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Requisitos para decretar medida de aseguramiento/FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Requisitos para ordenar captura

Referencia: expediente D-5582

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Actor: Alba Cristina Melo Gómez

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de dos mil cinco (2005).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Alba Cristina Melo Gómez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Mediante Auto del 9 de febrero de 2005, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y ordenó fijar en lista la norma acusada para asegurar la intervención ciudadana; dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor y que se comunicara la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministro del Interior y de Justicia y al Fiscal General de la Nación para que, de estimarlo oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma acusada. Así mismo, invitó a participar en el proceso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

El Procurador General de la Nación y el Viceprocurador, mediante escrito No. DP-0140 del 21 de febrero de 2005, se declararon impedidos para rendir el concepto de rigor dentro del presente proceso, como quiera que en virtud de sus cargos participaron, el primero, en la comisión redactora y, el segundo, en la subcomisión redactora del proyecto de ley que dio origen al nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

La Sala Plena de esta Corporación aceptó dicho impedimento, mediante Auto del 08 de marzo de 2005, y señaló que el señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la función asignada en el numeral 323 del artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000, designaría al funcionario que representaría al Ministerio Público para rendir el concepto correspondiente dentro de este proceso. Así, mediante la Resolución No. 109 del 20 de abril de 2005, el Señor Procurador designó a la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales de esa Entidad, para tal fin.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos, previo el concepto de la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, la Corte procede a decidir sobre las pretensiones de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

“LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

El Congreso de la República

DECRETA

(...)

LIBRO II

TECNICAS DE INDAGACION E INVESTIGACION

DE LA PRUEBA Y SISTEMA PROBATORIO

(...)

TITULO IV

REGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN

(...)

CAPITULO II

Captura

“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 ordenes 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.”

III. LA DEMANDA

La demandante estima que el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 vulnera los artículos 6, 28, 29, 93 y 250 de la Constitución Política.

Los argumentos que expone para sostener su afirmación son los siguientes:

3.1. Para la demandante la norma acusada vulnera el artículo 28 de la Constitución Política por cuanto:

3.1.1 En dicho artículo se establece para proceder a una captura la exigencia de mandamiento escrito de autoridad judicial competente que goza de autonomía e independencia y garantiza la imparcialidad al capturado -condiciones reproducidas en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004- que no se respeta con la norma acusada.

Al respecto precisa que la pertenencia de la Fiscalía a la Rama Judicial “no la convierte prima facie en autoridad jurisdiccional” y que el rol del fiscal en el nuevo sistema es ser el adversario del acusado y actuar frente al juez, en cuanto a la captura, para “convencerlo de su necesidad, motivación y finalidad”. En ese orden de ideas afirma que conceder al Fiscal, que en el nuevo esquema es el acusador y tiene especial interés en la comparecencia del acusado, la posibilidad de ordenar excepcionalmente la captura “puede ser equivalente a que en un proceso civil, el demandante en vez de solicitarle al juez el decreto de una medida cautelar pudiera directamente ejecutarla, con el agravante que en el Derecho Penal no se afectan los bienes de las personas sino ellas mismas”.

Para la accionante, la finalidad perseguida con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, y con la propia Ley 906 de 2004, no fue otra que la de corregir tres defectos que, a su juicio, tenía la Ley 600 de 2000: i.) la confusión de funciones de la Fiscalía que actuaba como juez y parte en el desarrollo del proceso; ii.) la ausencia de principios de publicidad y oralidad efectivos, para contrarrestar “la paquidermia de la justicia penal” y iii.) la facultad que tenían los fiscales de “sentenciar” al proferir resoluciones de acusación, para garantizar la contradicción, lo cual se logra con la introducción del juicio oral pero, asegura, esta finalidad se ve truncada con el artículo demandado porque permite al fiscal autorizar las detenciones preventivas “sin mediar orden judicial para ello”.

3.1.2 El artículo 28 constitucional estableció, además, que la forma en que procedería la captura sin orden judicial, “para evitar la comisión de acciones terroristas”, debía reglamentarse mediante una ley estatutaria, pero fue la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal.- la que adoptó esa pauta, en la disposición acusada (art. 300), sin tener el carácter de estatutaria y dándole “el alcance de unas disposiciones antiterrorismo a la generalidad de las actuaciones”.

3.2 La demandante sostiene que la disposición acusada vulnera el artículo 250-1 de la

Constitución Política porque no fijó los límites y eventos en que procede excepcionalmente la captura como facultad de la Fiscalía General de la Nación, como lo estableció la norma constitucional, sino que hizo una mención “general o abstracta” con la cual, a su juicio, reemplazó a la norma general.

Afirma en ese orden de ideas que el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 no se refiere propiamente a una excepción, porque los requisitos para ordenar la captura sin orden judicial “son tan abstractos y generales que serán los llamados a operar en primer lugar si se quiere obviar al Juez de Garantías, convirtiendo la excepción en regla”.

Precisa que “es tan general lo regulado, que la norma general matriz de la excepción no será aplicada jamás ya que es más favorable a los derechos fundamentales y más gravosa para el Fiscal a quien se le exige sustentar ante un Juez, los motivos por los cuales debe ser capturada una persona, en tanto que la norma excepcional a que se ha hecho referencia le permitiría a su criterio, ordenar la captura”.

A juicio de la demandante, en el presente caso se está frente a una “ausencia de técnica legislativa y congruencia normativa”, pues al referirse a la captura sin orden judicial “sin ser en estricto sentido una excepción” se entra en abierta contradicción con los principios rectores de la Ley 906 de 2004. de libertad (Art. 2º) y de prelación de los tratados internacionales (Art. 3º), “denotando la falta de congruencia al interior de este estatuto.

3.3. Para la demandante la norma acusada viola igualmente el artículo 93 constitucional porque “en tratados internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos, que conforman el Bloque de Constitucionalidad y hacen parte de nuestro Sistema Jurídico (...) se establece que la captura debe ser efectuada previa orden de autoridad judicial, con las excepciones que señale la ley”. Y en tanto la excepción que se pretende regular en el artículo acusado “no es excepción sino que se convierte en regla general viola esos presupuestos”. La demandante alude así mismo concretamente a los siguientes instrumentos internacionales:

- El numeral 2º del artículo 7º (derecho a la libertad personal) de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, que establece que “2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, toda vez que la Constitución Política estableció en su artículo 28 que por medio de una ley estatutaria se reglamentaría lo concerniente a la captura sin orden judicial previa, siempre que se relacione con una persona involucrada en actos terroristas y el artículo 300 acusado permite esta captura bajo una serie de condiciones que no tienen nada que ver con esa clase de actos, “yendo en contra de la necesidad de motivación” y de las causas constitucionales válidas para proferir captura sin orden judicial previa.

- El numeral 1º del artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (...)”, pues esa norma se debe mirar a la luz de la protección efectiva de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, a fin de respetar el principio de

legalidad y la libertad personal, que son omitidos por la disposición acusada porque no fija claramente los motivos por los cuales una persona puede ser capturada de manera excepcional, “lo cual vulnera los citados derechos fundamentales consagrados en los artículos 6 y 29 constitucionales” de todos los ciudadanos “quienes quedamos sojuzgados por la interpretación y la construcción de motivos fundados que a bien tenga la Fiscalía para proferir órdenes de captura excepcional”. Además, la gravedad de que la norma demandada sea abierta se evidencia en “el resurgimiento de las teorías peligrosistas del delincuente”, pues la Fiscalía podría estimar como motivo base de la captura la peligrosidad de una persona, lo que viola el principio de presunción de inocencia y la legalidad del derecho penal colombiano, en el cual “no hay responsabilidad de autor sino de acto”.

- Los “Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptados por la Asamblea General en su resolución 43/143, de 9 de diciembre de 1988” que establece en el literal f) que “ Por ‘un juez u otra autoridad’ se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia”, por cuanto al radicar en cabeza de la Fiscalía General de la Nación funciones de determinar la captura en términos del artículo 300, demandado, sin tener como base el fundamento fáctico probatorio, que sí se exige al Juez de Garantías en la norma general (Código de Procedimiento Penal., Art. 297), se evidencia “la falta de imparcialidad de la Fiscalía para impartir esta orden, por cuanto, en esta etapa de investigación preliminar actúa como investigador y como juez; la Fiscalía usurpa funciones que deben ser asumidas por Jueces de la República y se ve comprometida su imparcialidad e independencia, ya que la unidad de gestión y dependencia jerárquica que rigen a dicha entidad, impiden su ejercicio; razón por la cual se viola esta definición”.

- la Directriz No. 10 sobre la Función de los Fiscales. Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990” pues al permitir a la Fiscalía General de la Nación proferir órdenes de captura de manera excepcional “(en apariencia)” equivale a entregarle prerrogativas jurisdiccionales que desvían su razón de ser que no es otra que investigar y acusar, pues la función de imponer sobre el sujeto pasivo la consecuencia jurídica negativa de la captura, es de naturaleza jurisdiccional. Además, considera que “los principios que orientan la actividad de la Fiscalía impiden la adecuada valoración de medidas violatorias de derechos fundamentales que se encuentran permitidas por la Ley, las que solo los jueces imparciales e independientes deben ejercer (SIC) haya una igualdad efectiva de los intervinientes en el proceso penal”.

