

Sentencia C-239/12

CAPTURA EFECTUADA EN NAVES SUJETAS A UNA OPERACION DE INTERDICCION MARITIMA-Exequibilidad condicionada

CAPTURA EFECTUADA EN NAVES SUJETAS A UNA OPERACION DE INTERDICCION MARITIMA-Inhibición para pronunciarse sobre el cargo de igualdad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Protección constitucional

LIBERTAD PERSONAL-Limitaciones y garantías según la jurisprudencia constitucional/LIBERTAD PERSONAL-Triple naturaleza jurídica

PRINCIPIO DE RESERVA JUDICIAL EN PRIVACION DE LIBERTAD-Alcance

LIBERTAD-Constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad

EXCEPCIONES A LA RESERVA JUDICIAL PARA LA PRIVACION DE LA LIBERTAD-Jurisprudencia constitucional/FLAGRANCIA-Alcance/FLAGRANCIA-Supuestos

Sobre la figura de la flagrancia, ha dicho la jurisprudencia de esta Corte que corresponde a “una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades [o de los particulares], cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba(...)”. Esta excepción a la reserva judicial de la primera palabra está determinada por la proximidad viva al hecho delictivo en cuanto tal, lo cual genera una autorización a quien fuera, particular o autoridad pública, para capturar al que lo comete, lo ha cometido, o existen ciertas, claras y objetivas razones para creer que así lo es

o lo fue. Lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dicho que la expresión flagrancia viene de “flagrar” que significa arder, resplandecer, y que en el campo del derecho penal, se toma en sentido metafórico, como el hecho que todavía arde o resplandece, es decir que aún es actual. No obstante, también se ha precisado que este requisito ofrece una cierta graduación temporal, limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito. En ese sentido se ha dicho que habrá flagrancia en tres supuestos diferentes: el primero, al que se le ha denominado “flagrancia en sentido estricto”, cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito; el segundo supuesto, el de la “cuasiflagrancia” cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; por último la “flagrancia inferida” hipótesis en la que la persona no ha sido observada en el momento de cometer el delito, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-Garantías que fijan condiciones para limitar este derecho

En el artículo 28 C.P. se estructuran como verdaderas reglas constitucionales, “encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental”. Así, de acuerdo con ese precepto “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (...)”. Con ello, se fijan límites precisos sobre los motivos y condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Lo anterior sin olvidar que la intervención judicial opera “tanto en el momento de disposición a través de una orden motivada, como en el momento del control de legalidad de una efectiva privación de la libertad”, con lo cual el juez se

convierte en el más cierto garante de la libertad. Una condición que “se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones (...)”.

CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA-Límite temporal de treinta y seis (36) horas/LIMITE TEMPORAL DE DETENCION O CAPTURA-Alcance

PERSECUCION DEL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS-Obligaciones del Estado

PERSECUCION DEL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS-Convenios internacionales aplicables en Colombia

INTERDICCION MARITIMA-Concepto

La interdicción marítima es un procedimiento adelantado por la Armada Nacional, que se encuentra intensamente regulado por el derecho interno, además de sus soportes en los compromisos adquiridos en el ámbito internacional. Un procedimiento que en atención a las circunstancias fácticas de cada caso, puede ocurrir tanto en aguas jurisdiccionales o internacionales, sobre naves, buques o en general embarcaciones de origen nacional o extranjero, sobre individuos colombianos o de otras naciones, y autorizar la detención de máquinas, visita, inspección y el desvío a puerto de aquellos, de sus mercancías y ocupantes, para ser puestas a disposición de las autoridades competentes, cuando se encuentren pruebas o indicios de que la misma se dedica al tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o de los productos esenciales para su elaboración, sin contar en este último caso con las autorizaciones requeridas.

INTERDICCION MARITIMA-Contenido y alcance

CONTROL Y VIGILANCIA DE NAVES Y ARTEFACTOS NAVALES EN AGUAS MARITIMAS Y FLUVIALES JURISDICCIONALES-Procedimiento de interdicción marítima y garantía de los derechos fundamentales

ORDEN DE CAPTURA-Elementos sustanciales que debe reunir

DETENCION PREVENTIVA-Contenido normativo

INTERDICCION MARITIMA-Condicion/INTERDICCION MARITIMA-Motivos de sospecha para su aplicaci3n deben ser razonables

Su inclusi3n en el C.P.P., con el par3grafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, sirve empero para fijar algunas garant3as espec3ficas, a saber: (i) Se determina la condici3n f3ctica de que los motivos de sospecha para aplicar la interdicci3n mar3tima deben ser razonables. (ii) Se dispone el mandato de que la conducci3n a puerto de la nave objeto de interdicci3n y de las personas que se encuentran a bordo de ella, debe ser inmediata. (iii) La conducci3n a puerto se hace con el objeto de que "se verifique el car3cter il3cito de las sustancias transportadas". (iv) "En este caso", esto es, en el de la interdicci3n mar3tima efectuada sobre una barca o nave que transporta sustancias que se sospecha razonadamente contienen estupefacientes o sustancias psicotr3picas, "el t3rmino se3alado en el par3grafo anterior" o sea el de las 36 horas que se prevé para poner a la persona a disposici3n del juez de control de garant3as, "se contar3 a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas son il3citas en el puerto". (v) El conteo espec3fico del t3rmino para llevar ante el juez a las personas capturadas, se aplicar3 "siempre y cuando" se re3nan dos condiciones sine qua non adicionales: uno, que "se cumpla el procedimiento de interdicci3n mar3tima" y dos, que "se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados".

INTEGRACION UNIDAD NORMATIVA-Procedencia

CAPTURA EFECTUADA EN NAVES SUJETAS A UNA OPERACION DE INTERDICCION MARITIMA-Constitucionalidad condicionada

DETENCION O CAPTURA-Cumplimiento del t3rmino de las 36 horas est3 ligado de manera indisoluble al cubrimiento de prestaciones por parte del Estado/DETENCION O CAPTURA-Cumplimiento a cabalidad con el rigor que el bien jur3dico de la libertad impone, pero dentro del margen de posibilidad que determinen las circunstancias

DETENCION O CAPTURA EFECTUADA EN NAVES SUJETAS A UNA OPERACION DE INTERDICCION MARITIMA-T3rmino de 36 horas para poner a disposici3n a las personas capturadas, no puede contarse desde el momento en el cual se verifique en puerto que las sustancias transportadas son il3citas

NORMA ACUSADA-Criterios para determinar cuando es procedente su condicionamiento

Sobre los criterios para determinar cuándo es procedente el condicionamiento de una disposición sometida a control, se dijo en sentencia C-251 de 2002. “La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada los siguientes criterios: i) Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la disposición legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios; ii) Si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico. En este caso, el objeto de la sentencia sería la disposición, porque todos sus significados son inconstitucionales (sentencia C-492 de 2000); iii) Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuáles algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento.

CAPTURA EFECTUADA EN NAVES SUJETAS A UNA OPERACION DE INTERDICCION MARITIMA- Deberes de la Armada Nacional y Fiscalía

La Armada Nacional deberá celosamente procurar: i) el inmediato desvío de la nave objeto de interdicción marítima, dentro de las condiciones que razonablemente lo permitan para la mayor seguridad de los capturados y de la operación naval; ii) la estricta protección de los derechos fundamentales de las personas capturadas en flagrancia; iii) el cumplimiento de la integridad de formas y garantías que reglan el procedimiento de interdicción marítima; iv) la diligente y pronta comunicación y coordinación con las autoridades competentes, en particular la Fiscalía para que provea lo necesario para recibir con prontitud en puerto la nave, las sustancias transportadas sobre las que se sospecha de modo razonable su ilicitud y naturalmente las personas a bordo capturadas. La Fiscalía por su parte, deberá arreglar todo lo necesario para que una vez llegados a puerto, de inmediato verifique con su cuerpo técnico la ilicitud de las sustancias, y conforme lo señalado por la Corte en sentencia C-591 de 2005 con relación al art. 302 del C.P.P., examine si dicha captura fue o no legal, es decir,

“si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia (...) así como los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional”. En concreto, para que verifique, conforme a lo previsto en el párrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, que las sustancias analizadas fueren ilícitas o no, se cumplió o no rigurosamente con el procedimiento de interdicción marítima, o se vulneraron o no derechos fundamentales de los involucrados. Pues en caso negativo, como entonces se dijo, por tratarse de una captura ilegal, la o las personas afectadas deben ser liberadas por la Fiscalía, “imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”, como lo establece el art. 302, inc. 3º del C.P.P. Y finalmente, en caso de estimarse legal la captura por la situación de flagrancia, la Fiscalía deberá remitir con las formalidades del inciso 4º de ese último precepto, ante el juez de control de garantías a los capturados en flagrancia por la Armada Nacional, para que decrete, si se dan las condiciones del artículo 308 C.P.P., la medida de aseguramiento. Todas las anteriores actividades, deberán asegurar que la garantía del artículo 28 constitucional se preserve y en todo caso transcurra el menor tiempo posible desde el momento de la captura en flagrancia producto de la interdicción marítima y el control efectivo de la restricción de la libertad de los implicados por el juez competente, de modo que no supere las 36 horas contadas desde el arribo a puerto colombiano, como forma de proteger la libertad personal y la garantía de reserva judicial de la primera palabra, así como los demás bienes jurídicos que protege el precepto.

Referencia: expediente D-8638

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 56, párrafo 2o (parcial) de la ley 1453 de 2011.

Actor: Edwing Jabeth Arteaga Padilla

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Bogotá, DC., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012)

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y admisión

El ciudadano de la referencia, en ejercicio del artículo 40 de la Constitución y fundamentando su actuación en el Decreto Reglamentario 2067 de 1991, instauraron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 56, parágrafo 2o (parcial) de la ley 1453 de 2011 por considerar que tales disposiciones violaban los artículos 13 y 28 de la Constitución Política, así como el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

La demanda fue admitida mediante Auto del catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) (Cuad. 1, folio 253), que simultáneamente ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación, para que rindiera concepto en los términos de los artículos 242-2 y 278-5 de la Carta Política.

A continuación se transcribe el texto de la norma que se acusa:

ARTÍCULO 56. CONTENIDO Y VIGENCIA. El artículo 298 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 298. Contenido y vigencia. El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el delito que provisionalmente se señale, la fecha de los hechos y el fiscal que dirige la investigación.

La orden de captura tendrá una vigencia máxima de un (1) año, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de Policía Judicial encargado de hacerla efectiva.

La Policía Judicial puede divulgar a través de los medios de comunicación las órdenes de captura.

De la misma forma el juez determinará si la orden podrá ser difundida por las autoridades de policía en los medios de comunicación, durante su vigencia.

PARÁGRAFO. La persona capturada en cumplimiento de orden judicial 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. Lo aquí dispuesto no se aplicará en los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia, caso en el cual será dispuesto a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia.

PARÁGRAFO 2o. Cuando existan motivos razonables para sospechar que una nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los miembros uniformados de la Armada Nacional deberán aplicar el procedimiento de interdicción marítima y conducir inmediatamente la nave y las personas que estén a bordo al puerto para que se verifique el carácter ilícito de las sustancias transportadas. En este caso, el término señalado en el párrafo anterior se contará a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas son ilícitas en el puerto, siempre y cuando se cumpla el procedimiento de interdicción marítima y se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados.

3. Del contenido de la demanda

El actor estima que el párrafo 2º (parcial) del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, viola los artículos 13 inc. 1º y 28 de la Constitución Política, así como el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su juicio, el texto de la norma acusada establece que se puede retener o detener a una persona por un tiempo indeterminado, mientras se comprueba el carácter ilícito de las sustancias transportadas. De este modo, el término constitucional de las 36 horas para el control de legalidad de la captura por parte del juez de control de garantías, sólo se comienza a contar después de esa comprobación y no desde el desvío de la nave objeto de interdicción marítima. Con ello se vulnera de manera evidente la Constitución (folio 5, cuaderno principal).

Tras describir con un ejemplo la situación que admite en su opinión la norma, el ciudadano concluye que con lo allí previsto, “no se estaría investigando para capturar, sino capturando para investigar”; se estaría afectando el derecho de libertad mientras se comprueba la tipicidad. Dice también que mientras se desvía la nave y se investigan las sustancias no se determina la calidad en la que se encuentra la persona retenida, aunque insinúa que por su

deber de esperar la comprobación de la ilicitud de las sustancias en puerto, ésta se encuentra capturada; así, el legislador sobrepasa el límite de configuración legislativa, abriendo la posibilidad de que el estricto control de legalidad que la Constitución señala en un término cierto de treinta y seis horas siguientes a la captura, detención o retención, se haga dentro de un tiempo mayor.

Además, el actor asevera que los “jueces deben velar porque el respectivo control de legalidad se realice dentro de un plazo razonable sin que, en ningún caso, exceda las treinta y seis horas”. Se atenta entonces contra ese principio, “en la medida en que crea unos supuestos fácticos en que se puede justificar un término superior” (folio 6, cuaderno principal).