En ese orden de ideas la demandante solicita a esta Corte que declare la inexecutable del artículo 300 de la Ley 906 de 2004.

IV. INTERVENCIONES

1. El Fiscal General de la Nación

El señor Fiscal General de la Nación (E), intervino en el presente proceso y solicitó la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señaló que por el cargo de violación del artículo 28 superior, la Corte deberá declararse inhibida, comoquiera que la demandante incurrió en un error conceptual, al tratar de hacer un juicio de constitucionalidad de la norma demandada respecto al Acto Legislativo 02 de 2003, que fue declarado inexecutable por la Corte en sentencia C-816 de 2004 y, por lo tanto, no puede haber pronunciamiento de fondo, por inepta demanda.

No obstante lo anterior, indicó que en caso que la Corte encuentre que hay demanda en forma, solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada, toda vez que ella cumple con el principio de legalidad al precisar las circunstancias en que procede la captura sin orden judicial escrita por parte del ente acusador, las cuales enumeró y con base en las cuales estimó que la facultad otorgada no es posible ejercerla caprichosamente, como lo presupone la demandante.

En lo relativo al cargo por la supuesta vulneración del bloque de constitucionalidad, por cuanto a juicio de la demandante la privación de la libertad debe hacerse previa orden de autoridad judicial, “se advierte una contradicción si se tiene en cuenta que la propia demandante manifiesta que frente al postulado de reserva judicial de la privación de la libertad operan ‘las excepciones que señale la ley’”.

Para finalizar rechazó la acusación en cuanto al supuesto desconocimiento al principio de imparcialidad pues la acción penal está en cabeza del Estado y se ejerce por parte de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual no puede existir una igualdad de términos absolutos entre el Fiscal y la defensa, según afirma, explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-873 de 2003.

2. El Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio referido a través de apoderado judicial, interviene en el presente proceso y solicita a la Corte que se inhiba para emitir pronunciamiento de fondo y en subsidio que declare la exequibilidad del artículo acusado, con base en las razones que a continuación se sintetizan.

Aclara que cuando la demandante afirma que se vulnera la previsión del artículo 28 superior, que remite a posterior regulación legal las condiciones de procedencia de la captura sin orden judicial de manera excepcional para evitar actos terroristas, es claro que se estaba refiriendo al artículo 3º del Acto Legislativo 02 de 2003, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2004.

De otra parte, se remite al concepto de “violación” en las demandas de inconstitucionalidad, con apoyo en las sentencias C-1052 de 2001 y C-587 de 1995 de esta Corporación, y señala que la demanda en estudio no se ajusta a los parámetros desarrollados por la jurisprudencia.

A lo anterior agrega que la norma acusada como expreso desarrollo del mandato contenido en el artículo 250 superior, no es amplia ni carente de definición. Al contrario, establece parámetros objetivos de obligatoria concurrencia acordes con los límites fijados en la Constitución.

A continuación se refirió al contenido de la norma demandada y sobre algunos de sus presupuestos, como los “motivos fundados” se remite a la noción que la Corte indicó en la sentencia C-024 de 1994; señala que en cada caso específico “la ocurrencia del hecho debe ser de tal entidad y naturaleza que al ser cotejado con las reglas de la experiencia y la sana crítica, aunado a criterios de razonabilidad, motive en la autoridad un grado de convicción suficiente para adoptar la medida”. Sobre el principio de razonabilidad citó las sentencias C-071 y T-445 de 1994 de esta Corporación.

En el mismo orden de ideas, indica que en la facultad de ordenar la captura sin orden judicial previa “se descarta pues la mera sospecha entendida como la conjetura carente de soporte fáctico, así como la simple convicción emanada del arbitrio o de la interpretación subjetiva de autoridad. Su ejecución no se sustenta en la discrecionalidad del agente, sino en la inferencia lógica producto de hechos verídicos”.

De otra parte, apoyado en la doctrina sostiene que la legalidad de una medida “no debe estar en el otorgamiento de una orden judicial previa, sino en la causa probable exigida para su perpetración”. De manera que el problema no está en la existencia o no de esa orden, sino en la suficiencia de las razones para determinar la causa probable o los motivos fundados y lo importante es la claridad que se dé acerca de éstos a las autoridades de policía y permitir un control judicial que lo confirme.

Precisa igualmente que la norma acusada tampoco viola el principio de presunción de inocencia porque las medidas precautelativas dentro del proceso penal, “por su carácter precario no están en posibilidad de violar la presunción de inocencia”, como, según afirma, lo sostuvo la Corte Constitucional en las sentencias C-689 de 1996 y C-106 de 2004.

En conclusión, considera que los cargos de la demanda se sustentan en su mayoría, “en supuestos normativos sobre los cuales recae pronunciamiento de inexequibilidad, razón por la que se estima que la única vía adecuada es la emisión de un pronunciamiento inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda”. No obstante, en caso de aceptarse por la Corte que los argumentos de la demandante son ciertos y claros, solicita se declare la exequibilidad de la norma acusada, en atención a los criterios expuestos.

3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, atendiendo la invitación hecha por esta Corporación, hizo llegar el concepto preparado por el doctor Carlos Adolfo Prieto Monroy miembro de ese Instituto, donde se solicita a la Corte declarar la inexequibilidad del artículo acusado.

El interviniente afirma que la demanda es fundada y en consecuencia debe estar llamada a prosperar, aunque considera que su alcance es limitado, comoquiera que deja por fuera una serie de normas contenidas en la Ley 906 de 2004 que, a su juicio, son susceptibles del mismo reproche planteado en aquella, como lo son: el último inciso del artículo 2º1, el numeral 7º del artículo 114 y el parágrafo del artículo 297, en cuanto se refieren a la atribución otorgada a la Fiscalía General de la Nación para practicar capturas si orden judicial previa.

Indica que en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 se establecieron, como regla general, los requisitos para efectos de la procedencia de una captura, conforme al principio de la reserva judicial, señalando que requerirá orden escrita del juez de control de garantías, con todas las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, admitiendo la excepción de la captura en flagrancia del artículo 301 del mismo Código. Sin embargo, asegura que paralelamente se estableció otro régimen “asistemático” por medio del cual se faculta a la Fiscalía General de la Nación a practicar capturas sin orden judicial, “amparado por un presupuesto de excepcionalidad, diferente de la flagrancia”.

Asegura que la verificación por parte de la fiscalía de los requisitos a que se alude en la norma acusada es totalmente subjetiva y rompe totalmente con los principios del sistema acusatorio y con las disposiciones de los artículos 28, 29, 93 y 250, num. 3º de la Constitución Política porque:

ii) si el fiscal cuenta con la posibilidad de hacer una valoración probatoria como la exigida en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, debe contar con la posibilidad de solicitar al juez de control de garantías la expedición de la orden de captura, en los términos del artículo 297 del mismo Código.

iii) si bien el régimen paralelo aludido involucra al Juez de Control de Garantías, ello “lo es ex post no ex ante como lo exige la normatividad constitucional que fue adecuada al sistema acusatorio”, lo que vulnera el régimen de protección de la libertad y el principio de presunción de inocencia, “abriendo las puertas a un sistema de capturas administrativas propio más de un Estado Totalitario que de uno Social de Derecho. La discrecionalidad implica la construcción de un régimen basado en la sospecha”.

iv) no existe justificación para la captura sin orden judicial tal como quedó regulada pues, según afirma, los supuestos en que procede según la norma acusada son prácticamente los mismos establecidos por el artículo 297 que establece la regla general aplicable en este campo. Precisa que incluso con orden judicial se debe remitir al capturado ante el juez de control de garantías.

v) una cosa muy diferente es el caso de la flagrancia, pues es una institución jurídica reconocida en el artículo 32 de la Constitución Política, en la que se adecua perfectamente la imposibilidad de solicitar la orden judicial.

Agrega que en la Ley 600 de 2000 no se acudía a la captura sin orden judicial, pues por fuera del supuesto de la flagrancia, “sistemáticamente era el mismo fiscal el que calificaba el mérito de la actuación y él mismo, por sí y ante sí, era quien expedía la orden de captura”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, en concepto No. 3809 recibido en la Secretaría de esta Corporación el 4 de mayo de 2005, solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del artículo 300 de la Ley 906 de 2004 sólo por los cargos de la demanda y en el entendido que para proceder a la captura se requiere mandamiento escrito del fiscal que excepcionalmente la ordene, a partir de las consideraciones que a continuación se sintetizan.

La Vista Fiscal advierte que la demandante incluye dentro de los fundamentos de la acusación por la supuesta vulneración del artículo 28 superior apartes del referido artículo que fueron incluidos en el Acto Legislativo 02 de 2003 declarado inexecutable por la Corte en la Sentencia C- 816 de 2004, razón por la cual en relación con ese aspecto de la acusación formulada en la demanda solicita a la Corte inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo.

En cuanto a los demás cargos formulados señala que éstos coinciden con los que fueron objeto del concepto 3763 emitido dentro del expediente 5442 en el que se acusaron algunos apartes del artículo 2 de la Ley 906 de 2004, por lo que reitera en esta ocasión los argumentos expuestos en el referido concepto.