Por lo demás enfatiza que la obligación de un control de legalidad realizado dentro de un plazo razonable, tiene un importante fundamento jurídico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la razonabilidad del plazo se puede establecer según “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”, todo de conformidad con el “análisis global del procedimiento” (folio 6). El plazo de las treinta y seis horas es en la Constitución colombiana, el plazo razonable que cumple con el mandato de los tratados internacionales de actuar sin demora, dentro del menor tiempo posible. Treinta y seis horas que operan, añade el ciudadano, como “instrumento idóneo y capaz de proporcionarle al juez unos parámetros apropiados hacia una correcta decisión en ejercicio de su función constitucional, con la cual podrá realizar un verdadero control de legalidad”.

Se sobrepasó entonces, a su criterio, el límite de configuración legislativa al desconocer lo previsto en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando establece que “Toda persona detenida o retenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Igualmente, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos enuncia que “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella (...) Toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

Finalmente, agrega que en relación con el artículo 13 de la Constitución Política, el mismo resulta vulnerado por la disposición acusada, al brindar dos tratamientos distintos a personas que se encuentran en la misma situación jurídica y que, por consiguiente, deben recibir la misma protección. Precisa a este respecto, que mientras en los demás eventos el término de 36 horas empieza a contabilizarse inmediatamente se realiza la aprehensión, en el supuesto de hecho contenido en la disposición acusada tal contabilización inicia luego que se acrediten ciertas situaciones. Lo anterior, a todas luces, quebranta el principio-derecho de igualdad (folio 7).

4. Intervenciones

4.1. Ministerio de Justicia y del Derecho

Mediante escrito radicado el 21 septiembre de 2011, el Ministerio del Interior y de Justicia solicita declarar exequible el artículo acusado.

La inconformidad del actor, dice el Ministerio, consistente en que el término de las treinta y seis (36) horas para poner el capturado a disposición del juez de control de garantías, se deba contar desde el momento en el cual la nave sospechosa es desviada a puerto, y no una vez se haya comprobado el carácter ilícito de las sustancias transportadas en dicha nave.

Al respecto observa que el problema formulado debe ser resuelto teniendo en cuenta lo dicho por la Corte en sentencia C-251 de 2002, en la cual se examinó la constitucionalidad, entre otros, del artículo 58 de la Ley 684 de 2001, conforme al cual, cuando un miembro de la Fuerza Pública capture a una persona sorprendida en flagrancia, deberá ponerla a disposición de la autoridad judicial competente, mediante comunicación inmediata, verbal o escrita, y la entrega física del capturado se hará en el término de la distancia, debidamente justificada. En esta providencia, dice el Ministerio, la Corte precisó que dicha obligación se halla directamente vinculada a una serie de prestaciones a cargo del Estado y que, por tanto, su cumplimiento no implica que se deban garantizar, sin consideración a las circunstancias en que se realiza la captura. Esto es, con la imposición de que desde cualquier lugar del territorio colombiano, pueda accederse a una autoridad judicial en el término máximo de 36 horas. Una interpretación así, resultaría incompatible con el orden constitucional pues desconoce las situaciones excepcionales o de absoluta necesidad que explican y justifican que la entrega física del capturado a la autoridad judicial no se produzca dentro del señalado

término previsto en el artículo 28 constitucional. Lo anterior, “siempre y cuando la respectiva autoridad que practique la captura realice todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea entregada a una autoridad judicial”. De tal suerte, a juicio del Ministerio, “para el caso de la norma acusada (...) se dan los presupuestos que justifican la postergación de la entrega del capturado a la autoridad judicial hasta que se efectúe el procedimiento de interdicción marítima y se compruebe la ilicitud de las sustancias transportadas en la nave objeto de interdicción (...)” (folio 41).

Así mismo, luego de transcribir apartes de una investigación realizada sobre las operaciones de interdicción marítima, la forma como opera, las distancias en que se puede realizar, los equipos con que cuenta la Armada Nacional, el acuerdo existente con los Estados Unidos de Norteamérica para los efectos de suprimir el tráfico ilícito por mar¹ (folios 42-48), el Ministerio arguye que en el marco de una captura en desarrollo de una interdicción marítima, que por lo general se realiza en puntos muy lejanos a las costas, se hace materialmente imposible, en la mayoría de los casos, poner físicamente a la persona o personas capturadas en flagrancia, ante el juez de control de garantías, en el término de treinta y seis horas. Ello, sin desconocer también otras dificultades como las condiciones oceanográficas y climatológicas o técnicas de la captura, que también pueden retrasar el transporte de la nave hasta la costa y la autoridad judicial.

Finalmente, el Ministerio concluye que la norma acusada no restringe el principio constitucional de libertad en forma irrazonable ni injustificada, teniendo cuenta de la realidad y de las situaciones fácticas diferentes, es decir, las muy difíciles condiciones de hecho en que técnica y objetivamente se adelantan las operaciones de interdicción marítima. Resulta razonable establecer que el término de las treinta y seis horas solo se inicie una vez se efectúe la interdicción marítima y se compruebe en el puerto la ilicitud de las sustancias transportadas. De esta manera, el legislador sólo ha creado una regulación que resulta coherente con la realidad (folio 49).

4.2. Defensoría del Pueblo

Con el oficio No. 4010-137 del 27 septiembre de 2011, la Defensoría del Pueblo intervino en proceso para solicitar a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable de la norma

demanda.

Sobre lo planteado en la demanda observa en primer lugar, que el derecho a la libertad personal es uno de los pilares fundamentales de la Constitución. De allí que, observa la Defensoría, la Corte Constitucional lo haya protegido con celo, reconociendo además el carácter excepcional de su limitación por parte del legislador (cita las sentencias C-163 de 2008 y C-393 de 1997).

En este orden, observa la Defensoría del Pueblo, la propia Constitución ha dispuesto de reglas “encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad”, las cuales se relacionan con la necesidad de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente para la afectación de la libertad, el cumplimiento de las formalidades legales, motivos previamente definidos en la ley, la puesta a disposición ante el juez competente de la persona detenida preventivamente dentro de las treinta y seis horas siguientes para que se adopte la decisión que corresponda y por último, la prohibición de penar con la libertad las deudas, o de imponer penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Concluye de lo anterior que los límites de la libertad derivados del artículo 28 C.P., se refieren sólo a dos circunstancias, “una subjetiva que alude a la detención o limitación efectiva del derecho de libertad, y en segundo lugar, una objetiva, el tiempo, establecido constitucionalmente de manera precisa en un término máximo de 36 horas”. Con base en lo anterior señala con respecto al precepto demandado: “Así las cosas, la hipótesis contemplada en la norma demandada, introduce sin ninguna justificación, un elemento extraño a los dos mencionados, a saber, el examen y juicio sobre la eventual ilicitud de la sustancia transportadora, como condición de posibilidad del inicio del término de 36 horas para ser puesto a disposición de una autoridad judicial competente. Así, entre la circunstancia objetiva de la retención y la objetiva del tiempo, la norma acusada introduce un juicio de ilicitud sin fundamento constitucional”(folio 61).

Por lo demás, observa la Defensoría, “la gravedad y modalidad de la conducta no justifican el exceso de las restricciones propias de la detención preventiva”. Ello por cuanto la “probable modalidad y gravedad de la conducta tipificada en la norma acusada, no justifican la imposición de la medida contemplada, pues estas categorías son fines o propósitos de la

pena que exceden los objetivos propios de la detención preventiva, que se enmarcan de manera general en la comparecencia al proceso, la conservación de las pruebas y la protección de la comunidad, violando en este sentido la prohibición de exceso en la regulación para el Legislador” (folio 61). Apoya su argumento con jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias T-260 de 1995 y T-1081 de 2004), para señalar que decisiones ulteriores no pueden convalidar automáticamente la situación irregular de privación de la libertad, entre otras, por prolongación ilícita de los términos.

4.3. Procuraduría General de la Nación

Mediante concepto No 5230 del 19 octubre de 2011, la Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que se declare inhibida para pronunciarse sobre la demanda de inexecutableidad formulada contra el artículo 298 de la Ley 1453 de 2011.

En efecto, tras señalar el problema jurídico de fondo que a su juicio plantea el actor, el Ministerio Público retoma los requisitos mínimos que la ley y la jurisprudencia han establecido para encontrar admisibles las demandas de inexecutableidad. Con base en lo anterior, afirma que en el presente caso, tales requisitos no se han cumplido porque no se establece oposición cierta y específica entre el aparte demandado y las normas superiores que se señalan como vulneradas. “En lugar de esto, se hace una particular interpretación del texto legal, a partir de una serie de hipótesis sobre los efectos de su aplicación, que se opone a algunos criterios o principios generales señalados en las normas superiores (...)”. Es decir, que la demanda en su opinión, “se funda en razones impertinentes e insuficientes para activar la jurisdicción constitucional” (folios 76-77).

En efecto, la Procuraduría observa que en el aparte demandado, no se establece un término especial o diferente de las 36 horas previstas en la Constitución, la única diferencia existe respecto del momento a partir del cual se cuenta el anterior término. Adicionalmente, no es posible sostener que el aparte demandado permita postergar de manera indeterminada la puesta a disposición de la persona detenida a bordo de la nave a instancias de un juez, porque la conducción a puerto debe ser inmediata, como también lo debe ser la verificación de las sustancias transportadas para establecer si son ilícitas o no.

Además observa que la conducción a puerto y la verificación de las sustancias, tampoco podrían ser sometidas a un plazo inflexible, dadas las variables geográficas, de navegación,

mecánicas y de existencia de puertos cercanos. Lo último, sin descontar que el precepto incluye estándares de validación como los motivos razonables para sospechar que la nave está siendo empleada para el tráfico de estupefacientes y también que se debe cumplir con el procedimiento de interdicción marítima, al igual que con el respeto de los derechos fundamentales de los involucrados.

En fin, recalca en que es evidente que el precepto acusado no supone una autorización para capturar con fines de investigación y los posibles abusos en que puedan incurrir las autoridades marítimas, con lo cual los argumentos de la demanda no son pertinentes o suficientes para que la Corte lo declare inexecutable (folio 73).

4.4. Auto de mejor proveer e intervención de las Fuerzas militares de Colombia- Armada Nacional.-

Una vez recibidas las intervenciones y el concepto del Ministerio Público, el despacho del magistrado sustanciador estimó necesario proferir un auto de mejor proveer para los efectos de obtener información completa sobre la normatividad que rige y define el procedimiento de interdicción marítima, por resultar esencial para el cabal entendimiento de la norma acusada. Así, se ordenó mediante auto del 27 de octubre de 2011, oficiar a la Armada Nacional, para que informara a la Corte sobre el particular (folio 82).

En atención al auto señalado, con oficio recibido el 9 de noviembre de 2011, la Jefatura de Operaciones Navales de la Armada Nacional, respondió a la solicitud requerida por esta Corporación y a tales efectos señaló lo siguiente:

- La Armada Nacional tiene la función de asegurar la defensa y soberanía de la Nación, en las áreas asignadas del territorio (jurisdicción marítima y terrestre fluvial) de acuerdo con su competencia funcional. Dentro de sus atribuciones se encuentra el efectuar control para el cumplimiento de las normas relacionadas, entre otras, con el tráfico de sustancias ilegales.
- Para los anteriores propósitos, la Armada, a través de las unidades de flote, desarrolla operaciones navales dentro de las que se encuentra la “interdicción marítima”, cuya finalidad consiste en que la embarcación objeto de control se detenga “a efectos de que la Armada Nacional, como única autoridad en el mar, verifique el cumplimiento de la legislación nacional en este escenario” (folio 1, cuaderno 2).

- Explica a continuación el procedimiento de interdicción marítima, que resume indicando que su inicio comienza cuando las unidades zarpan hacia el área de operaciones, con indicación de las previsiones y revisiones de carácter técnico para adelantar las labores pertinentes, de los mecanismos de comunicación empleados con las embarcaciones que se hallan, las medidas para asegurar que éstas se detengan y hagan posible la visita por parte de los miembros de la Armada. Se establecen también las medidas por adelantar en caso de la que nave objeto seguida no se detenga y procure la evasión (folios 2-3, cuaderno 2).

- Sobre el fundamento legal del procedimiento de interdicción marítima, señala que el mismo se encuentra en el llamado Derecho del mar que comprende “las normas jurídicas aceptadas universalmente para regular las relaciones entre Estados y demás sujetos que tiene su actividad en el medio marino o acuático y su explotación, mediante normas escritas o no escritas (...) teniendo su origen en el Derecho internacional (...)”(folio 3).

Dentro de él destaca la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar del 10 de diciembre de 1982, que reconoce a los Estados competencia para controlar el tráfico de estupefacientes a través de la facultad de efectuar procedimientos de visita e inspección (artículos 27, 73, 218). Con todo, precisa que si bien esta Convención no se encuentra ratificada por Colombia, se aplica como derecho internacional consuetudinario, como lo ha admitido, según afirma, la Corte constitucional (cita las sentencias T-141 de 1996 y C-191 de 1998).

También relaciona la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas del 19 de diciembre de 1988, suscrita por Colombia. En ella se prevé, con relación al tráfico ilícito en el mar, el procedimiento de abordaje e inspección de naves sobre las cuales se sospeche que están siendo utilizadas para ello (artículo 17).

Con relación al derecho interno, señala que el mismo se soporta en la ley 10 de 1978, que incluye normas sobre los espacios marinos en los cuales el Estado ejerce algún tipo de soberanía; el Decreto 1874 de 1979, que crea el Cuerpo de Guardacostas de la Armada y al que asigna entre otras, funciones relacionadas con la materia en estudio; el Decreto-ley 2324 de 1984, que reconoce la competencia de efectuar las visitas de embarcaciones a los comandantes de buques de la Armada; el Decreto 2272 de 1991 por el que se adopta como

legislación permanente la potestad de que buques del Ministerio de Defensa Nacional o de la Dirección General de Aduanas, efectúen visitas a las embarcaciones que circulen en jurisdicción colombiana; la Resolución No. 0520 de la Dirección Marítima, del 10 de diciembre de 1999 y en especial el Decreto 2324 de 1989 de la misma dirección, que precisan los elementos y condiciones que se deben verificar en las visitas a las embarcaciones, sobre los tripulantes y capitanes de nave, inmovilización de naves o artefactos navales, comportamiento ante la presencia de autoridad marítima, medidas de inmovilización temporal en caso de indicios sobre el desarrollo de actividades delictivas, condiciones específicas para la visita de nave o artefacto naval por parte de la Armada Nacional, disposición de bienes y personas en caso de que tras la visita, se halle la comisión de delitos por la tripulación o su carga, el ámbito de aplicación de las facultades señaladas, etc. (artículos 9-16).

Relaciona igualmente el Decreto 908 de 1997, por el cual se promulga el acuerdo entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos de América, para suprimir el tráfico ilícito por mar (folios 3-8, cuaderno 2).

En este orden concluye que el procedimiento de interdicción marítima se encuentra plenamente regulado.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de la norma acusada, en atención a que las condiciones en que se lleva a cabo el procedimiento, impiden aplicar el término de las 36 horas sin contar con las distancias y otros factores de demora propios de la operación marítima. Y por ello termina aduciendo que no debe estimarse, como lo formulan los defensores de los presuntos traficantes de sustancias ilegales, que el término de las 36 horas es estricto, pues se debe valorar de forma juiciosa todo el entorno operacional marítimo mencionado (folio 9, cuaderno 2).

El documento anterior se complementa con un anexo contentivo del concepto jurídico formulado sobre la demanda bajo estudio, por la asesora de la Oficina jurídica Comando Armada Naval, del 23 de septiembre de 2011 (folios 11-13, cuaderno 2).

En él se afirma que con el aparte acusado no se vulnera el artículo 28 de la Constitución, pues en su inciso 2º, “se establece una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad, ya que señala la atribución constitucional administrativa para detener

preventivamente a una persona hasta por treinta y seis (36) horas”. Así las cosas, esta norma señala la posibilidad de aprehender materialmente a una persona, en determinadas circunstancias y con algunas formalidades, sin necesidad de que exista en su contra orden judicial alguna. Y con base en lo dicho en sentencia C-024 de 1994, concluye que es claro que en el párrafo 2º del artículo 298 de la ley 906 de 2004, es posible efectuar la captura sin orden judicial. De este modo, el término de las 36 horas debe comenzar a contar cuando “se evidencia la existencia de la ilicitud de la sustancia (...) toda vez que desde dicho momento es que se tiene la obligación de poner a órdenes de la autoridad judicial” (folios 12-13, cuaderno 2) .

También se presenta copia de las fuentes jurídicas arriba citadas (folios 14-40, cuaderno 2), así como de la descripción detallada del procedimiento de interdicción marítima (folios 42-48), el formulario que se debe diligenciar por la Armada Nacional con ocasión de la visita e inspección de buques o naves (folios 49-50, cuaderno 2) y el flujograma de tales procedimientos (folios 51-55, cuaderno 2).

Por último, se adjunta un disco compacto, en el que se incluye como documento magnético del Manual de Derecho Operacional, proferido en la Disposición Número 056 de 7 de diciembre de 2009 por el Comandante General de las Fuerzas Militares, en uso de las atribuciones legales que le confiere el Artículo 1º, Capítulo VI, Numeral 26, literal a) del Decreto 1605 de 1988, “Por el cual se aprueba el “Reglamento de Publicaciones Militares” FFMM 3-1. En él se incluye el compendio de normas y reglas que aplican las Fuerzas Militares en el planeamiento, desarrollo y evaluación de las operaciones militares.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para decidir la presente acción, según lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución Política, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2067 de 1991.

2. Cuestión previa. Aptitud sustantiva de la demanda respecto del cargo relacionado con la libertad personal, e ineptitud frente al cargo de igualdad

2. Antes de plantear los problemas jurídicos de fondo que el caso involucra, es pertinente establecer si la demanda es apta, ya que a criterio del Ministerio Público, la misma no contiene argumentos pertinentes ni suficientes para permitir al juez constitucional un pronunciamiento de fondo.

Lo anterior, en razón a que en su entender, la interpretación que el actor efectúa del precepto demandado desconoce su sentido, en cuanto que el aparte final del párrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011 aplica el término de 36 horas dispuesto por la Constitución para definir la situación jurídica de la persona privada preventivamente de la libertad, sólo que determina específicas condiciones a partir de las cuales se debe contar dicho término. Éstas, por lo demás, resultan admisibles dadas las variables a las que puede estar sometida la conducción a puerto de la nave objeto de interdicción marítima y de las personas retenidas y dado que, en todo caso, esta operación debe ocurrir de manera inmediata. Lo anterior sin descontar el hecho de que la norma incluye criterios de validación de la actuación relacionados con la sospecha sobre el posible tráfico de estupefacientes, la sujeción al procedimiento de interdicción marítima y el respeto a los derechos fundamentales.

3. No comparte la Sala la opinión del Procurador, pues encuentra que la demanda reúne las condiciones mínimas exigidas al ciudadano y en ese sentido se ha producido un correcto ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad que habilita al juez constitucional a resolver sobre el fondo del asunto.

En efecto, además de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, encuentra la Corte que se formulan cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. Así, la demanda cuenta con argumentos constitucionales basados en lo previsto en el artículo 28 C.P. y por los cuales resulta admisible plantear que la regla específica establecida en el aparte final del párrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, podría entrar en contradicción con la garantía de un plazo máximo de las 36 horas para efectuar el control de legalidad ante el juez y, de allí en adelante, para regularizar la captura de las personas a bordo de la nave sometida a interdicción marítima.

Por lo demás, las consideraciones del actor suscitan la duda mínima sobre la exequibilidad de la norma acusada, en cuanto ciertamente cabe admitir una posible contradicción entre la

garantía constitucional concebida a favor de la libertad personal y la oportunidad en la que ésta comienza a hacerse efectiva, según lo ordenado por el precepto objeto de acusación. De tal suerte, la demanda inicia realmente el “proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”².

4. Con todo, la Corte sí encuentra que la demanda no es apta con relación al cargo de igualdad que también se formula. Porque analizado de manera detallada, el mismo carece de las exigencias argumentales requeridas para obtener un pronunciamiento de fondo.

Así, el actor señala que el precepto acusado ofrece tratamientos distintos a personas que se encuentran en la misma situación jurídica. Sin embargo, no aclara quiénes son los sujetos que compara. Este aspecto que sólo se puede inferir por el juez constitucional, a falta de argumentos específicos, lleva a concluir un resultado enteramente distinto del que se propone con el cargo. Esto es, que las personas cuya situación compara y que serían las privadas de la libertad de manera preventiva en suelo colombiano y las que lo son en el mar, bien en aguas jurisdiccionales o en alta mar, se hallan en circunstancias objetivas del todo distintas que en principio no se pueden comparar. En esa misma línea, la demanda tampoco establece la situación de cada uno de los extremos que implícitamente señala, con el fin de poder constituir el *tertium comparationis* que permitiría a la Corte aplicar el test correspondiente y en ese orden determinar si las dos situaciones que el actor pretendería relacionar y confrontar, son verdaderamente susceptibles de comparación³; si existe tratamiento desigual entre iguales⁴ y si en el caso de observar tratamiento distinto el mismo se encuentra o no justificado⁵.

Dicho de otro modo, el cargo de igualdad no es apto porque el actor no establece, tan siquiera mínimamente, por qué unos y otros sujetos privados de la libertad, si es que son los que la Corte plantea, a pesar de hallarse en condiciones fácticas diversas, deben ser tratados por igual, en el sentido de contabilizar de manera idéntica el término de 36 horas dentro del cual la medida preventiva que se les ha aplicado deba someterse al control de legalidad ante el juez de control de garantías.

5. En consecuencia la Corte se pronunciará sobre el cargo formulado con relación a la violación del art. 28 constitucional, en concordancia con los artículos 7º de la Convención

Americana de Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero no lo hará, por ineptitud sustantiva de la demanda, sobre el cargo relacionado con la violación del artículo 13, primer inciso de la C.P. frente al que se declarará inhibida.

3. Problema jurídico planteado por el actor y esquema de resolución

6. Esclarecido lo anterior, a juicio de la Corte y de conformidad con el cargo apto formulado por el demandante, la cuestión que debe absolverse en el presente asunto impone establecer si el precepto acusado vulnera el artículo 28 de la Constitución, cuando autoriza que el término de 36 horas para poner a disposición de un juez de control de garantías a las personas encontradas a bordo de una nave frente a la cual existan motivos razonables para sospechar que está siendo utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se cuente “a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas son ilícitas en el puerto, siempre y cuando se cumpla el procedimiento de interdicción marítima y se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados”.

7. Para resolver el anterior problema jurídico, en primer lugar se retomará la jurisprudencia de esta Corporación en lo relacionado con el significado constitucional de la libertad personal, sus garantías y limitaciones (3.1); en seguida se revisarán, también conforme a la jurisprudencia, las excepciones a la reserva judicial para la detención (3.2). A continuación se analizará el alcance constitucional del término de las treinta y seis (36) horas que debe mediar entre la detención o captura de una persona y su puesta a disposición del juez (3.3). Pasará entonces la Corte a exponer brevemente las obligaciones del Estado con relación a la persecución del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (3.4), para abordar luego la figura de la interdicción marítima (3.5.). Con estos elementos de juicio la Corte resolverá el problema jurídico formulado sobre la norma objeto de acusación (3.6.).

3.1. La libertad personal, sus limitaciones y garantías (reiteración de la jurisprudencia)

8. Desde las primeras manifestaciones del Estado de derecho, la protección de la libertad individual y la concepción de garantías para asegurarla contra los actos arbitrarios de las autoridades públicas, se han hecho elementos esenciales del sistema normativo⁶ y constitucional⁷.

Esta idea cada vez más afianzada, se corroboró por la Constitución de 1991 al reconocer en la libertad una triple naturaleza jurídica, como valor, como principio y como derecho. En este sentido la jurisprudencia constitucional no ha dejado de estimar el significado transversal de la noción, al punto de admitirse en su amplio contenido una esencia libertaria, visible a través de las obligaciones generales y concretas que la libertad depara para las autoridades públicas y de las facultades y garantías que comporta para los individuos⁸.

9. Empero, ese talante liberal de la Constitución no ha sido óbice para admitir al mismo tiempo que también corresponde al Estado la defensa de otros bienes jurídicos e intereses, dentro de los cuales se encuentra la seguridad y orden público, cuya afectación por el abuso de las libertades y el incumplimiento del Derecho, afectan tanto la estabilidad institucional, como la convivencia y la realización de todos los derechos de personas y grupos⁹. Por esto, hace parte de las propias garantías de la libertad, la previsión de restricciones destinadas a asegurar su ejercicio armónico por parte de todos los asociados, así como el cumplimiento de intereses generales soportados en la Constitución y concretados por el legislador.

10. Con referencia a la libertad personal, que es la faceta de la libertad que concierne al asunto bajo estudio, la propia Carta ha previsto las reglas para su limitación, que la Corte constitucional ha reconocido reiteradamente, desde lo previsto en los artículos 28, 29, 30 y 32 C.P., como garantías constitucionales concretas para la salvaguarda de la misma.

En los artículos 28 y 29, por un lado, se contempla la reserva legal según la cual la privación de la libertad sólo puede ocurrir por motivos previamente establecidos por leyes preexistentes, con cumplimiento de las formas procesales, la aplicación del principio de presunción de inocencia y en general, con el cumplimiento de las garantías que integran el derecho de defensa y el debido proceso. Pero también en los artículos 28, 30 y 32 se determina el principio de reserva judicial con el que también se procura asegurar que las limitaciones de la libertad personal sólo puedan operar conforme la estricta legalidad que semejante limitación implica. En este sentido, tras la declaración abierta y expresa de que toda persona es libre, se reconoce la posibilidad de que esta condición pueda ser afectada por la orden de prisión, arresto o detención, siempre y cuando la misma sea determinada por un juez competente. En el mismo sentido, se garantiza la inviolabilidad del domicilio la cual podrá ser restringida cuando así lo determine el juez, con todas las formalidades de ley.