En ese orden de ideas precisa que en el artículo 116 de la C.P., modificado por el artículo 1º del Acto legislativo 03 de 2002 y en el artículo 249 de la misma, se establecieron algunas facultades para el Fiscal General de la Nación, sin que se hubiera “mudado” su naturaleza de órgano perteneciente a la rama judicial, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-1092 de 2003 por lo que considera claro que ese Acto Legislativo modificó el sistema penal sin alterar la adscripción de la Fiscalía a la Rama Judicial.

Afirma que en este sentido la demandante se equivoca al sostener que a partir de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 la Fiscalía no puede realizar capturas por no ser una autoridad judicial, pues el carácter de funcionario judicial atribuido al Fiscal General de Nacional por el artículo 249 constitucional despeja cualquier duda sobre la constitucional de la norma acusada por ese aspecto. Precisa entonces que la captura a la que se refiere la norma demandada no es de carácter administrativo y, por lo tanto no se trata de la hipótesis analizada por la Corte en la Sentencia C-024 de 1994, a que se refirió la demandante.

En cuanto a la privación de la libertad, indica que ella sólo procede de conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución y la Ley, so pena de vulnerar no sólo el derecho interno sino el internacional, especialmente el relativo a los derechos humanos que prohíbe cualquier restricción arbitraria a la libertad personal. Alude concretamente a los artículos 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Invoca el artículo 28 superior, que establece las formalidades necesarias para que la privación de la libertad se entienda ajustada a derecho, y el artículo 29, relativo al debido proceso, para concluir que para que una persona pueda ser privada de la libertad legalmente, se requiere que la autoridad judicial competente legalice la captura por medio de un mandamiento escrito en el que fundamente su decisión.

Precisa que la norma atacada faculta a la Fiscalía para ordenar capturas cuando existan motivos fundados para inferir la participación de la persona en la conducta investigada y que no sea posible obtener la orden escrita del juez de garantías; además, establece los requisitos para que proceda la captura sin mandamiento judicial y prevé que el capturado debe ser puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente, a más tardar dentro de las siguientes 36 horas, para que en audiencia se resuelva lo pertinente.

i.) La primera lectura, que la hace compatible con la Constitución Política, en la cual se

entiende que cuando el fiscal no pueda obtener inmediatamente la orden escrita del juez de control de garantías, es el Fiscal el llamado a expedir el correspondiente mandamiento escrito, siempre que existan motivos fundados para hacerlo (motivos a los que no se refiere la señora Procuradora Auxiliar, al considerar que no fueron objeto de cargos específicos en la demanda) porque aún cuando la captura dispuesta en la norma demandada es de naturaleza cautelar, esa medida afecta la libertad individual y, por lo tanto debe someterse a lo dispuesto en el artículo 28 superior y a los instrumentos internacionales.

ii.) Una segunda lectura haría inconstitucional la expresión demandada, en cuanto se entendería que el Fiscal puede ordenar capturas sin mandamiento escrito, caso en el cual no se observan los principios de razonabilidad y proporcionalidad dentro de los cuales se justificara la medida privativa de la libertad individual.

Afirma que las únicas excepciones constitucionales a la detención sin mandamiento escrito son las dispuestas en el inciso 2º del artículo 28 y en el artículo 32 de la Constitución con la particularidad de que en ambos casos la persona que toma la decisión no es autoridad judicial. Además que cuando el artículo 250 superior le da la potestad al legislador para que faculte excepcionalmente al Fiscal para realizar esas capturas, no lo releva de la obligación de cumplir los límites y condiciones que se derivan de la misma Constitución.

Afirma en consecuencia que la norma acusada deberá declararse exequible, bajo el entendido de que no se ha abolido la exigencia del mandamiento escrito de autoridad judicial y que, en consecuencia es requisito indispensable para que la Fiscalía lleve a cabo excepcionalmente una captura que ésta expida el mandamiento escrito respectivo.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda formulada en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política, comoquiera que la disposición acusada hace parte de una Ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

Para la demandante con el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 que autoriza al Fiscal General de la Nación o su delegado para proferir órdenes de captura i.) en los eventos en que sea procedente la detención preventiva, ii.) cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, iii.) no sea posible obtener inmediatamente orden judicial y iv.) a.) exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia o b.) represente peligro para la sociedad u obstruya la investigación, se vulneran las siguientes disposiciones constitucionales: i) El artículo 28 superior porque a) se desconocen los presupuestos en él previstos para restringir la libertad y particularmente se omite la exigencia del mandamiento escrito de la autoridad judicial competente -a saber el juez de garantías- que en el contexto del nuevo sistema penal acusatorio es el que en su criterio goza de autonomía e independencia y garantiza la imparcialidad al capturado; b) se desconoce el mandato señalado en dicha

norma superior según el cual la determinación de la forma en que procedería la captura sin orden judicial, “para evitar la comisión de acciones terroristas”, debía hacerse mediante una ley estatutaria y la Ley 906 de 2004, que contiene el artículo 300 acusado, no tiene ese carácter; ii) El artículo 250-1 constitucional -que estableció la posibilidad de que el legislador facultara a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas- por cuanto la norma acusada no constituye una verdadera excepción y al contrario se convierte en regla general; iii) las normas internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en materia de libertad personal, así como los artículos 6 y 29 superiores, en cuanto, al no corresponder la norma acusada a una verdadera excepción y al dejarse a la Fiscalía un amplísimo margen de discrecionalidad para evaluar los requisitos enunciados en la norma se desvirtúan los presupuestos de i) legalidad, pues los ciudadanos quedan sometidos a la libre interpretación y configuración de motivos fundados que a bien tenga establecer la Fiscalía para proferir órdenes de captura excepcionales; ii) imparcialidad, exigible a la autoridad que ordena la captura, específicamente en el nuevo contexto del sistema acusatorio establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y iii) respeto del ordenamiento constitucional en el establecimiento de las condiciones en que puede efectuarse una captura, pues no se cumplieron los presupuestos previstos para dictar las normas que permitan la captura excepcional en materia de acciones terroristas (art. 28 último inciso introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003).

El Fiscal General de la Nación (E) y la Procuradora Auxiliar para asuntos constitucionales advierten que algunos elementos de la acusación formulada por la demandante parten del presupuesto de la vigencia de apartes introducidos en el artículo 28 superior por el acto Legislativo 02 de 2003 que fue declarado inexecutable por la Corte en la sentencia C-816 de 2004, por lo que solicitan que respecto de los mismos la Corte se inhiba para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

El interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia por su parte considera que en general la demanda no reúne los requisitos exigidos por el Decreto 2067 de 1991 por lo que solicita a la Corte inhibirse en relación con el conjunto de la demanda planteada.

En todo caso solicita a la Corte, -como lo hace igualmente el señor Fiscal General (E)-, declarar la exequibilidad del artículo acusado. Dichos intervinientes destacan que i) el artículo acusado concreta las condiciones en que puede procederse a la captura excepcional por la Fiscalía General de la Nación -hipótesis que se desprende del artículo 250-1 superior- sin que pueda afirmarse que la misma permita una actuación caprichosa de la Fiscalía para determinar los motivos por los que procede la captura que implique un desconocimiento del principio de legalidad; ii) no se puede equiparar totalmente en el nuevo sistema penal la situación de la Fiscalía General de la Nación y la de la persona sobre la que puede recaer la captura, pues en todo caso el poder punitivo se encuentra en cabeza del Estado y la Fiscalía es instrumento del mismo sin que pueda derivarse de la competencia que le es atribuida por la norma acusada la ausencia del presupuesto de imparcialidad que debe predicarse de la autoridad que ordena una captura, iii) con la norma acusada no se desconoce el principio de presunción de inocencia pues como, afirman, lo ha explicado la Corte, las medidas precautelativas en materia penal se ejercen sin perjuicio de dicho principio.

El interviniente en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal por su parte solicita a la Corte la declaratoria de inexequibilidad del artículo acusado. Coincide con el actor en que la norma acusada no comporta los elementos de excepcionalidad que exige el artículo 250-1 superior y más bien establece una regla general que resultará aplicable por los Fiscales para justificar el no acudir al juez de control de garantías en grave detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales hace énfasis en que en el presente caso se trata de la actuación de una autoridad judicial, a saber la Fiscalía General de la Nación, por lo que no puede asimilarse este caso a la hipótesis de una detención administrativa que de todas maneras encuentra fundamento en el numeral 2 del artículo 28 superior. Señala así mismo que por cuanto los presupuestos señalados en el primer inciso del artículo 28 superior deben respetarse aún en la circunstancia excepcional a que alude la norma acusada la exequibilidad de la misma ha de condicionarse en el entendido de que el fiscal que ordene excepcionalmente la captura deberá proferir mandamiento escrito para el efecto.