11. En este apretado recuento se aprecia cómo en el orden superior, la libertad personal no sólo se garantiza con su reconocimiento expreso en tanto condición inherente a la persona humana, sino desde las reservas legales y judiciales exigidas para su limitación, las cuales incorporan en la dogmática de la libertad, los principios democrático¹¹, de separación y colaboración armónica entre los poderes públicos¹² y de reserva de la primera¹³ y de la última palabra¹⁴, para asegurar la legitimidad de la actuación del Estado sobre, si se quiere, uno de los bienes más preciados de la Constitución.

3.2. Las excepciones a la reserva judicial para la privación de la libertad

12. No obstante la claridad que arrojan los preceptos constitucionales y la jurisprudencia constitucional en lo relacionado con la defensa de la libertad personal y las exigencias para su limitación, conviene precisar a los efectos del presente proceso, las excepciones a la reserva judicial para la detención de la persona. Son ellas, la que establece el artículo 32 constitucional en caso de flagrancia, la figura de la detención preventiva del artículo 28 superior y finalmente, la detención excepcional que se autoriza conforme al artículo 250-1 C.P., para la Fiscalía General de la Nación.

13. A este respecto, se dijo en la sentencia C-879 de 2011 que “el texto de la Constitución de 1991 señala excepciones a la reserva judicial de la primera palabra cuando se trata de medidas que afecten la libertad personal o física”.

Y así describe:

13.1. “La primera es la captura del delincuente sorprendido en flagrancia contemplada en el artículo 32 constitucional, bajo tal supuesto la Constitución autoriza su aprehensión por cualquier persona a fin de que sea puesta a disposición de autoridad judicial”.

13.1.1. Sobre esta figura, la flagrancia, ha dicho la jurisprudencia de esta Corte que corresponde a “una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades [o de los particulares], cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la

reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba(...)"¹⁵

13.1.2. Esta excepción a la reserva judicial de la primera palabra está determinada por la proximidad viva al hecho delictivo en cuanto tal, lo cual genera una autorización a quien fuera, particular o autoridad pública, para capturar al que lo comete, lo ha cometido, o existen ciertas, claras y objetivas razones para creer que así lo es o lo fue. Lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dicho que la expresión flagrancia viene de "flagrar" que significa arder, resplandecer, y que en el campo del derecho penal, se toma en sentido metafórico, como el hecho que todavía arde o resplandece, es decir que aún es actual¹⁶.

13.1.3. No obstante, también se ha precisado que este requisito ofrece una cierta graduación temporal, limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito. En ese sentido se ha dicho que habrá flagrancia en tres supuestos diferentes: el primero, al que se le ha denominado "flagrancia en sentido estricto", cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito; el segundo supuesto, el de la "cuasiflagrancia" cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; por último la "flagrancia inferida" hipótesis en la que la persona no ha sido observada en el momento de cometer el delito, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él¹⁷.

13.1.4. Por su parte en la sentencia C-591 de 2005, sobre el procedimiento en caso de flagrancia, desarrollado en el artículo 302 del C.P.P., encontró que en él se reitera lo previsto en el artículo 32 Superior y además se establece "una diferencia entre cuando aquélla es realizada por una autoridad pública o por un particular. En el primero de los casos, el aprehendido será conducido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación; en el segundo, el capturado será llevado, en el término de la distancia, ante cualquier autoridad de policía, quien identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las condiciones que rodearon la captura y pondrá al capturado, en el término de la distancia, a disposición de la Fiscalía General de la Nación".

Luego se describe la valoración adelantada por la Fiscalía, la cual posee un doble contenido: por un lado, determinar “si el comportamiento delictivo no conlleva imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva o la captura en flagrancia fue adelantada de forma ilegal”. En este caso, “el fiscal procederá a dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”. Cuando por el contrario, con base en el informe de la autoridad de policía o “con fundamento en elementos materiales o evidencias físicas aportadas, decide llevar al capturado ante el juez de control de garantías, deberá hacerlo inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, con el propósito de que éste se pronuncie, en audiencia preliminar, sobre la legalidad de la aprehensión, así como en relación con las solicitudes de la Fiscalía, la defensa y el Ministerio Público”.

Este análisis efectuado aquí sobre el presunto hecho delictivo, “no comporta detención preventiva”, y determina con base en el art. 307 del C.P.P., que lo que el fiscal únicamente puede examinar, es “si se cumplen o no las condiciones objetivas de que trata el artículo 313 del C.P.P.¹⁸” para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva. No significa evaluar si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 de esa misma normatividad, pues las facultades en él previstas¹⁹ “son de la estricta competencia del juez de control de garantías, por cuanto es él quien debe, en virtud del artículo 250.1 constitucional, adoptar las medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal”.

Pero cuando llega la persona capturada ante el fiscal, “éste deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y en caso de no serlo, deberá dejar en libertad a la persona, bajo palabra de comparecencia cuando sea requerido”. Estima entonces el fiscal “si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia, descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004”, así como los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional²⁰.

Es decir que, se reconoce en la sentencia C-591 de 2005, que la Fiscalía General de la Nación realizará un control previo sobre la captura operada en flagrancia, que antecede al que, eventualmente, adelantaría el juez de control de garantías, cuando el primero haya estimado que la detención preventiva fue legalmente realizada, por existir las condiciones de la flagrancia señaladas por la ley y la jurisprudencia.

Por lo demás, observa entonces la Corte que en desarrollo de lo previsto en el A.L. No. 3 de 2002, “el procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal”. El fiscal no impone la medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, que compete sólo al juez de control de garantías. Su actuación se encamina a “salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia”.

Con ello, se dijo entonces, antes que vulnerarse la Constitución con atribuciones ajenas a la función del fiscal, se asegura al individuo capturado que en caso de que su detención fuere arbitraria, no deba esperar a ser llevado a audiencia ante el juez de garantías para que sólo él valore la situación correspondiente. Una medida que es a la vez razonable en defensa del derecho a la libertad personal y justificada pues “de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario”²¹.

13.1.5. La flagrancia se convierte pues, en una excepción necesaria, oportuna y eficiente para perseguir e imponer responsabilidad a quien ha cometido un delito, a través de su captura que puede hacer cualquiera, el particular y la autoridad pública, pero que para proteger la libertad personal y la garantía de reserva de la primera palabra, debe llevar siempre a someter en el menor tiempo posible, al fiscal la valoración de esta aprehensión de la persona y en su caso, al juez de control de garantías.

13.2. También, continúa la sentencia C-879 de 2011, “el artículo 250 de la Constitución (modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002) señala que la ley podrá facultar a la Fiscalía a realizar excepcionalmente capturas, con los límites y en los eventos señalados por la misma ley. Aunque como es sabido la Fiscalía hace parte de la rama judicial del poder público, en estricto sentido no es una autoridad judicial, por tal razón la jurisprudencia constitucional ha considerado que esta facultad excepcional constituye también una excepción a la reserva judicial señalada en el artículo 28 constitucional²²”.

13.3. Adicionalmente en esta sentencia se incluye como excepción, la figura de la detención administrativa preventiva, a la cual se refirió la sentencia C-024 de 1994, al examinar la constitucionalidad de distintas disposiciones del Código Nacional de Policía que facultaban a las autoridades de policía a realizar capturas. En esa decisión, para la Corte Constitucional lo establecido en el inciso segundo del artículo 28 C.P., “constituía una excepción a la regla que exigía el mandamiento de autoridad judicial competente en materia de libertad personal”²³.

No obstante, precisa enseguida la Corte en la sentencia C-879 de 2011, que la anterior interpretación se desechó con posterioridad, al entenderse que realmente lo dispuesto en dicha norma del artículo 28, podía también ser interpretado “como una garantía adicional a la captura realizada en virtud de mandamiento judicial, dirigida a establecer un término perentorio para que una autoridad judicial se pronuncie sobre la privación de la libertad personal”. De allí que en la sentencia C-176 de 2007, en la cual nuevamente se examinan disposiciones del Código Nacional de Policía, se concluyera que contrariaba la filosofía constitucional (artículo 28, en consonancia con los artículos 1º, 2º, 113 y 250 C.P.), que autoridades distintas de las judiciales, en particular las autoridades de policía, pudieran ordenar la privación de la libertad de una persona. Por ello sobre este punto de la detención administrativa estimó la Corte en la sentencia C-879 de 2011, que “[s]e trata por lo tanto de un asunto que no es pacífico en la jurisprudencia de esta Corporación”, no obstante reconocerse su carácter de “medida dirigida a verificar la ocurrencia de delitos o evitar su consumación²⁴ (...)”.

13.4. Finalmente, también se incluye otra figura reconocida por la jurisprudencia constitucional, a saber, la retención transitoria, contemplada inicialmente en los artículos 186.8, 192 y 207 del Código Nacional de Policía²⁵, cuya constitucionalidad fue examinada en las sentencias C-199 de 1998 y C-720 de 2007. En la primera, la Corte consideró que la misma era constitucional “siempre que tuviera carácter meramente preventivo o de protección y se sometiera a los principios de ultima ratio, proporcionalidad y estricta legalidad”. Empero, con ocasión de la sentencia C-720 de 2007, se estimó que “las condiciones en las cuales se aplicaba la medida resultaban desproporcionadas respecto de la afectación del derecho a la libertad personal de la persona a la cual se le imponía y declaró la inexecutable con efectos diferidos del artículo 192 del Código Nacional de Policía”.

14. Por lo demás, cabe destacar cómo en la sentencia C-730 de 2005, se enfatizaba en el rigor de la reserva judicial para la privación de la libertad, que aún se halla previsto para los estados de excepción. Porque, como se encuentra previsto en la ley 137 de 1994, 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 excepcionálísimas 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”²⁶.

15. De lo anterior resulta entonces consistente la afirmación de la sentencia C-163 de 2008, en la que se determina que las garantías previstas en el artículo 28 C.P. se estructuran como verdaderas reglas constitucionales, “encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental”. Así, de acuerdo con ese precepto “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (...)”. Con ello, se fijan límites precisos sobre los motivos y condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho.

Lo anterior sin olvidar que la intervención judicial opera “tanto en el momento de disposición a través de una orden motivada, como en el momento del control de legalidad de una efectiva privación de la libertad”, con lo cual el juez se convierte en el más cierto garante de la libertad. Una condición que “se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones (...)”²⁷.

16. De lo que se trata es de que la privación preventiva de la libertad en tanto verdadera

excepción, esté “debidamente justificada y sometida al principio de legalidad procesal el cual debe suministrar certeza no solamente sobre los motivos y requisitos para esa restricción, sino sobre su duración”²⁸.

17. Son pues cuatro las excepciones a la reserva judicial para la privación de la libertad, como reserva de la primera palabra: la captura en flagrancia (art. 32 C.P.), la captura excepcional en cabeza de la Fiscalía (art. 250.num. 1º C.P., modificado por el A.L. no. 2 de 2003), la detención administrativa preventiva y la retención transitoria, ambas bajo el cuestionamiento de la jurisprudencia constitucional, todas concebidas como excepciones de restrictiva interpretación a esa garantía constitucional con que se pretende preservar el valor, el principio y el derecho de la libertad personal.

3.3. Sobre el término de las 36 horas del art. 28, inciso 2º de la Constitución

18. En el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Colombia, en cuanto al término con que cuentan las autoridades públicas encargadas de efectuar las detenciones o capturas de las personas para entregarlas a la autoridad judicial competente, se usa la expresión “sin demora²⁹”, un parámetro temporal que no obstante su carácter indeterminado, hace evidente lo inaceptable que resulta desde el punto de vista de la protección efectiva de los derechos humanos, “la prolongación indefinida de un estado de privación de la libertad sin que medie la supervisión de una autoridad jurisdiccional”³⁰. De allí que, en términos generales, se pueda afirmar que existe la pretensión de que los Estados no cometan arbitrariedades en el ejercicio de la facultad en comento y restrinjan en la mayor medida posible su aplicación en términos materiales y temporales³¹.

19. En el sistema jurídico colombiano, el Constituyente decidió acoger una fórmula más clara y precisa, para de evitar que la restricción de la libertad, aún con autorización judicial, se prolongase de manera arbitraria. Por lo demás, dicho parámetro temporal no sólo se previó para el evento de la detención preventiva (art. 28 C.P.), sino también para efectuar el control judicial de una privación de la libertad a través del habeas corpus (art. 30) y para adelantar el control de legalidad posterior a la captura adelantada por la Fiscalía en ejercicio de la facultad excepcional prevista, esto es, sin contar con orden judicial previa (art. 250.1 inc. 3º C.P.)³².

20. Ahora bien, sobre la interpretación que dicho término ha dado la jurisprudencia

constitucional, estima la Corte pertinente destacar lo analizado en dos casos específicos, a saber, los estudiados en las sentencias C-251 de 2002 y C-163 de 2008.