Así las cosas, corresponde a la Corte resolver si la autorización dada por la norma acusada - artículo 300 de la Ley 906 de 2004- al Fiscal General de la Nación o su delegado, para realizar capturas cuando proceda la detención preventiva, sobre la base de motivos fundados y la imposibilidad de obtener inmediatamente la orden escrita por el Juez de Control de Garantías, y cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia o represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación, desconoce o no i.) el artículo 28 de la Constitución que establece la reserva judicial de la libertad y fija precisas condiciones para restringirla y concretamente a) si se desconocen o no los presupuestos en él previstos para restringir la libertad y particularmente la exigencia del mandamiento escrito de la autoridad judicial competente -a saber el juez de garantías- que en el contexto del nuevo sistema penal acusatorio sería la única autoridad que gozaría de autonomía e independencia para garantizar la imparcialidad al capturado; b) si al no regularse mediante ley estatutaria la determinación de la forma en que procedería la captura sin orden judicial, “para evitar la comisión de acciones terroristas” no se atendió el mandato señalado en el último inciso de dicho artículo 28 superior introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003; ii.) el inciso 3º del numeral 1º del artículo 250 constitucional que establece la posibilidad para el legislador de autorizar excepcionalmente a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas sin acudir al juez de garantías por no reunirse los presupuestos de excepcionalidad señalados en la Constitución y iii) las normas internacionales sobre derechos humanos invocadas por el actor en materia de protección de la libertad así como los artículos 6 y 29 superiores que igualmente invoca como vulnerados específicamente en cuanto al desconocimiento de a) el principio de legalidad, b) el principio de imparcialidad y c) el respeto del ordenamiento constitucional en materia de regulación mediante ley estatutaria de las condiciones de restricción excepcional de la libertad en materia de acciones terroristas.

Previamente la Corte considera necesario hacer algunas precisiones en torno a i) las solicitudes de inhibición ii) el bloque de constitucionalidad y su proyección en el presente proceso; iii) el artículo 28 superior y la protección constitucional de la libertad personal; iv) la naturaleza de 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 superior en cuanto a la competencia excepcional de la misma para ordenar capturas; y v) el contenido y alcance del artículo acusado, que resultan pertinentes para el análisis de los cargos formulados en la demanda.

3.1 Las solicitudes de inhibición

Como ya se señaló para el interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia la demanda no cumplió con los requisitos señalados en el Decreto 2067 de 1991 para que pueda darse curso al juicio de constitucionalidad, por lo que solicita a la Corte inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo.

A su vez el Señor Fiscal General de la Nación (E) y la Vista Fiscal ponen de presente que en relación con algunos aspectos de la acusación formulada por la demandante - concretamente los que deriva del supuesto incumplimiento del mandato contenido en el inciso introducido en el artículo 28 superior por el Acto Legislativo 02 de 2003 declarado inexecutable en la Sentencia C-816 de 2004- la Corte debe inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Al respecto, cabe recordar que la Corte ha explicado de manera reiterada que dado que el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política², al ciudadano se le impone entonces como carga mínima que sustente de manera específica el concepto de la violación, a fin de que pueda existir una verdadera controversia constitucional³.

Ahora bien, en el presente caso la Corte constata que, contrario a lo que afirma el interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia -con la sola salvedad a que se hará referencia más adelante respecto de los elementos de la acusación que la demandante deriva del supuesto incumplimiento del mandato contenido en el inciso introducido en el artículo 28 superior por el Acto Legislativo 02 de 2003 declarado inexecutable por la Corte en la Sentencia C-816 de 2004-, de la demanda sí se desprende claramente cuál es la disposición que se acusa, cuáles normas superiores se violan y cuáles las razones por las que se consideran vulneradas y en este orden de ideas no puede afirmarse que la demandante haya incumplido la carga que le corresponde asumir para permitir el juicio de constitucionalidad.

Recuérdese que si bien los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 deben cumplirse sin duda, el rigor en el análisis que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido a todo ciudadano para acudir ante la Jurisdicción Constitucional y obtener una sentencia⁴.

La Corte pone de presente, de otra parte, que los argumentos relativos al supuesto incumplimiento del mandato contenido en el inciso introducido en el artículo 28 superior por el Acto Legislativo 02 de 2003 declarado inexecutable por la Corte en la Sentencia C-816 de 2004, son solo algunos de los que utiliza la demandante en contra de la norma acusada que ataca por la violación de diversas normas constitucionales (arts. 28, 29, 250-1, 93) y

que como los mismos intervinientes lo reconocen resulta posible interpretar la demanda en el sentido de que la acusación por la vulneración del artículo 28 superior no se limita al aspecto enunciado en dicho inciso declarado inexecutable sino que alude sobre todo al desconocimiento de los presupuestos previstos en dicho artículo superior para restringir la libertad y particularmente la exigencia del mandamiento escrito de la autoridad judicial competente -a saber el juez de garantías- que en el contexto del nuevo sistema penal acusatorio sería el que garantizaría la imparcialidad al capturado según la demandante.

Tales fueron las razones que se tuvieron en cuenta para admitir la demanda planteada y son las que llevan a la Corte a pronunciarse de fondo sobre la misma, de modo que la Corte se abstendrá de atender la solicitud formulada por el interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia y procederá a analizar la acusación formulada por la demandante.

Empero, es claro que en cuanto a la acusación formulada por el supuesto desconocimiento del mandato contenido en el inciso introducido en el artículo 28 superior por el Acto Legislativo 02 de 2003 declarado inexecutable por la Corte en la Sentencia C-816 de 2004, la Corte habrá de inhibirse por ineptitud sustancial de la demanda.

Respecto del resto de la acusación formulada a saber i) la vulneración del artículo 28 superior por desconocerse la reserva judicial de la libertad y concretamente los presupuestos en él señalados para restringir la libertad por la autoridad judicial competente ii) El artículo 250-1 constitucional -que estableció la posibilidad de que el legislador facultara a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas- por cuanto la norma acusada no constituye una verdadera excepción y al contrario se convierte en regla general; iii) las normas internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en materia de libertad personal, así como los artículos 6 y 29 superiores, en cuanto, al no corresponder la norma acusada a una verdadera excepción y al dejarse a la Fiscalía un amplísimo margen de discrecionalidad para evaluar los requisitos enunciados en la norma se desvirtúan los presupuestos de a) legalidad, pues los ciudadanos quedan sometidos a la libre interpretación y configuración de motivos fundados que a bien tenga establecer la Fiscalía para proferir órdenes de captura excepcionales; y b) imparcialidad, exigible a la autoridad que ordena la captura, específicamente en el nuevo contexto del sistema acusatorio establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002, no cabe duda que la demanda reúne los requisitos exigidos por la Ley y debe ser objeto de análisis por la Corte.

3.2 El bloque de constitucionalidad y su proyección en el presente proceso

Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto de la Constitución, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional⁵ - bloque de constitucionalidad stricto sensu, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad lato sensu-.⁶

En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores⁷, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y

convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben la limitación de los mismos en estados de excepción (ii)⁸.

En efecto ha expresado la Corte que:

“(…) de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”⁹, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohiben su limitación en los Estados de Excepción’, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción”¹⁰, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador”.

Al respecto cabe recordar que tanto en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹, como en el artículo 4°¹² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establecen dentro del listado de derechos que no son susceptibles de suspensión una serie de garantías ligadas al respeto del debido proceso en materia penal -en particular los principios de legalidad, irretroactividad, favorabilidad, derecho a ser oído, derecho de defensa- a algunas de las cuales alude la demandante en el presente proceso.

La Corte destaca así mismo que dentro del listado establecido en el artículo 4° de la Ley Estatutaria 137 de 1994 sobre estados de excepción¹³, en relación con los derechos intangibles durante dichos estados, se hace mención expresamente al principio de legalidad de la ley penal a que alude el contenido del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos del Hombre, incluido en el numeral 2° del artículo 27 de la citada Convención y al que igualmente alude la demandante.

Cabe resaltar igualmente que tanto el artículo 27-2 de la Convención, como el artículo 4° de la Ley Estatutaria sobre estados de excepción, señalan que no podrán ser suspendidas las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos enunciados en cada uno de dichos artículos, por lo que sobre el particular esta Corporación considera oportuno recordar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos del Hombre, en la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987¹⁴, sobre el tema de las garantías judiciales en estados de emergencia y en relación específicamente con la no suspensión de las garantías señaladas en el artículo 8° de la Convención¹⁵.

En dicha opinión Consultiva la Corte Interamericana afirmó en efecto que la relación existente entre el debido proceso del artículo 8° y las garantías judiciales indispensables es de “necesidad específica”, en la medida en que respecto de estas garantías es indispensable que se preserve de manera integral el debido proceso¹⁶-

La Corte Interamericana señaló lo siguiente:

“8.1.1.2. debido proceso legal en estado emergencia

30. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.”

(...)

38. La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.

39. Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquéllos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades.

40. Debe reconocerse que no es posible ni sería aconsejable que la Corte, en la presente opinión consultiva, trate de dar una enumeración exhaustiva de todas las posibles “garantías judiciales indispensables” que no pueden ser suspendidas de conformidad con el artículo 27.2, que dependerá en cada caso de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado Parte, de cuáles son los derechos involucrados y de los hechos concretos que motiven la indagación. Desde luego y por las mismas razones, la Corte tampoco ha considerado en esta opinión las implicaciones de otros instrumentos internacionales (art. 27.1) que pudieren ser aplicables en casos concretos.” 17

Sobre el particular la Corte ha concluido que el derecho al debido proceso establecido en el artículo 8° de la Convención, al no ser susceptible de suspensión durante los estados de excepción -y al tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado ratificado por Colombia-, hace parte del bloque de constitucionalidad y debe ser tomado en cuenta por esta Corporación para el análisis de constitucionalidad de las disposiciones que son sometidas a control de constitucionalidad pues su contrariedad apareja la vulneración de los artículos 93 y 94 superiores¹⁸.

En relación con la concordancia necesaria entre el texto de artículo 8° anotado y el artículo 29 de la Constitución¹⁹, la Corte ha destacado igualmente que en la norma superior se contienen todos y cada uno de los principios establecidos en los artículos 8° y 9° de la Convención Americana del Derechos del Hombre y el artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰.

Es decir que en nuestro ordenamiento jurídico se garantiza plenamente el debido proceso en sus diferentes componentes -principio de legalidad, juez natural, derecho de defensa, presunción de inocencia, derecho a presentar y controvertir pruebas, principio de favorabilidad, entre otros- en perfecta armonía con las disposiciones internacionales sobre la materia y en particular con las normas de la Convención Americana de Derechos del Hombre a que se ha hecho referencia.

Cabe destacar finalmente que de manera expresa el artículo 3° del nuevo Código de Procedimiento Penal, estableció la prelación en la actuación procesal penal, de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que versen sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción.

3.3 El artículo 28 superior y la protección constitucional de la libertad personal²¹

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 él se reconoce de manera clara y expresa que “Toda persona es libre”²².

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 arbitraria²³. 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 imprescriptibles²⁴.

“(…) 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”²⁵:

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 deudas²⁶.

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 se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal.”²⁷

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 equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo..”28.

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”29.

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 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”30.

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 él 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).

Ahora bien, cabe precisar 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 posible y en todo caso máximo dentro de las treinta y seis horas siguientes³¹.

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 aprehensión³².

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 (numeral f del artículo 38 de la Ley 137 de 1998)³³.

En esa precisa circunstancia señalada en la Ley Estatutaria de estados de excepción 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)”³⁴.

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 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.

3.4 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 capturas³⁵

La Corte en las sentencias C-873 de 2003³⁶ y C-591 de 2005³⁷ 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 posteriores³⁸ 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:

“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 precluídas 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 precluídas” 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 criminal³⁹.

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 penal⁴⁰.

Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías⁴¹. 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 sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”⁴²

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.”⁴³

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 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 1º 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, como a continuación se explica en detalle, 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 expuestos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.

Ahora bien, cabe hacer énfasis en que la Corte ha explicado que la posibilidad señalada en el tercer inciso del numeral 1º 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 resurrieron en el Congreso⁴⁴.

En ese orden de ideas ha señalado la Corporación que 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 contraría evidentemente el artículo 250-1 superior.

Así lo precisó la Corte en la Sentencia C-730 de 2005 donde declaró la inexecutable parcial del último inciso del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, por concluir precisamente que el aparte acusado no reunía el presupuesto de excepcionalidad señalado por el Constituyente derivado en el artículo 250-1 superior al tiempo que por estar redactado en términos genéricos y abstractos dejaba un margen de discrecionalidad al Fiscal General de la Nación o su delegado que resultaba claramente contrario al principio de legalidad (art 29 C.P.) al fijar como presupuestos para autorizar la expedición de órdenes de captura sin mandamiento judicial 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”. En ese orden de ideas la Corte declaró inexecutable 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”.

Expresó en esa ocasión la Corte lo siguiente:

“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 en el análisis de las disposiciones acusadas se 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 debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente

definidos en la ley y que lógicamente no pueden ser menores que los que se exigen al juez de control de garantías como autoridad judicial de ordinario competente para el efecto.

Al respecto cabe advertir 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.

Téngase en cuenta que las condiciones del ejercicio de las competencias deben estar precisamente establecidas en la ley. 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 restringirla en estas circunstancias deben estar expresos en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordene 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. Así 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 acudirse ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado.

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 serán declaradas inexecutable⁴⁵.

3.5. El contenido y alcance del artículo acusado

La norma acusada -artículo 300 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”- se encuentra contenida en el capítulo II sobre “captura” del Título IV sobre “régimen de libertad y su restricción” del Libro II sobre “técnicas de indagación e

investigación de la prueba y sistema probatorio” del referido Código.

En dicho capítulo, del que se predicen las disposiciones comunes contenidas en el capítulo I del título IV aludido, referentes a la “afirmación de la libertad” (art. 295) y “finalidad de la restricción de la libertad” (art. 296)⁴⁶, se regulan los requisitos generales para la captura (art. 297)⁴⁷, el contenido y vigencia de la orden de captura (art 298), el trámite de la misma (art. 299), la captura sin orden judicial (art 300) -acusado-, la flagrancia (art 301), el procedimiento en caso de flagrancia (art 302), los derechos del capturado (art 303), la formalización de la reclusión (art 304) y el registro de personas capturadas (art 305).

De acuerdo con el artículo acusado en los eventos en que proceda la detención preventiva -es decir en los casos a que alude el artículo 313 de la Ley 906 de 2004⁴⁸-, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente ordenes de captura cuando:

i) en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada,

ii) no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y

iii) concurra al menos una de las siguientes causales:

a) Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia;

b) Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

iv) en estos casos, precisa la norma, 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.

Ahora bien es pertinente concordar dicho artículo con el numeral 7 del artículo 114⁴⁹ y el párrafo del artículo 297 de la Ley 906 de 2004⁵⁰ en los que se alude igualmente a la competencia excepcional de la Fiscalía General de la Nación para ordenar capturas.

No sobra recordar que la Corte en relación con la mención que en igual sentido se hacía en el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 se pronunció en la sentencia C-730 de 2005 para declarar la inexecutable de los apartes que así lo establecían por resultar violatorios de los artículos 250-1 y 29 superiores.

Ahora bien por cuanto como se ha precisado en esta sentencia la posibilidad de que el Legislador atribuya a la Fiscalía General de la Nación competencia para efectuar excepcionalmente capturas fue claramente delimitada en el Acto Legislativo 03 de 2002 y en este sentido en caso de que el desarrollo legal de dicha posibilidad no comporte verdaderos elementos de excepcionalidad y por el contrario permita convertir en regla general la excepción así establecida se contrariaría evidentemente el artículo 250-1 superior, resulta pertinente comparar los requisitos que se señalan en el artículo acusado para que el Fiscal General o su delegado pueda proferir excepcionalmente órdenes de captura, con los que se establecen en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 como requisitos generales para la captura, así como con los que se exigen en los artículos 308 y 313 de la misma ley al juez de control de garantías igualmente como regla general para que pueda

decretar la medida de aseguramiento a petición del Fiscal General de la Nación o su delegado.

Al respecto cabe señalar que de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 como regla general para la captura se requerirá:

- i) orden escrita proferida por un juez de control de garantías
- ii) con las formalidades legales y
- iii) por motivo previamente definido en la ley
- iv) el fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida.
- v) el juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.
- vi) capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

A su vez como presupuestos para que el juez de control de garantías a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decrete la medida de aseguramiento los artículos 308 y 313 de la ley 906 de 2004 exigen:

- i) que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente,
 - a) se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga,
 - b) siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:
 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia⁵¹.
- ii) Satisfechos los requisitos anteriores, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:
 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Hechas las anteriores precisiones procede la Corte a efectuar el análisis de los cargos.

4. El análisis de los cargos

4.1 El análisis del cargo por la supuesta vulneración de la reserva judicial de la libertad

4.1.1 Para la demandante el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 acusado vulnera el artículo 28 superior porque se desconocen los presupuestos en él previstos para restringir la libertad y particularmente se omite la exigencia del mandamiento escrito de la autoridad judicial competente que, en su criterio dentro del nuevo sistema penal, no puede ser otro que el juez de control de garantías, quien por su autonomía e independencia está en posibilidad de asegurar condiciones de imparcialidad a quien pueda ser capturado.

4.1.2 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.)⁵², 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 1º 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 como lo explicó la Corte en la Sentencia C-730 de 2005 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.

Ahora bien, lo que resulta relevante, como en la sentencia referida también se señaló, 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 del artículo 300 de la Ley 906 de 2004 acusado en el presente proceso.

4.2 El análisis del cargo por el supuesto desconocimiento del carácter excepcional de la atribución que se establece para la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250-1 de la Constitución.

4.2.1 Así pues, lo que resulta relevante en el presente caso es analizar si la norma acusada se enmarca en el preciso mandato del tercer inciso del numeral 1º del artículo 250 tal como quedó modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 que introdujo el sistema penal acusatorio.

Para la demandante la norma no regula una situación excepcional sino que convierte su contenido en regla general. Posición que comparte el interviniente en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, quien destaca que los requisitos señalados en la norma acusada no son siquiera los mismos que se establecen para que el juez de garantías pueda ordenar capturas, con lo que se desvirtúa claramente el mandato constitucional del artículo 250-1.

Posición diferente plantean el Fiscal General de la Nación (E) y el interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia para quienes la norma sí concreta el mandato señalado en el artículo 250-1 sin que pueda afirmarse que con ella se deje un margen de discrecionalidad tan amplio que permita la arbitrariedad en cuanto a la determinación de los motivos que pueden justificar la detención excepcional a que en ella se alude.