21. En la primera decisión, la sentencia C-251 de 2002, la Corte atendía la demanda de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la ley 684 de 2001. Así, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 58 de la referida ley, que precisaban las circunstancias para la captura de un delincuente sorprendido en flagrancia por parte de los miembros de la Fuerza Pública y en particular, se establecían condiciones especiales para entender la puesta a disposición del capturado ante la autoridad judicial, la cual procedía, según su tenor literal “mediante comunicación inmediata, verbal o escrita en la que conste su identidad, las circunstancias y los motivos que dieron lugar a la captura y los hechos que de acuerdo con la autoridad que la realizó, pueden ser constitutivos de infracción penal. A partir del momento de la comunicación, el capturado queda a disposición de la autoridad judicial, y quien practicó la captura deberá seguir las instrucciones que en relación con el capturado le imparta dicha autoridad. La entrega física del capturado se hará en el término de la distancia, debidamente justificada. La persona capturada tendrá derecho a las garantías constitucionales y legales pertinentes.”

22. Acusado el aparte que se subraya, por autorizar retenciones físicas más allá de las treinta y seis horas dispuestas por la Constitución, la Corte en un obiter dicta³³ analizó la constitucionalidad de esta configuración normativa.

22.1. A este propósito, destaca dos problemas jurídicos por resolver: “De una parte, si puede admitirse que la comunicación sobre la captura supone que la persona queda “a disposición de la autoridad judicial” y, por otra, si resulta contrario a la Constitución que se autorice la entrega física de la persona dentro del término de la distancia”.

22.2. En cuanto a lo primero, estimó la Corte que la entrega física de la persona hacía parte del derecho contemplado en el artículo 28 constitucional. Es decir que la puesta a disposición del capturado ante el juez competente, tiene por objeto que dicha autoridad tenga conocimiento de la captura, para efectos de dar lugar a los trámites pertinentes, pues de conformidad con los tratados de derechos humanos aplicables en Colombia³⁴ y que sirven, conforme al art. 93 C.P., para interpretar los derechos consagrados en la Constitución, la entrega sin demora de la persona detenida opera tanto para proteger su libertad como su

seguridad personal e integridad física³⁵. Con base en lo anterior concluye que “resulta abiertamente contrario a los propósitos del artículo 28 de la Constitución disponer que se entienda que la persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial con la mera comunicación de su captura³⁶ (...)”. Porque, se agrega a continuación, el “Estado, por intermedio del juez, tiene la obligación de garantizar la integridad física del capturado, así como realizar un proceso mínimo de individualización, a fin de adoptar las medidas legales pertinentes. En suma, la orden de entregar la persona a una autoridad judicial no tiene como objetivo exclusivo establecer aspectos de competencia en materia de privación de la libertad, sino que opera como una garantía para la protección integral de la persona”³⁷.

Con todo, precisó la Corte que la inconstitucionalidad que se plantea con relación al precepto “deriva del hecho de entender que a partir de la comunicación la persona se entiende ‘a disposición’ de la autoridad judicial”, no obstante la obligación legal de comunicar coadyuve a garantizar los derechos constitucionales del retenido, sin que pueda, en todo caso, suplir la obligación de entregar.

22.3. Por otro lado, pasó a valorar lo relativo al tiempo para realizar la entrega física del capturado. A este respecto contrasta el término de 36 horas que establece la Constitución frente a la norma entonces acusada que indica que podrá hacerse en el término de la distancia, “debidamente justificada”, de lo cual se pregunta si esta regulación viola el precepto constitucional. A este respecto entonces se afirmó: “La dogmática jurídica enseña que en los casos en los cuales se presentan conflictos entre reglas y principios, prima facie se prefieren las primeras. Por consiguiente, cuando quiera que los derechos constitucionales se estructuren como reglas, adquieren un carácter casi absoluto. Lo anterior, por cuanto la regla restringe el espectro interpretativo del juez, quien podrá verificar claramente si el mandato contenido en la norma se ha cumplido o no. Lo anterior llevaría a la conclusión de que cualquier retención que se prolongue 36 o más horas sin entregar al retenido a una autoridad judicial, resulta inconstitucional”.

22.4. Sin embargo, en seguida precisa que la entrega de la persona retenida a una autoridad judicial como garantía para aquella, es una obligación que se halla directamente vinculada a una serie de prestaciones a cargo del Estado. De allí que se cuestione que la realización o el cumplimiento del mandato del artículo 28 CP., suponga para el Estado el imperativo de “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”. Dicha interpretación -agrega- la encuentra incompatible con el orden constitucional por dos razones en particular:

22.4.1. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la obligación estatal de garantizar la seguridad, la vida e integridad física de la persona retenida es permanente, un asunto que no sólo atañe al juez, sino que se predica también de sus captores. En ese orden, observa entonces la Corte que éstos últimos como autoridades, mal podrían estar forzados a llevar a la persona capturada o detenida ante el juez, cuando las condiciones de captura aconsejaran posponer la entrega para efectos de garantizar la debida protección a los derechos de la persona privada de la libertad. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, “que claramente impone un deber de protección a los cautivos, que desplaza temporalmente la obligación de entrega personal ante una autoridad judicial”. Lo mismo ocurriría en caso de que la persona cautiva estuviere hospitalizada. “La Corte entiende que se trata de situaciones excepcionales, debidamente probadas, pues únicamente de esta manera se armonizan los derechos constitucionales en conflicto. La regla, pues, permanece y ha de intentarse, por todos los medios, su cumplimiento. Sólo si no existe otro medio, es decir, si resulta absolutamente necesario posponer la entrega, esta dilación se justifica”.

22.4.2. En segundo lugar, se estimó que también puede ocurrir que por razones de la extensión del territorio y su desigual poblamiento, o por desplazamiento de las autoridades judiciales, éstas “se encuentren a una distancia temporal mayor a las treinta y seis horas fijadas por la Constitución”. Ante dicha situación, en caso de no existir autoridades judiciales dentro de ese radio temporal, se pregunta si podría calificarse de ilegal la captura. En ese caso, dijo esta Corporación, “la efectividad del derecho fundamental depende, por entero, de la realización de actividades prestacionales por parte del Estado. Frente a las formas de poblamiento del territorio colombiano o a los desplazamientos a los cuales se han visto sometidos los funcionarios judiciales, no puede exigirse al Estado que en este preciso momento histórico se asegure que, conforme a un mapa de tiempos, exista una autoridad judicial a una distancia no mayor de 36 horas desde cualquier punto del país. Empero, la legalidad de la captura, en estos eventos, depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea entregada a una autoridad judicial”. En definitiva, lo que resulta

imperativo es que el Estado diseñe los mecanismos para asegurar, dentro de lo posible, que alguna autoridad judicial pueda ser alcanzada en el término fijado por la Constitución.

Por consiguiente, “la Corte entiende que la expresión ‘término de la distancia’ es de carácter restrictivo, únicamente aplicable en las situaciones en las cuales sin lugar de dudas y de manera absolutamente necesaria, debe postergarse la entrega. Así, la legalidad de la captura dependerá, por entero de la diligencia con que las autoridades captoras enfrenten las dificultades que explican el retraso. Únicamente bajo estas circunstancias, puede hablarse de una debida justificación, la cual no puede ser autorizada por vía general en la ley, sino apreciada caso por caso por la autoridad judicial”.

23. Se observa cómo en este caso, la presentación del capturado en el término dispuesto por la Constitución, tiene por objeto asegurar no sólo la legalidad de la actuación sino los derechos del aprehendido. Pero por esta última razón, no obstante el carácter de regla que posee el término de las 36 horas para que ocurra dicha puesta a disposición ante el juez y el control de legalidad correspondiente, su cumplimiento irrestricto no puede representar ni exponer o arriesgar la seguridad e integridad física del capturado, ni la prestación de que se asegure en no importa qué circunstancias y con independencia de ellas, el acceso a un juez competente para que pueda efectuar el control de legalidad pertinente. Porque en ambos casos, tales conclusiones aparecen claramente irrazonables y desproporcionadas.

24. La otra sentencia relevante para esclarecer este asunto, es la sentencia C-163 de 2008, atrás en cita. En ella la Corte atendió la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el inciso final del artículo 1º de la ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 2º de la ley 906 de 2004.

24.1. En este nuevo precepto se establece, tras reproducir en parte lo establecido en el artículo 28 constitucional y determinar las razones por las cuales podrá ordenarse por el juez de control de garantías, previa solicitud del fiscal, la detención preventiva del imputado, esta garantía adicional: “En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes”. Se consideraba por el demandante que la forma como se encontraba redactado ese aparte normativo, suponía una vulneración de lo previsto en los artículos 28 y 250.1 C.P., pues incluía un estándar menor de protección a la libertad personal. Ello al permitir que el

término de las 36 horas sirviera no para legalizar la situación de la persona privada de la libertad, sino como tiempo para que la Fiscalía pusiera a disposición del juez competente a aquélla y sólo entonces se iniciara lo necesario para legalizar la captura o detención.

24.2. En atención a lo anterior, la Corte analizó el significado de la libertad personal y sus limitaciones en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad y en la jurisprudencia constitucional, a partir de lo cual pasó a estudiar el alcance de la norma impugnada. A esos efectos determinó, en concordancia con lo previsto en los artículos del C.P.P. 29739 (que establece los requisitos generales que deben observarse para la legalización de una captura y para el ejercicio del control de legalidad de la misma), 300 (para el caso de captura excepcional por parte de la Fiscalía), 302 (alusivo a la captura en caso de flagrancia), que la institución del control de legalidad de la captura, en cualesquiera de sus modalidades⁴⁰, “permite afirmar que dentro del plazo de treinta y seis (36) horas previsto en la ley procesal a través de diversas disposiciones, debe llevarse a cabo la audiencia de control de legalidad de la captura ante el juez de control de garantías, cuyo cometido es el de provocar un pronunciamiento sobre la legalidad de la aprehensión, acto que debe contar con la presencia de la persona capturada”. Y agrega que dicho “control de legalidad del acto de aprehensión material exige la conducción (poner a disposición) de la persona capturada ante la autoridad judicial para garantizar que la supervisión judicial se extienda a la verificación de las condiciones materiales de seguridad e indemnidad de la persona que deben preservarse en el acto de aprehensión”.

Por lo anterior concluyó que por la configuración legal de la institución del control judicial de la captura prevista en el Código de Procedimiento Penal, “el término de treinta y seis (36) horas establecido en las diversas disposiciones que regulan la materia tiene como propósito suministrar un límite temporal para que se lleve a cabo el control de legalidad y evitar las privaciones arbitrarias de la libertad”. Una interpretación que, además, es derivada del carácter restrictivo en la interpretación de las disposiciones que prevén afectaciones a la libertad y de los postulados constitucionales pro libertate, y de reserva legal y judicial de las mismas, “en cuyo marco es inadmisibles una privación de la libertad que no cuente con la definición de un plazo para el respectivo control de su legalidad (...). De manera que la interpretación del precepto en el sentido aquí señalado resulta acorde con la Constitución”.

Con todo, en razón de que la configuración semántica de la disposición legal bajo estudio

admitía varias interpretaciones, incluidas las que pudieren ser contrarias con la Constitución, antes que declarar la exequibilidad del precepto, la Corte formuló una sentencia interpretativa con el único sentido del precepto que resulta acorde con ella. Y a este propósito, declaró “la constitucionalidad condicionada del inciso tercero del artículo 2º de la Ley 906 de 2004 tal como fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que dentro del término de treinta y seis (36) horas previsto en la norma se debe efectuar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías o el juez de conocimiento, si la captura se efectúa en la fase del juicio”.

25. Como se observa, en este caso la Corte ofreció una interpretación especialmente rígida del término de 36 horas, en el cual no sólo debía presentarse ante la autoridad judicial a la persona detenida por parte de la Fiscalía, sino que el mismo también incluía el tiempo dentro del cual el juez de control de garantías debía efectuar la valoración de legalidad correspondiente, para adoptar las medidas subsiguientes que la situación ameritara.

26. Se advierten pues las tensiones hermenéuticas que las reglas jurídicas imponen, más aun cuando se trata de reglas constitucionales, llamadas a prevalecer prima facie dada su claridad y contundencia, pero cuya aplicación e interpretación debe ser a la vez coherente y armónica con las demás reglas y principios constitucionales.

27. En este sentido, resulta ilustrativa la referencia a una decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Español en un recurso de amparo que atendía a hechos y a reclamos jurídicos próximos a los que se plantean en el presente asunto de control abstracto de constitucionalidad. Se trata de la sentencia STC 21 de 10 de febrero de 1997, en la que se resolvía la solicitud de amparo constitucional formulada por el recurrente, en razón a la presunta violación del artículo 17 de la Constitución española que a la sazón establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley./2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (...)”.

27.1. El recurso de amparo se sustentó en los siguientes hechos: El 23 de enero de 1995, se

procedió por parte de la dotación del buque español del Servicio de Vigilancia Aduanera a la detención en aguas internacionales del Océano Atlántico, junto a otras personas, del recurrente, que viajaba a bordo del buque de bandera panameña «Archangelos», con autorización del gobierno de dicha república. En esa operación se incautan 2.000 Kgs. de cocaína. Dicho procedimiento es ordenado y a consecuencia de las investigaciones seguidas por un juzgado de instrucción criminal español en diligencias previas. El día 26 de enero del mismo año, el citado juzgado, al constatar que el buque en cuestión iba a ser conducido a las Islas Canarias, pero que aún así, antes de llegar a puerto habrían ya transcurrido las primeras 72 horas desde la aprehensión del barco y su tripulación, ante la imposibilidad de recibir declaración de los detenidos con las garantías previstas en la ley por razón de la distancia que mediaba desde el lugar de la detención, procedió a valorar los indicios de criminalidad existentes respecto a tales personas y a ordenar su “prisión provisional”. Una vez en puerto, el día 6 de febrero del mismo año, los detenidos fueron puestos a disposición del juez e informados sobre sus derechos. Contra las anteriores decisiones, el recurrente interpuso recurso de nulidad que fue denegado y por lo cual presentó posteriormente el recurso de amparo que en ese caso resuelve el Tribunal. Dicho recurso se fundamentó únicamente en la vulneración de lo establecido en el artículo 17 de la Constitución española (C.E.). Se reseña en particular el hecho de que se hubiese producido una privación de la libertad por 17 días, superando de manera palmaria el término de las 72 horas que prescribe la norma constitucional española.

27.2. El Tribunal constitucional empero deniega el amparo, basado, entre otras razones, en la interpretación planteada con relación al art. 17.2. C.E. y a la función que cumple el término de las 72 horas para poner a disposición del juez las personas detenidas. Dijo al respecto el Tribunal, que en atención a que el juzgado en cuestión antes de transcurrido dicho término había legalizado la situación de los detenidos en el buque, dados los indicios establecidos, así como la imposibilidad de que los mismos se presentaran ante el juez de la causa, existió entonces “pleno control judicial sobre la libertad del recurrente al término del plazo constitucional previsto”. Así, desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos fundamentales, no se advertía ningún reproche en la decisión de acordar prisión provisional, “pues su adopción se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con la finalidad de la institución (...)”.

27.3. En adición, y aquí lo más relevante desde el punto de vista de la interpretación de las

normas constitucionales, estimó que “el sentido y la finalidad de esta exigencia constitucional [las 72 horas de que trata el art. 17.2 C.E.] no requiere incondicionalmente la presencia física del detenido ante el juez – aunque ello deba constituir la forma normal, por implicar una mayor garantía del detenido- sino que la persona privada de libertad, transcurrido el plazo de las setenta y dos horas, continúe sujeta a las autoridades que practicaron la detención y quede bajo el control y la decisión del órgano judicial competente, garante de la libertad que el artículo 17.1 reconoce” (f.j. 4).

27.4. De este modo, no obstante la aparente claridad de la regla constitucional, el juez constitucional español interpretó la misma en un sentido finalístico y por el cual, sin dejar de dar cumplimiento al término establecido, excluyó la necesidad absoluta de la presencia del detenido ante la autoridad judicial competente para el control de legalidad respectivo, en atención a las circunstancias del caso, al control pleno que el juez había ejercido sobre la actuación incluso con anterioridad a la captura y a lo consistente en términos de razonabilidad de la medida por la cual se legalizaba, a distancia, la detención del recurrente⁴¹.

28. El término de las 36 horas para poner a disposición del juez a la persona capturada, sea en flagrancia, sea bajo orden judicial, sea bajo la actuación excepcional de la Fiscalía, es el del artículo 28 inciso 2º de la Constitución, pues así se ha determinado por el Constituyente colombiano, como la menor demora posible que le impone el derecho internacional de los derechos humanos y parte del bloque de constitucionalidad, como forma como proteger la libertad personal contra actos arbitrarios. Con todo, cuando circunstancias extraordinarias imposibiliten cumplir con el término, tanto relativas a la protección del capturado, como a las prestaciones absurdas, irrazonables y desproporcionadas que supondrían para el Estado, se debe asegurar que la persona capturada sea puesta a disposición del juez de garantías para resolver su situación jurídica, en el mínimo tiempo y más próximo posibles a las 36 horas. Así lo impone una interpretación armónica de los preceptos constitucionales.

3.4. Las obligaciones del Estado colombiano con relación a la persecución del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

29. No cabe duda que el derecho y las relaciones internacionales del mundo contemporáneo, han sufrido marcadas alteraciones por causa de las nuevas formas del delito, cuya estrategia

de acción a través del crimen organizado y las empresas delictivas, poseen un poder nocivo y destructor que trasciende a los derechos subjetivos de las víctimas directas y se expande hasta poner incluso en vilo la propia estabilidad de la organización política de los Estados. Esto ha ocurrido con los actos de terrorismo y con el tráfico de drogas ilícitas, cuyo poder destructor de la salud, de la estabilidad económica de los países y regiones y de la propia moralidad pública, ha sido el fundamento para que los Estados conciban medidas de diversa índole, que entre otras consecuencias, plantean excepciones a los principios y reglas generales que han regido los procesos penales, la definición de la política criminal, la asignación de los recursos públicos y en general, el ejercicio de la soberanía⁴².

30. A este respecto, conviene revisar brevemente algunos de los convenios internacionales aplicables en Colombia, destinados a regular la materia, con énfasis naturalmente en las disposiciones que habilitan acciones en las áreas jurisdiccionales y también en alta mar.

30. 1. Así pues, habida cuenta de que en el transporte para la comercialización de las drogas ilícitas ha operado desde tiempo atrás en un alto porcentaje por vía marítima, ya desde la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, celebrada en el año de 1982 y entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994 se reguló el tema. Este instrumento internacional fue suscrito por Colombia el 10 de diciembre de 1982, aunque hasta el momento no ha sido ratificado por el Estado. No obstante, como lo afirma la Jefatura de Operaciones Navales de la Armada nacional (cuaderno 2, f. 4), la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que su aplicación en el Derecho interno opera como parte del Derecho internacional consuetudinario⁴³.

30.1.1. En este orden, se observa que en dicha convención se prevé en su Parte VII, concerniente al Alta Mar, capítulo de disposiciones generales, el artículo 108 que establece:

Art. 108. Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

1. Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales.

2. Todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas podrá solicitar

la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico.

30.1.2. Igualmente en esta Convención del Mar se incluyen otras previsiones relacionadas con la posibilidad de que el Estado ribereño pueda ejercer jurisdicción penal sobre los buques extranjeros, cuando dichas medidas resulten necesarias para la represión del tráfico de estupefacientes⁴⁴.

30.1.3. En este sentido, se establecen no sólo mandatos dirigidos a operar en aguas internacionales, concebidos en términos de cooperación entre los Estados previa la existencia de tratados que precisen los tipos penales y las sustancias prohibidas, sino también facultades para que en su territorio soberano ejecuten las acciones de procesamiento y punición pertinentes sobre buques extranjeros, conforme al principio de territorialidad de la ley penal.

30.2. Sin embargo, desde el Derecho internacional público, la disposición que con mayor claridad determina para el Estado colombiano, obligaciones de persecución, represión, sanción y punición del delito de tráfico de estupefacientes, se encuentra en la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, e introducida en el derecho colombiano mediante ley 67 de 23 de agosto de 1993, declarados una y otra exequibles mediante sentencia C-176 de 1994.

30.2.1. Sobre el contenido de dicho instrumento se destaca cómo la Convención ha sido suscrita por los Estados partes, en atención a la profunda preocupación existente en torno de la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, con las amenazas que el mismo acarrea y sus vínculos con otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él. Por ello, los deseos de reprimir de manera eficiente dicha práctica y la necesidad de adoptar medidas de control y de cooperación internacional para la supresión del tráfico ilícito por mar, entre otras. Así pues, al analizar la constitucionalidad de las finalidades globales de la convención, dijo la Corte que las mismas se ajustaban al “ordenamiento colombiano, puesto que la Constitución autoriza que nuestro país efectúe formas de cooperación internacional para prevenir y reprimir formas delictivas, obviamente dentro del respeto de la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho

internacional (CP art 9). Esos objetivos explican también el contenido de esta Convención que es entonces, de un lado, un Tratado de derecho penal y procedimiento penal destinado a que los países se comprometan a definir ciertas conductas como delictivas y a adoptar ciertos procedimientos, entre los cuales se destaca como central el decomiso del producto y de los bienes provenientes directa o indirectamente del narcotráfico; de otro lado, es un tratado de cooperación entre los países para la represión del narcotráfico que da un especial relieve a la extradición y a la asistencia judicial recíproca”.

30.2.2. En cuanto al contenido propio de la misma, se destacan para los efectos de este proceso, las siguientes disposiciones:

30.2.2.1. Conforme al artículo 2º, en el marco de la cooperación, los Estados parte “adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos” para cumplir con los objetivos trazados. Sus obligaciones se cumplirán “de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados”. En igual sentido, se establece que “Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno”.

30.2.2.2. Se dispone también, dentro de las distintas figuras concebidas para alcanzar los propósitos trazados⁴⁵, el deber de tipificar los delitos y sanciones con los cuales se persigue la producción y tráfico aludidos (artículo 3º)⁴⁶ y se determinan las reglas de competencia para conocer de los delitos (artículo 4º).

Conviene transcribir in toto este último precepto, como quiera que en él se determinan con claridad las competencias reconocidas a los Estados para la persecución de los delitos tipificados. Así se dispone en el artículo 4º de la Convención en comento:

Artículo 4º. COMPETENCIA.

a) adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3:

i) cuando el delito se cometa en su territorio;

ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito;

b) podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3:

i) cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia en su territorio;

ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4º y 9º de dicho artículo, y

iii) cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1º del artículo 3º y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados con el párrafo 1º del artículo 3º.

2. Cada una de las Partes:

a) adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad el párrafo 1º del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra basándose en que:

i) el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o

ii) el delito ha sido cometido por un nacional suyo, y

b) podrá adoptarse también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a

otra.

3. La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno.

En fin, también es oportuno destacar, las medidas concretas contempladas con relación al tráfico ilícito en el mar. Así se establece en el artículo 17:

Artículo 17. "TRAFICO ILÍCITO POR MAR

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.

2. Toda Parte, que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras partes a fin de poder término a esa utilización. Las partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan.

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o que lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave.

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

a) abordar la nave;

b) inspeccionar la nave, y

c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

5) Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad

de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado.

6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1º del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas con la Parte que sea el Estado requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

7. A los efectos de los párrafos 3º y 4º del presente artículo, las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes de que se averigüe si una nave que esté enarbolando su pabellón está autorizada a hacerlo, así como a las solicitudes de autorización que se presenten a tenor de lo previsto en el párrafo 3º. Cada Estado, en el momento de entrar a ser Parte en la presente Convención, designará a una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todas las demás Partes, dentro del mes siguiente a la designación.

8. La Parte que haya adoptado cualquiera de las medidas previstas en el presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida.

9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.

10. Las medidas que se adopten en cumplimiento del párrafo 4º del presente artículo serán solo aplicadas por buques de guerra o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno que hayan sido autorizadas a tal fin.

11. Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no inferir en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho internacional del mar, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias”.

30.2.3. De lo previsto en el artículo 4º y 17 de la Convención se puede establecer con claridad, la amplitud de opciones existentes para que los Estados partes puedan ejercer

competencia para la persecución, represión y/o sanción de los delitos tipificados con relación al tráfico de estupefacientes, o de las conductas que permitan advertir razonadamente que puedan significar su comisión. Así, la actuación de los Estados, no debe ocurrir sólo bajo la seguridad plena de que la embarcación sirve para la comisión de los delitos en cuestión, por cuanto se admite que aquella se produzca a partir de la sospecha razonable.

Por lo que hace referencia a los límites territoriales en áreas marinas, el alcance del poder del Estado colombiano, como Estado parte de la Convención, dependerá no sólo del principio de personalidad o nacionalidad por activa, del principio de territorialidad dentro de las áreas marinas que forman parte del territorio (mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva), sino que también procederá en alta mar, a través de la llamada territorialidad por extensión propia de las naves o buques mercantes privados que lleven su pabellón, así como de las naves del Estado.

Lo último, empero, en tanto se obtenga la autorización respectiva por parte del Estado del pabellón, de acuerdo con los compromisos bilaterales adquiridos con él, o con la forma en que los Estados partes hayan dado cumplimiento a las obligaciones contraídas en esta Convención, para agilizar los trámites de autorización e impedir perder poder de captura sobre las naves bajo seria sospecha.

30.2.4. En la sentencia C-176 de 1994, en cuanto a lo previsto en los primeros preceptos, incluido el artículo 4º, tras repasar su contenido en general los estimó constitucionales. Y sobre la última relativa a las facultades de las Partes ante el tráfico ilícito, dijo que lo previsto entre los artículos 15 a 19, representa “medidas de vigilancia que los Estados deberán adoptar en materia de transporte comercial, actividad exportadora, navegación por mar, la actividad en las zonas y puertos francos y los servicios postales, con el objeto de que estas actividades lícitas no sean utilizadas para la comisión de los delitos definidos en la Convención”.

Con todo, junto con otras consideraciones en torno de las reservas⁴⁷ y declaraciones⁴⁸ formuladas por el Estado colombiano a través del Congreso de la República durante el trámite de aprobación de la ley que incorporaba el tratado, analiza la prevista “sobre asistencia en alta mar a solicitud expresa y con autorización del Gobierno colombiano” y a tales efectos observa que según esta declaración, “Colombia entiende que la asistencia

prevista en el artículo 17 de la Convención sólo operará en alta mar y a solicitud expresa y con autorización del Gobierno colombiano”. Sobre ese particular estimó entonces la Corte que por medio de tal declaración, “referida a la cooperación de los Estados para eliminar el tráfico ilícito por mar, el Congreso reafirma que las relaciones exteriores de Colombia ‘se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia’ (Art 9 CP)”.