Al respecto la Corte constata i) que no se evidencia en la regulación efectuada por el Legislador en la norma acusada el presupuesto de excepcionalidad a que se refirió el Constituyente derivado en el tercer inciso del numeral 1 del artículo 250 de la Constitución tal como quedó establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 para autorizar la posibilidad de que la Fiscalía realizara capturas; ii) que la norma acusada reitera como requisitos para este efecto algunos de los elementos incorporados en el artículo 2º de la Ley 906 de 2004 que por su indeterminación y excesivo margen de discrecionalidad que otorgaban al Fiscal General de la Nación fueron declarados inexecutable por la Corte en la sentencia C-730 de 2005.

4.2.2.1 Así mientras para poder ordenarse la captura por el juez de control de garantías se requiere orden escrita con las formalidades legales, dicho requisito no se señala para el Fiscal o su delegado en la norma acusada, que alude simplemente a la imposibilidad de obtener inmediatamente orden judicial.

Mientras que en el caso del juez de control de garantías se alude a que: i) la orden de captura debe serlo por un motivo previamente definido en la ley, ii) la restricción de la libertad del imputado resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y iii) se exige que el fiscal acompañado de la policía judicial presente los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida, pudiendo el juez de garantías interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidir de plano, en el caso del Fiscal General o su delegado simplemente se alude a que éste en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada y concurra al menos una de las siguientes causales: a) que exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia o que b) represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

4.2.2.2 De la comparación de los requisitos señalados para que Fiscal General de la Nación o su delegado ordenen capturas con los que se establecen al juez de control de garantías para decretar la medida de aseguramiento se desprende a su vez que:

i) En ambos casos se parte del presupuesto de la procedencia de la detención preventiva a que alude el artículo 313 de la Ley 906 de 200453.

ii) Mientras al juez de control de garantías para poder decretar la medida de aseguramiento se le exige que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: a) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; o b) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o c) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, en el caso del Fiscal General o su delegado simplemente se alude a que éste 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: a) que exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia o que b) represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

De las comparaciones que acaban de hacerse se desprende claramente que el desarrollo hecho por el Legislador en la norma acusada de la posibilidad señalada en el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución no atiende el carácter excepcional al que condicionó el Constituyente derivado la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera realizar capturas. Posibilidad que no solo debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente definidos en la ley sino que lógicamente no pueden ser menores

que los que se exijan al juez de control de garantías como autoridad judicial competente de ordinario para el efecto⁵⁴.

En ese orden de ideas dado que el Legislador en el presente caso al regular la posibilidad aludida optó por establecer requisitos que no comportan la excepcionalidad expresamente exigida por el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución tal como quedó modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 debe concluirse que desconoció dicho texto superior.

A ello debe sumarse que en tanto no se da el presupuesto de excepcionalidad que exigió el Constituyente para atribuirle competencia al Fiscal General de la Nación, -por cuanto se alude a requisitos similares pero menos exigentes que los que se señalan para el juez de control de garantías- nada impide concluir como lo hace la demandante y alguno de los intervinientes que la norma acusada termine convertida en regla general en abierta contradicción con el mandato del artículo 250-1 de la Constitución.

4.2.3 La Corte constata además que en el artículo acusado se incluyeron por el Legislador expresiones muy similares a las que con ocasión del examen del último inciso del artículo 2° de la misma Ley 906 de 2004 llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de varios de sus apartes⁵⁵, por resultar contrarios no solo al artículo 250-1 sino al principio de legalidad (art 29 C.P.) a saber “(...)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 (...)”

Ahora bien, es claro para la Corte que la inclusión de esos elementos dentro de un listado más amplio de requisitos -en todo caso menos exigente que el que se señala para el juez- no cambia las condiciones de indeterminación y de excesiva amplitud con la que se permite por el Legislador el ejercicio de la competencia atribuida por la norma acusada al Fiscal General de la Nación o su delegado, lo que contraría el principio de legalidad en materia penal.

Téngase en cuenta que las condiciones del ejercicio de las competencias deben estar precisamente establecidas en la ley y que en este caso al Legislador el Constituyente derivado le había señalado precisas directrices que no podía desconocer.

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 restringirla en estas circunstancias deben estar expresos en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordene la captura. Empero esto es lo que acaece en el presente caso por cuanto el Fiscal General o su delegado podrán por sí y ante sí establecer que existen motivos fundados para proceder a la captura y valorar la posibilidad o no de acudir al juez de control de garantías para el efecto.

Así las cosas ha de concluirse que igualmente resulta vulnerado el artículo 29 superior.

5. La inexecutable de la norma acusada

Las anteriores consideraciones bastan para declarar la inexecutable del artículo 300 de la Ley 906 de 2004 sin que se haga necesario examinar los demás cargos planteados por la

demandante y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- INHIBIRSE para emitir pronunciamiento de fondo en relación con la acusación formulada en contra del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” por el supuesto desconocimiento del mandato contenido en el inciso introducido en el artículo 28 de la Constitución por el Acto legislativo 02 de 2003 declarado inexecutable por la Corte en la Sentencia C-816 de 2004, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo.- Declarar INEXEQUIBLE el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

AUSENTE CON EXCUSA

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-1001/05

CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Interpretación de principio rector (Aclaración de voto)

Magistrado Ponente:

Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Expediente. D-5582.

Actor: Alba Cristina Melo Gómez.

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto en relación con la decisión adoptada mayoritariamente por esta Corporación, en la sentencia de la referencia, en el sentido de estar de acuerdo con la declaratoria de inexecutable del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, por cuanto el Congreso de la República al regular las condiciones mediante las cuales se faculta al Fiscal General de la Nación o a sus delegados para proferir excepcionalmente órdenes de captura, incurrió en indeterminación y excesiva amplitud, contrariando el principio constitucional de legalidad en materia penal (C.P. arts. 28 y 250).

Sin embargo, me aparto de las consideraciones expuestas en la Sentencia C-1001 de 2005, según las cuales, la declaratoria de inconstitucionalidad era igualmente viable, pues en el artículo demandado se reiteraban como requisitos para llevar a cabo la captura excepcional reconocida en el artículo 250-1 del Texto Superior, algunos de los elementos incorporados en el artículo 2° de la Ley 906 de 2004, los cuales por su indeterminación y por el amplio margen de discrecionalidad que le otorgaban al Fiscal General de la Nación para el ejercicio de dicha competencia judicial, habían sido declarados inexecutable por la Corte en la Sentencia C-730 de 200557. Textualmente, en la providencia frente a la cual aclaro el voto, se manifestó:

“La Corte constata además que en el artículo acusado se incluyeron por el Legislador

expresiones muy similares a las que con ocasión del examen del último inciso del artículo 2° de la misma Ley 906 de 2004 llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de varios de sus partes, por resultar contrarios no sólo al artículo 250-1 sino al principio de legalidad (art 29 C.P) a saber “(...) 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 (...)”.

Ahora bien, es claro para la Corte que la inclusión de esos elementos dentro de un listado más amplio de requisitos -en todo caso menos exigente que el que se señala para el juez- no cambia las condiciones de indeterminación y de excesiva amplitud con la que se permite por el Legislador el ejercicio de la competencia atribuida por la norma acusada al Fiscal General de la Nación o su delegado, lo que contraría el principio de legalidad en materia penal”.

De esta manera, uno de los argumentos en que se apoya la presente decisión tiene como fundamento las consideraciones expuestas en el fallo contenido en la citada Sentencia C-730 de 2005. Por lo cual, teniendo en cuenta que respecto de este último pronunciamiento el suscrito salvo su voto por no compartir las razones del fallo, procedo ahora a aclarar mi posición en esta oportunidad, a fin de preservar la correspondiente coherencia jurídica.

Al respecto, es preciso recordar que la razón que motivó mi salvamento de voto a la mencionada Sentencia C-730 de 2005, lo constituyó el hecho de entender que el artículo 2° de la Ley 906 de 2004, declarado inexecutable en aquella oportunidad, se limitaba a consagrar un principio legal de raigambre constitucional, que en virtud de su textura abierta y su carácter general, no podía ser interpretado aisladamente como una regla jurídica autónoma, sino que debía ser objeto de una hermenéutica integral y sistemática, a partir de los requisitos específicos que el legislador estableció y que, además, llegaré a establecer, en los artículos posteriores del mismo Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, en mi opinión, en dicha oportunidad, no podía la Corte descontextualizar una norma jurídica que recogía un principio legal, que en virtud de su función de guía del orden procesal penal, se limitaba a ser utilizada como fundamento de interpretación, para intentar darle una vocación jurídica autónoma, que el mismo ordenamiento penal no le reconoce⁵⁸. En estos términos, en asocio con los Honorables Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, en aquella ocasión señalamos que:

“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-. (...)

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”.