En estos términos y bajo los anteriores supuestos se declara exequible tanto la Convención como la ley que la contiene⁴⁹.

30.3. Pero dentro de los Convenios que con mayor claridad establece obligaciones alusivas a la persecución del tráfico ilícito de drogas, se encuentra el “Acuerdo entre el Gobierno de la Republica de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para suprimir el Trafico ilícito por Mar”, firmado por los dos gobiernos el 20 de febrero de 1997, en desarrollo de la Convención de Viena de 1988 e introducido en el derecho interno mediante el Decreto 908 de 1997.

30.3.1. En él, tras reiterar los intereses planteados por la comunidad internacional en torno de la represión de los delitos señalados y las obligaciones y compromisos adquiridos en la Convención de Naciones Unidas de 1988, reconoce como “funcionarios de la fuerza del orden” habilitados para asumir las competencias a que se refiere dicha convención, para el gobierno colombiano, los miembros uniformados de la Armada Nacional, y para el de los Estados Unidos de América, los miembros uniformados del Servicio de Guardacostas. También se enfatiza en los procedimientos de “visita e inspección de naves privadas o comerciales de nacionalidad de una de las Partes”, reafirmando en todo caso que ningún Estado parte ejercerá en el territorio de la otra Parte “competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno” (num 3).

30.3.2. Refiere igualmente a la necesidad de adelantar permanentes labores de detección y localización de naves y aeronaves sospechosas ubicadas en las aguas territoriales de cada Estado, de manera que éstas puedan ser sometidas a control. Con esa finalidad se establece el compromiso de desarrollar procedimientos y emplear el equipo técnico necesario para

mejorar la comunicación oportuna entre sus centros de operaciones de ambos Estados; también para detectar y localizar las naves y aeronaves sospechosas que estén entrando o saliendo del mar territorial y el espacio aéreo de cada Parte y que se encuentren fuera de él “y sobre las cuales cualquiera de las Partes tenga motivos razonables para sospechar que están desarrollando actividades de tráfico ilícito” (num. 4-6).

30.3.3. Con respecto a la implementación de tales medidas respecto de naves o buques de pabellón del otro Estado parte, se reitera la obligación prevista en la Convención de Viena de 1988 de establecer comunicación con las autoridades de éste último, para obtener la información requerida en cuanto a matrícula, así como para recibir la autorización para las operaciones de visita e inspección. Empero se precisa que “Si el Estado requerido no ha dado una respuesta a la solicitud de autorización para la visita e inspección transcurridas tres (3) horas a partir del momento del recibo de la solicitud, se entenderá que la autorización ha sido impartida”. A los efectos anteriores, se designan las autoridades competentes, que son en el caso de Colombia, “el Ministerio de defensa Nacional, a través del Centro de Operaciones de la Armada Nacional de Colombia, y en el caso de los Estados Unidos de América, el correspondiente Centro de Operaciones del Servicio de Guardacostas” (num 9).

30.3.4. También se prevén otras garantías de competencia y legalidad en la aplicación de estos procedimientos, enfatizando en el compromiso de actuar de conformidad con el derecho internacional, el ordenamiento jurídico interno y las prácticas internacionales aceptadas. Se reitera además el deber de los funcionarios de las fuerzas del orden, de no poner en peligro “la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave bajo sospecha y de su carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón ni de ningún otro Estado interesado”, así como de “observar las normas de cortesía, respeto y consideración [sic] para las personas que estén a bordo de la nave bajo sospecha” (num. 11.).

Se contempla el deber de evitar el uso de la fuerza, incluido el uso de armas de fuego, salvo en ejercicio del derecho a la legítima defensa o ante la necesidad de obligar a la nave sospechosa a detenerse, “cuando ésta ha hecho caso omiso de las advertencias normales utilizadas por la parte respectiva”, al igual que para “mantener el orden a bordo de la nave sospechosa durante el desarrollo de la visita e inspección o mientras se encuentre retenida preventivamente, cuando la tripulación o personas a bordo ofrezcan resistencia, impidan la

visita e inspección o traten de destruir la evidencia de tráfico ilícito o la nave, o cuando la nave intente huir durante la visita e inspección o mientras la nave esté retenida preventivamente” (num 12). El porte de armas de fuego empero, exige autorización previa por parte del Estado del pabellón, excepto como señal para ordenar a la nave que se detenga o en caso de legítima defensa. En todo caso, se reitera que el uso de éstas últimas, cuando se autorice o se requiera, será el mínimo razonablemente necesario y proporcional en función de las circunstancias.

Se establece finalmente, que tras el adelanto de la operación se levantará de inmediato un informe detallado de lo ocurrido al Estado del pabellón. Y a solicitud de una Parte, la otra le informará oportunamente, de conformidad con su legislación, sobre el estado de las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales que se adelanten como resultado de las visitas e inspecciones que se realicen en virtud del Acuerdo y en las cuales se encuentre evidencia de tráfico ilícito (num 13). Y también se dispone que las “autoridades designadas por cada una de las Partes establecerán los procedimientos operativos necesarios para una implementación efectiva” del acuerdo (num 15).

30.3.5. Por último, como aspecto por destacar, se establecen reglas de aplicación de la ley. Por una parte se dispone que en los casos en donde “se encuentre evidencia de tráfico ilícito en nave de pabellón colombiano localizadas fuera de las aguas interiores, del mar territorial y de la zona económica exclusiva de Colombia establecidos de conformidad con su ordenamiento interno, fuera de los límites marítimos establecidos en los tratados suscritos por Colombia, y más allá del mar territorial de cualquier otro estado, se aplicará la ley penal del Estado del Pabellón, salvo que el ordenamiento interno de Colombia establezca que la otra Parte tiene la competencia debido a que inició previamente la acción penal por este mismo hecho”. Por otra, en los casos en que “se encuentre evidencia de tráfico ilícito en territorio, aguas o espacio aéreo de los Estados Unidos, o que se relacionen con naves de pabellón de los Estados Unidos localizados más allá del mar territorial de cualquier estado, el Gobierno de los Estados Unidos tendrá el derecho de ejercer jurisdicción sobre la nave retenida preventivamente, las personas a bordo y la carga, teniendo en cuenta, sin embargo, que el Gobierno de los Estados Unidos podrá, sujeto a su Constitución y sus leyes, autorizar la aplicación de la ley colombiana contra la nave, las personas a bordo y la carga” (num. 16).

Y en sus disposiciones finales, el Acuerdo incorpora la opción de formular reclamos por daños, perjuicios y pérdidas causadas durante las operaciones, establece la autonomía de cada Estado en materia de autorizaciones requeridas, la aplicación del derecho internacional ante los vacíos que plantee la aplicación del Acuerdo, la intangibilidad de los derechos, privilegios, derechos y garantías reconocidos por los derechos nacionales de cada Estado, o de las posiciones de las Partes con respecto al Derecho Internacional del Mar (num 17).

31. Con las normas de carácter internacional consuetudinario, convencional multilateral y bilateral descritas, se reconocen obligaciones y compromisos asumidos por el Estado colombiano ante la comunidad internacional y ante los Estados que forman parte de la misma, para luchar contra el narcotráfico, a fin de que de los delitos que representa puedan ser efectivamente reprimidos. Se destacan en particular los compromisos bilaterales como el firmado con Estados Unidos sobre la materia en el año de 1997, que como lo observa la doctrina, son los que han resultado más eficaces para la lucha contra el narcotráfico, en especial en el espacio marítimo donde ocurre más del 80% del transporte para su comercialización⁵⁰.

En unos y otros se prevé la actuación y colaboración de las autoridades de los Estados firmantes, con las que en caso de existir sospechas razonables para estimar que una determinada nave se dedica al tráfico ilícito por el mar, según el lugar del hallazgo y el pabellón del barco, se permite a los Estados ordenar la detención de máquinas, la visita, inspección y en su caso su disposición ante las autoridades competentes.

3.5. La figura de la interdicción marítima

32. No obstante que en el derecho procesal penal la mención a la figura de la interdicción marítima representa una novedad introducida en el parágrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, objeto parcial de la demanda de inconstitucionalidad que se estudia en este proceso, la misma representa el procedimiento que adelanta la Armada Nacional, en el marco de las competencias asumidas desde el derecho internacional reseñado y desarrolladas, tanto por la ley como por el derecho reglamentario.

33. En efecto, de conformidad con la información suministrada por la Jefatura de Operaciones Navales de la Armada Nacional, más allá del fundamento planteado en torno de las Convenciones de Naciones Unidas arriba reseñadas y de lo previsto en la ley 10 de 1978, en

la que se establece el alcance de las nociones de mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, a los efectos de fijar el poder soberano pleno, económico y de investigación del Estado sobre dichas áreas marítimas, de manera clara aparecen como fundamentos jurídicos de la interdicción marítima:

33.1. El Decreto-ley 1874 de 1979, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la ley 10 de 1978, para determinar las autoridades llamadas a proveer la vigilancia y defensa de las áreas marítimas colombianas. A tales efectos se crea en el decreto en mención el Cuerpo de Guardacostas dependiente de la Armada Nacional, con funciones dentro de las aguas marítimas jurisdiccionales, relacionadas con la defensa de la soberanía nacional, el mantenimiento del orden interno, colaboración con las actividades que los organismos del Estado realicen en el mar, además de las restantes que asigne la ley y los reglamentos.

33.2. El Decreto-ley 2324 de 1984, por el cual se ejercen las facultades extraordinarias conferidas en la ley 19 de 1983, por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares. En ese decreto, se crea la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR), como dependencia del Ministerio de Defensa, agregada al Comando de la Armada Nacional y con jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva. Igualmente, en él se autoriza a los comandantes de buques de la Armada Nacional a practicar visitas a toda embarcación que se halle en aguas jurisdiccionales “cuando se sospeche la infracción o intento de infracción a las leyes y reglamentos colombianos” (art. 128).

33.3. El Decreto 2272 de 1991, proferido por el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo transitorio 8 de la Constitución para adoptar como legislación permanente decretos expedidos bajo las facultades del Estado de sitio no improbados por la Comisión Especial. Con dicho decreto se incorpora a la legislación el Decreto legislativo 1146 de 1990, en el que entre otras, se autoriza a los buques del Ministerio de Defensa Nacional que porten signos claros e identificables como buques de servicio del Gobierno Nacional, el derecho [sic] de efectuar visitas a todos los buques de bandera colombiana o de cualquier otro Estado, que transiten en ejercicio del derecho de paso inocente a través del mar territorial colombiano. Lo anterior, en especial cuando se sospeche que estuvieren incurriendo en violación a lo dispuesto en ese decreto, esto es, sin

atender las restricciones, declaraciones y demás medidas concernientes al transporte, tránsito, arribo e introducción en el territorio nacional de un conjunto de insumos que se reconocen como utilizados para el procesamiento y producción de cocaína.

Practicada la visita, de estimarse infringidas las normas en comento, deberá ordenarse al buque en cuestión, que navegue a puerto colombiano a los efectos de adelantar la investigación administrativa correspondiente. Del mismo modo, se establece que los buques y aeronaves del Ministerio de Defensa Nacional podrán, conforme las convenciones internacionales, “ejercer el derecho de persecución de tales buques o naves e igualmente a aquellas sobre las cuales se tengan motivos fundados para creer que han cometido una infracción a las leyes y reglamentos colombianos”, en especial, los previstos en ese decreto (parágrafo del art. 10, modificado por el art. 3º del Decreto 1813 de 1990).

33.4. En fin, como última y puntual referencia normativa de la interdicción marítima, aparece la Resolución 0520 de 1999 con sus modificaciones subsiguientes, proferida por la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto-ley 2324 de 1984. Con ella se adoptan en particular los procedimientos para el control y vigilancia de naves y artefactos navales en aguas marítimas y fluviales jurisdiccionales.

Así, en consideración a que los organismos nacionales de seguridad y de inteligencia de la Fuerza Pública, han detectado la utilización de determinada clase de naves para el transporte de estupefacientes, o sustancias sicotrópicas o de los insumos y productos para su elaboración, procesamiento o transformación en tales sustancias y en particular, en atención a ser competencia de la Dirección el autorizar y controlar las actividades relacionadas con el arribo, atraque, maniobra, fondeo, remolque y zarpe, como también la inscripción, registro, inspección, clasificación, matrícula y patente de las naves y artefactos navales, se dispone, entre otras:

33.4.1. En primer término las definiciones sobre marcas de identificación o señales que deben tener las naves de registro nacional exceptuadas las de guerra, la medida de “señal de parar máquinas” emitida por cualquier Unidad de la Armada Nacional y por la cual se ordena al patrón o capitán de la nave que detenga por completo la marcha de la misma. También se establecen los documentos pertinentes expedidos por las autoridades correspondientes que

deben reunir las naves y artefactos de matrícula nacional y de matrícula extranjera, los certificados estatutarios expedidos por la autoridad marítima para las primeras que aseguran el adecuado estado de las mismas en lo referente a seguridad, navegabilidad, dotación mínima y prevención de la contaminación. Así mismo se establecen las normas que deben cumplir para el control de tránsito, las naves o artefactos navales bien de matrícula extranjera, bien de matrícula nacional. Se establecen también normas aplicables a las distintas empresas que desarrollan labores portuarias, marinas, náuticas, como astilleros etc. También las relacionadas con los deberes y obligaciones de tripulantes y capitanes de naves, relativas por ejemplo al deber de denuncia de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, insumos o productos químicos esenciales o precursores para la elaboración, procesamiento o transformación de estupefacientes”.