Por lo anterior, a pesar de compartir en esta oportunidad la declaratoria de inexecutable de la norma demandada por resultar -en esencia- contraria al principio constitucional de legalidad en materia penal, aclaro mi voto, en el sentido de no acoger la reiteración de los argumentos que condujeron a la declaratoria de inexecutable del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, a través de la Sentencia C-730 de 2005.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-1001/05

CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL POR FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Aplicación de interpretación sistemática (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-5582

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Actor: Alba Cristina Melo Gómez

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Teniendo en cuenta que el suscrito magistrado salvó su voto respecto de la decisión adoptada mediante la Sentencia C-730 de 2005, que resolvió declarar inexecutable 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 2º de la Ley 906 de 2004, se permite aclarar el voto en la presente oportunidad. En efecto, ahora la Corte encontró que

los requisitos que se establecían en el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 para que el Fiscal General o su delegado pudieran proferir una orden de captura sin el cumplimiento del requisito general de contar con orden escrita proferida por un juez de control de garantías eran menos exigentes que los que se señalaban para que el mismo juez de control de garantías pudiera ordenar la captura; y que, aunque resultaban similares, tales requisitos también eran menos exigentes que los que se señalaban a dicho juez de control para decretar la medida de aseguramiento; además, estimó que la norma reiteraba como requisitos para este efecto algunos de los elementos incorporados en el artículo 2 de la ley 906 de 2004, los cuales, por su indeterminación y por el amplio margen de discrecionalidad que le otorgaban al Fiscal General de la Nación para el ejercicio de dicha competencia, habían sido declarados inexecutable por la Corte en la sentencia C-730 de 2005. De esta manera, las consideraciones en las que se apoya la presente decisión son básicamente las mismas en que se fundó la Corte para adoptar el fallo contenido en la citada Sentencia C-730 de 2005. Por lo cual, teniendo en cuenta que respecto de este último pronunciamiento el suscrito salvo su voto por no compartir los fundamentos del fallo, procede ahora que aclare que sólo en acatamiento al principio de cosa juzgada ha compartido la decisión aquí adoptada.

En efecto, en el salvamento de voto a la mencionada Sentencia C-730 de 2005, dijo el suscrito entre otras cosas lo siguiente, en asocio con los h. magistrados Rodrigo Escobar Gil y Humberto Sierra Porto:

“... 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 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.

...

“...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 términos anteriores se aclara el sentido del voto proferido en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-1001 DE 2005

Referencia: expediente D-5582

Tema:

- Carácter excepcional de la captura sin orden previa del juez.
- Interpretación sistemática

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala, procedo a sustentar el salvamento de voto manifestado en la Sala Plena respecto de la sentencia C-1001 de 2005.

2.- En dicha providencia se resolvió declarar inexecutable el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 (nuevo Código de Procedimiento Penal) en los cuales se regulaba la posibilidad constitucional de la Fiscalía General de la Nación de realizar capturas sin orden previa del juez de garantías. El mencionado artículo disponía:

“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 ordenes 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:

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.”

3.- La mayoría de la Sala Plena, fundamentó la declaratoria de inexecutable en los argumentos que sirvieron de sustento en la sentencia C-730 de 2005 – en la cual también salvé el voto – para excluir del ordenamiento las expresiones del artículo 2º del nuevo Código de Procedimiento Penal, que igualmente prescribían la posibilidad de la Fiscalía para realizar capturas sin orden previa del juez de garantías. Por ello, en el presente voto particular reitero los apartes pertinentes de las razones expuestas en el salvamento de voto de la mencionada sentencia C-730 de 2005, y además manifiesto mi posición frente a los argumentos nuevos esgrimidos por la Sala.

4.- Como lo advertí, la estructura argumentativa de la sentencia de la cual disiento es, en lo básico, la misma que se desplegó en la sentencia C- 730 de 2005. Los fundamentos son:

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, 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 la restricción del 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.

i. Como excepción a lo anterior, dentro de la reforma constitucional introducida por el artículo 4º del Acto Legislativo Nº 03 de 2002, el inciso tercero del numeral 1º 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 presupuesto 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.

i. 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 la norma que regula dicha autorización, esto es, el artículo 300 del nuevo Código de Procedimiento Penal. De lo dispuesto en este artículo, “...no se evidencia (...) el presupuesto de excepcionalidad a que se refirió el Constituyente derivado en el tercer inciso del numeral 1 del artículo 250 de la Constitución tal como quedó establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 para autorizar la posibilidad de que la Fiscalía realizara capturas; (...) [pues] la norma acusada reitera como requisitos para este efecto algunos de los elementos incorporados en el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 que por su indeterminación y excesivo margen de discrecionalidad que otorgaban al Fiscal General de la Nación fueron declarados inexecutable por la Corte en la sentencia C-730 de 2005.” Por lo que los requisitos establecidos en la norma acusada para autorizar a la Fiscalía General de la Nación para efectuar una captura sin orden judicial resultan “...menos exigentes que los que se señalan de ordinario para que el juez de control de garantías pueda ordenar la captura y que aunque resultan similares también son menos exigentes que los que se señalan al juez de garantías para decretar la medida de aseguramiento.”

5.- De las razones expuestas, comparto plenamente los argumentos (i) y (ii). Con el argumento (iii) no estoy de acuerdo, pues los requisitos dispuestos por el legislador para autorizar excepcionalmente a los fiscales para realizar capturas, son los del artículo acusado y los demás que de manera general norman la restricción de la libertad en el proceso penal.

Con el respeto anunciado, considero que no es como lo afirma la Sala, la disposición por parte del nuevo sistema de procedimiento penal de unos requisitos que regulan la captura en general (art. 297 L. 906/04) y otros que la regulan cuando la va a ordenar un fiscal (art. 300 L. 906/04); y en dicho sentido los segundos menos exigentes que los primeros, luego carentes del carácter excepcional que ordena la Constitución. Sino, los requisitos generales de la captura y adicionalmente los del artículo 300 acusado, si es que la captura la va a ordenar un fiscal; y en este sentido los requisitos del artículo demandado complementan los requerimientos generales para realizar una captura, precisamente, en casos excepcionales.

Así pues, como quiera que la regulación contenida en el mencionado artículo 300, es complementaria, y no ajena, al resto de requisitos que autorizan la restricción de la libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal, la disposición acusada no debió ser declarada inexecutable. O, en última instancia, por la trascendencia de las regulaciones relativas a la restricción de la libertad personal de los ciudadanos, debió declararse executable bajo el entendido que a los requisitos del artículo 300 se sumaban los demás requisitos del artículo

297, para que la captura pudiera ser ordenada por un fiscal.

La interpretación descrita del artículo demandado, y que considero más adecuada que aquella por la que optó la mayoría de la Sala Plena, se sustenta en los siguientes argumentos:

6.- Según el nuevo sistema de procedimiento penal, la restricción de la libertad es posible si solo si:

i. La ordena por escrito el juez de garantías

i. La orden contiene los motivos de la captura y los datos que permiten individualizar a quien se va a capturar.

i. Existe un motivo previa y explícitamente definido en la ley que autoriza realizar la captura.

i. Existen elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, que fundamenta la medida de restricción de la libertad.

i. Es posible acceder directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y a los argumentos del fiscal, para decidir la pertinencia de la captura.

Ahora bien, si el caso es que la captura pretende ordenarla un fiscal, sal el requisito (i), se deben tener en cuenta además los siguientes:

i. Que la investigación que se adelanta contra quien se va a ordenar la captura verse necesariamente sobre mínimo uno de los tres tipos delitos de que habla el artículo 313 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

i. Que del cumplimiento de los requisitos (iv) y (v), esto es del material probatorio y el acceso a los testigos peritos y/o funcionarios, se desprendan motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada.

i. Que del cumplimiento de los requisitos (iv) y (v), esto es del material probatorio y el acceso

a los testigos peritos y/o funcionarios, se concluya que existe riesgo de que la persona evada la acción de la justicia o lleve a pensar que la persona contra quien se va ordenar la captura representa peligro para la comunidad o va a obstruir la investigación.

i. Y por último, que en presencia de lo anterior existan además, motivos que razonablemente le impidan al fiscal que va a realizar la captura, acudir a un juez para solicitar la orden.

De conformidad con lo anterior, considero que en una interpretación sistemática del sistema de procedimiento penal, la captura que eventualmente puede ordenar un fiscal, fue dispuesta por el legislador como procedente si y solo si se cumplen los anteriores nueve (9) requisitos – siendo el primero que la orden la emita un fiscal -. Mientras que la captura que ordena un juez de garantías es procedente mediante el cumplimiento de los cinco (5) primeros requisitos descritos.

En este orden de ideas, es errado afirmar que los requerimientos de la autorización a los fiscales para realizar capturas son menos exigentes que los que debe cumplir el juez de garantías para lo propio; y concluir a raíz de ello que no existen elementos de excepcionalidad en la mencionada autorización y que los fiscales podrían convertir la eventual posibilidad de capturar en la regla general. Pues, para mí es claro que el fiscal que pretenda ordenar una captura debe verificar el cumplimiento del conjunto de los nueve (9) requisitos listados arriba y en dicho sentido, los supuestos de hecho para él son mas estrictos y se refieren a causales que debe interpretar razonablemente.

Llama la atención de igual manera que la Sala al comparar los requisitos que de ordinario se le exigen al juez para ordenar una captura, y los que se le exigen al fiscal para esto, asevera que en ambos casos se parte del supuesto de la procedencia de la detención preventiva. Esto no es acertado, pues por un lado, en ninguna norma se establece o se deriva que es requisito para que el juez de garantías pueda ordenar una captura, que la investigación verse sobre un delito frente al cual proceda la detención preventiva. Y por otro lado, porque no es lo mismo captura que detención preventiva. De esto se concluye que el requerimiento consistente en que la investigación deba ser sobre un delito frente al que proceda la detención preventiva para que proceda la captura, se exige solamente en la situación excepcional que sea el fiscal quien la va a ordenar.

7.- Adicionalmente, en el salvamento de voto a la C-730 de 2005, presente consideraciones que a mi juicio eran de obligatorio análisis para contextualizar la regulación que el legislador dispuso para la autorización excepcional a los fiscales de realizar captura sin orden previa del juez. Las transcribo a continuación:

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.

Por otro lado, 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.

Ahora bien, 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, contenidas en la norma acusada. 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.

Por ello, el carácter excepcional está dado en esencia por la ocurrencia de una serie de causales, junto con la imposibilidad del Fiscal de conseguir una orden del juez para realizar una captura, en un momento determinado. Para lo cual sólo sirven como razones la verificación de situaciones que razonablemente no permitan a dicho funcionario acceder al funcionario a la orden del juez. Lo anterior sugiere situaciones fácticas muy particulares que deben ser valoradas por el fiscal. Su eventual ocurrencia remite a factores de orden temporal y de orden probatorio. Por un lado están las llamadas situaciones urgentes⁵⁹, que para mí no son otra cosa que: el evento en que se considera que sólo se tiene una oportunidad para realizar la captura, y el funcionario se encuentra frente a ella sin la orden escrita del juez.

Esta situación por demás, parece bastante excepcional, pues si se asume que no hay flagrancia, y que el impulso del proceso mediante la investigación del fiscal ya ha comenzado, entonces su ocurrencia podría pensarse a partir de un número reducido de casos. Por ejemplo, si no hay identificación (individualización) de la persona que se cree que ha participado en el delito investigado, el fiscal puede lograr dicha identificación en el momento menos previsto, por ejemplo, en la tarea de recolectar otras pruebas. En este evento podría decirse que, en presencia de las otras causales – por supuesto –, el fiscal estaría ante una situación de urgencia, que amerita realizar la captura inmediatamente, a la vez que hace irrazonable, por el tiempo que le llevaría, solicitar la orden al juez. Esta podría describirse como una situación urgente en la que una actuación judicial o un evento, ocurridos en desarrollo del proceso derivan en la necesidad de inmediata de realizar la captura. En otras palabras, hacen irrazonable aguardar el tiempo que requiere solicitar una

orden a un juez. Son entonces casos urgentes debido a la ocurrencia de hechos imprevisibles, frente a los que el fiscal no tiene otra opción que realizar la captura en forma inmediata. Pero esto es sólo un ejemplo de una situación fáctica de las muchas que se pueden dar.

La Corte misma, también ha hecho referencia a que dadas las condiciones geográficas del país, debe considerarse como probable que en ciertas zonas, sea excepcionalmente complicado conseguir una orden de captura proferida por la autoridad competente. En la C-344 de 1996, al declarar la constitucionalidad de la detención preventiva sin orden judicial en un decreto dictado en virtud de la declaratoria de conmoción interior, se reconoció que la imposibilidad de conseguir una autorización judicial, era factible en atención a que “[e]s claro que en zonas selváticas, o alejadas de la poblaciones, (...), es imposible pretender que un fiscal [quien en el antiguo régimen penal era el funcionario competente para emitir la orden de captura] acompañe permanentemente a todo soldado y a todo agente de policía⁶⁰”.

Cuando se analizó la obligación de cumplir con el plazo otorgado a funcionarios no-judiciales para poner a disposición de un juez al capturado, se presentó el mismo argumento, señalando que: “...la obligación en cuestión se halla directamente vinculada a una serie de obligaciones prestacionales del Estado. La realización o el cumplimiento de esta obligación supone que el Estado tiene que garantizar que desde cualquier lugar del territorio colombiano, sin consideración a las circunstancias en que se realiza la captura, puede accederse a una autoridad judicial en el término máximo de 36 horas. (...)También puede ocurrir, por razones de la extensión del territorio y su desigual poblamiento, o por desplazamiento de las autoridades judiciales ⁶¹”. Aunque esta justificación, se ubica estrictamente como fundamento de la demora para poner a disposición del juez al capturado dentro del término establecido por la Constitución. Esto es, dicha fundamentación no se extiende – por ningún motivo –, para sustentar una demora superior de las 36 horas que la Constitución establece. De ahí, que las circunstancias fácticas de orden temporal tengan como límite, los términos establecidos constitucional y legalmente.

De igual manera, esta circunstancia podría describirse como: una situación urgente debido a las condiciones particulares del lugar en donde surgió la única posibilidad para el fiscal de realizar la captura. La anterior es también una situación fáctica de las muchas posibles.

Aunque, lo anterior propone que en la práctica se presentarían situaciones en las que resultaría inaceptable esgrimir este argumento. Por ejemplo en las ciudades capitales en las poblaciones de cierto tamaño y ubicación, siempre y cuando no se presente una situación urgente derivada de la ocurrencia de hechos imprevisibles en desarrollo del proceso.

Por lo explicado, considero el artículo 300 del nuevo Código de Procedimiento Penal pudo ser interpretado razonablemente de acuerdo con el orden constitucional y se ajusta al contexto en el que se desarrolla el proceso penal. De ahí que no comparto su exclusión del ordenamiento.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Inciso declarado inexecutable en el aparte a que alude el interviniente en la Sentencia C-730 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Humberto Sierra Porto.

2 Defectos a los cuales se ha referido la jurisprudencia de la Corte cuando ha señalado la ineptitud de una demanda de inconstitucionalidad, por inadecuada presentación del concepto de la violación. Cfr. los autos 097 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y 244 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño y las sentencias C-281 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-519 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-177 de 2001 M.P. Fabio Morón Díaz, C-013 de 2000 y C-362 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Gálvis, C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre varios pronunciamientos.

3 Ver por ejemplo, el Auto de Sala Plena 244 de 2001

4 Ver entre otras las Sentencias C-1052/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-362/01 y C-510/04 M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

5 Entre otros los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación es los estados de excepción. (C-358 de 1997), los tratados limítrofes (C -191 de 1998) y los Convenios 87 y 88 de la O.I.T (T- 568 de 1999).

6 Ver Sentencias C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-774-2001 M.P. Rodrigo Escobar.

7 Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

8 Al respecto pueden consultarse las sentencias C-195 de 1993 y C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

9 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias No. C-225 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

10 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

11 Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Subrayas fuera de texto

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

12 Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

13 - Artículo 4o. "Derechos Intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles; el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia; de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados.” (subrayas fuera de texto).

14 Corte I.D.H., Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9.

15 Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna

naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

16 Ver A.V. Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa a la Sentencia C- 774-2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

17 Corte I.D.H., Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9.

18 Ver Sentencia C-200/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis . S.P.V. Jaime Araujo Rentarías.

19 ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

20 Artículo 15.

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. (...).

21 En este acápite se reiteran las consideraciones hechas en la Sentencia C-730 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis

22 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.

23 Sentencia C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

24 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.

25 Sentencia C-301/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

26 Ver, entre otras, la Sentencia C-626/98 M.P. Fabio Morón Díaz.

27 Sentencia C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

28 Sentencia C -397 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz.. Subrayado por fuera del texto original.

29 Sentencia C- 1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

30 Sentencia T-490/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 Al respecto ver, entre otras, las sentencia C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

32 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.

33 En el numeral f) del artículo 38 de la Ley 137 de 1998 Estatutaria de los estados de excepción -Declarado executable 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.

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)

34En 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”.³⁴

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.³⁴

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.³⁴

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.

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.³⁴

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.

35 En este acápite se reiteran las consideraciones hechas en la Sentencia C-730 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis

36 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

37 M.P. Clara Inés Vargas Hernández .

38 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

39 Ver Sentencia C-873/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

40 Ibidem

41 Ver Sentencia C-1092/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis

42 Ver Sentencia C-592/05 M.P. Álvaro Tafur galvis

43 Ver Sentencia C-591/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

44 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 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.

45 Sentencia C-730 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Humberto Sierra Porto.

46 “CAPITULO I.

DISPOSICIONES COMUNES.

ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter

excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

47 CAPITULO II. CAPTURA.

ARTÍCULO 297. REQUISITOS GENERALES. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.

Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

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

48 ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

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.

50 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

51 En relación con los supuestos enunciados en los numerales 1, 2 y 3 el Código precisa lo que debe entenderse por “obstrucción de la justicia (art. 309), peligro para la comunidad (art 310), peligro para la víctima (art. 311) y no comparecencia (art 312).

52 ARTÍCULO 116.— Reformado. Acto Legislativo No. 03 de 2002. ART. 1º

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.

53 ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

54 Ver Sentencia C-730/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

55 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. Los apartes tachados fueron declarados inexecutable.

56 De conformidad con el cual: “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”.

57 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

58 Sobre la materia, dispone el artículo 26 de la Ley 906 de 2004: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposiciones de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”. (Subrayado por fuera del texto original).

59 “En casos urgentes puede ser necesaria la privación de la libertad inmediata a través de la fiscalía, de los funcionarios policiales o de personas privadas, sin que sea posible obtener con anterioridad, la orden de detención escrita por el juez. Una detención semejante, no prescrita por el juez sólo es admisible como medida temporal”. Roxin op. Cit. Pág. 278.

60 C-344/96

61 C-215/02. F.J. 109