33.4.2. Con base en lo anterior, se establecen dos procedimientos de singular importancia para el control de las actividades ilícitas aludidas. Así la figura de la “inmovilización de naves o de artefactos navales” prevista en el art. 10, según la cual los comandantes de las unidades de la Armada Nacional, o la Autoridad Marítima, pueden “impedir temporalmente el zarpe o la navegación de las naves o artefactos navales, para practicarle visita (...)”. También se establece en el artículo 11, el deber de las mismas, en presencia de una unidad de la Armada Nacional, o de la Autoridad Marítima, a estar en “escucha del canal 16 de V.H.F. - F.M. y contestar al llamado en caso de ser requerido”. Y se agrega: “La nave que no acate o haga caso omiso a la ‘señal de parar máquinas’, o de la orden que se detenga, será objeto de persecución y se procederá a su inmovilización temporal por considerarse un indicio de la comisión de actividades ilícitas y/o contravencionales. Además, el incumplimiento a la ‘señal de parar máquinas’, dará lugar a la imposición por parte de la Autoridad Marítima, de las sanciones de que trata el artículo 18 de la presente Resolución”.

33.4.3. A continuación, art. 12, se contempla el procedimiento para la inmovilización temporal de naves o artefactos, la cual podrá ser realizada por cualquier unidad de la Armada Nacional, cuando existan indicios que den margen a colegir el desarrollo de actividades delictivas o contravencionales de la nave o de su tripulación, incluido el “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, insumos o productos químicos esenciales o precursores para la elaboración, procesamiento o transformación de estupefacientes”. Otras irregularidades de carácter reglamentario y administrativo serán atendidas por la Autoridad Marítima.

33.4.4. Por su parte, en el art. 13 se prevé la figura de la visita a la nave o artefacto naval, efectuada bien por los Comandantes de Unidades a flote de la Armada Nacional, o por los Comandantes de los elementos de combate fluvial o por la Autoridad Marítima, consistente “en subir a bordo de la nave o artefacto naval por parte de un Oficial, Suboficial u otra Autoridad competente, con el propósito de verificar los documentos pertinentes de la nave o artefacto naval y/o de la tripulación, o comprobar el desarrollo de actividades ilegales de la nave y/o de la tripulación, para lo cual podrán realizar la inspección y registro de la totalidad o parte de la misma”. A su vez en el artículo 14 se establece: “Disposición de bienes y personas. En caso de encontrarse pruebas o indicios que impliquen a la nave y/o artefacto naval, la carga o su tripulación en un delito y/o contravención, estos serán puestos a disposición de la autoridad competente por acta suscrita por el Comandante de la Unidad, Autoridad Marítima y demás participantes, acompañada de fotografías o filmaciones, si ello es pertinente, indicándose como mínimo: marca, tipo, modelo, fecha de construcción, nombre de la nave y/o artefacto naval, bandera, material del casco, número de motor, número de matrícula, desplazamiento, arqueo neto, eslora, manga, colores del casco, uso, estado de la nave, nombre de la persona natural o jurídica, propietaria de la nave y/o artefacto naval e identificación correspondiente, armador e identificación correspondiente, relación de presuntos responsables e identificación correspondiente anexando constancia de buen trato, nombre de la unidad que efectúa la incautación y fecha de la misma, incluyendo inventarios, si es pertinente, y demás información que se considere necesaria para que las autoridades competentes puedan determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar como acaecieron los hechos”.

33.4.5. Y en el artículo 15 se determina como ámbito de aplicación del procedimiento de visita, que la misma pueda ser practicada “en cualquier momento, circunstancia o lugar, ya sea que se encuentre varada fuera del agua, en las marinas, clubes náuticos, astilleros navales o talleres de reparación naval o en cualquier otra área jurisdiccional en tierra o que la misma se encuentre atracada, abarloada, fondeada o navegando en aguas jurisdiccionales o en altamar”.

33.4.6. Por lo demás, aparte de otras disposiciones de carácter operativo, la descripción de las sanciones administrativas que podrán ser impuestas por las autoridades marítimas, se establece como parte de la Resolución, las directrices establecidas por la Organización Marítima Internacional Directrices para la prevención y supresión del contrabando de drogas,

sustancias sicotrópicas y productos químicos precursores en buques dedicados al transporte marítimo (Resolución MSC 228 (82), que revoca la Resolución A.872 (20).

33.5. Además de este conjunto de disposiciones, la Armada Nacional remitió al proceso constitucional que se resuelve en esta sentencia, un “anexo” con el procedimiento de interdicción marítima (folios 42-48, cuaderno 2), el cual sustancialmente recoge las disposiciones contenidas en la Resolución 520 de 1999. También adjunta un flujograma de la operación, con descripción de la autoridad responsable y de la actividad específica que se adelanta en sus condiciones espaciales y en atención al cumplimiento o no de los llamados efectuados por las unidades de la Armada Nacional que actúan durante la operación. En todos los casos, según la descripción señalada, el procedimiento de interdicción procede sobre embarcaciones “bajo sospecha”, lo que implica la visita acordada o previa inmovilización. También se precisa la información permanente de las actuaciones adelantadas a las unidades de base, su filmación y en definitiva, el registro de toda la actuación en actas.

33.6. Por último y como parte de las normas que sujetan ésta, como todas las actuaciones de las fuerzas militares, la misma se debe someter a las reglas establecidas en el Manual Operativo de las Fuerzas Armadas. En él se establece la forma como, entre otras, se deben adelantar las operaciones militares que no tienen objetivo militar, por ejemplo las relacionadas con la persecución del narcotráfico. En ellas se deben respetar los DDHH de las personas involucradas en la acción, además de preservar todos los bienes jurídicos en juego, como son la seguridad de los miembros de la Armada que participan en la operación, los bienes, materiales y mercancías encontrados, proteger y asegurar los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas, así como los procedimientos puntuales para cada tipo de actuación y situación posible con la que se puedan enfrentar, según la medida que deba ser adoptada (C.D. anexo, cuaderno 2).

34. De esta compleja descripción normativa se puede concluir que la interdicción marítima es un procedimiento adelantado por la Armada Nacional, que se encuentra intensamente regulado por el derecho interno, además de sus soportes en los compromisos adquiridos en el ámbito internacional. Un procedimiento que en atención a las circunstancias fácticas de cada caso, puede ocurrir tanto en aguas jurisdiccionales o internacionales, sobre naves, buques o en general embarcaciones de origen nacional o extranjero, sobre individuos

colombianos o de otras naciones⁵¹, y autorizar la detención de máquinas, visita, inspección y el desvío a puerto de aquellos, de sus mercancías y ocupantes, para ser puestas a disposición de las autoridades competentes, cuando se encuentren pruebas o indicios de que la misma se dedica al tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o de los productos esenciales para su elaboración, sin contar en este último caso con las autorizaciones requeridas.

35. Con todos los anteriores elementos de juicio, procede la Corte a resolver el cargo concreto de inconstitucionalidad formulado sobre el precepto objeto de acusación.

3.6. Solución del caso concreto

36. El actor estima que el aparte final del párrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, vulnera la garantía constitucional prevista para proteger la libertad personal consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política, así como el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo anterior, como quiera que se autoriza en él que el término de las 36 horas para poner a disposición del juez de garantías a las personas ocupantes de la nave objeto de interdicción marítima, no cuenta desde el momento en que se adelanta tal procedimiento y se desvía la nave a puerto, sino desde el momento en que se determina, en puerto, que las sustancias encontradas en aquella son ilícitas.

Con ello, a su juicio, el legislador ha sobrepasado su poder de configuración legislativa al autorizar una captura sin que exista claridad sobre el acto ilícito, con la irregularidad adicional de que su control de legalidad no opera dentro del plazo razonable, sin demora y dentro de la brevedad posible, que en todo caso conforme al ordenamiento constitucional colombiano, no puede exceder de las 36 horas.

En adición, estima que la norma señalada vulnera el derecho de igualdad ante la ley, puesto que brinda un tratamiento distinto de menores garantías para quienes se encuentran en la situación descrita por el precepto, cuando la regla general de la Constitución impone que el término de las 36 horas debe contabilizarse inmediatamente se realiza la aprehensión.

37. A la misma conclusión llega la Defensoría del Pueblo, para quien la medida señalada representa un traslado ilegítimo de funciones propias del juez a las fuerzas armadas, quienes

por la posible gravedad de las conductas objeto de control, son autorizadas para retener y posponer la entrega de las personas capturadas ante el juez hasta tanto se determine la ilicitud de las sustancias encontradas, lo cual introduce un juicio carente de fundamento constitucional.

38. Por su parte, para el Ministerio de Justicia y del Derecho y para la Armada Nacional, la postergación del término de las 36 horas resulta justificada, tanto por las condiciones específicas en que se realiza la interdicción marítima y las garantías que se introducen en la norma para que la entrega se realice en el menor tiempo posible, como por la necesidad de que se postergue la entrega del capturado a la autoridad judicial, ante la necesidad de comprobar la ilicitud de las sustancias transportadas en la nave objeto de la medida. Todo ello, con respaldo además en los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia y en las normas de derecho interno que aseguran el correcto ejercicio de la atribución, tanto a la legalidad en general como a las exigencias relativas a la protección de derechos fundamentales.

39. Para determinar si en efecto, el aparte del párrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 298 del C.P.P., es contrario o no a la Constitución, en primer lugar se establecerá el alcance de la norma acusada y sus implicaciones en el presente proceso (3.6.1.) y en segundo, se atenderán los problemas jurídicos por absolver para establecer la constitucionalidad o no de la disposición acusada (3.6.2.)

3.6.1. Alcance normativo del precepto acusado y sus implicaciones en el presente proceso. Replanteamiento del problema jurídico.

40. El aparte del párrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 298 del C.P.P., se ubica dentro del título IV del Régimen de la libertad y su restricción del C.P.P., en el capítulo II, sobre la Captura, luego del capítulo I sobre disposiciones generales que preservan la idea de la libertad y antes del capítulo III, sobre medidas preventivas.

El capítulo II, desarrolla la noción de captura, que se arma entre el artículo 297 y el 305 A del Código de procedimiento penal.

Entre los artículos 297 y 299, se ordena el régimen común o general de la captura, por orden de autoridad judicial. En el artículo 297 así se reconoce, al imponerse como regla para este

tipo de restricción de la libertad, frente a las precisas excepciones de flagrancia y captura (excepcional) por la Fiscalía. El artículo 298, modificado actualmente por lo previsto en el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011, regula el contenido y vigencia de la captura por orden judicial. Finalmente el artículo 299 del C.P.P., modificado por el artículo 20 de la Ley 1142 de 2007, establece el trámite de la captura judicial.

En el artículo 300, modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, se dispone el régimen de captura excepcional en cabeza de la Fiscalía, objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional⁵². Sigue entonces el artículo 301, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y adicionado en su párrafo por el artículo 22 de la Ley 1142 de 2007, que contiene las diversas modalidades de flagrancia. Y en el artículo 302, se determina el procedimiento de aplicación, según se trate de captura por las autoridades públicas o por los particulares.

A continuación viene el artículo 303, en el que se encuentra la definición, en principio común de los derechos del capturado, el artículo 304, modificado por el artículo 58 de la Ley 1453 de 2011, que determina la formalización de la reclusión por medida de aseguramiento o sentencia condenatoria. En fin concluye el capítulo con el artículo 305 sobre registro de personas capturadas y detenidas y el artículo 305A, adicionado por el artículo 4 de la Ley 1453 de 2011, que prevé un registro nacional de órdenes de captura.

41. Ahora bien, el artículo 298, modificado por el art. 56 de la ley 1453 de 2011, donde se encuentra el aparte acusado, al regular el contenido y vigencia de la captura con orden judicial, dispone las siguientes reglas:

41.1. Se determina el contenido de la orden escrita expedida por el juez, con indicación de los elementos sustanciales que debe reunir: a) motivos de la captura, b) nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, c) el delito que provisionalmente se señale, y d) la fecha de los hechos y el fiscal que dirige la investigación. En este caso, es claro que se alude a la orden de captura común que se emplea con el objeto de hacer comparecer al indiciado, imputado o acusado al proceso.

41.2. Se establece la vigencia de la orden, que no será superior a un año, aunque con posibilidad de prorrogarse “tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de Policía

Judicial encargado de hacerla efectiva”. Para estos efectos, se indican las reglas sobre la difusión en los medios de las órdenes de captura en cuestión.

41.3. Se prevé en el párrafo la regla con la cual se desarrolla lo establecido en el artículo 28 constitucional. En este sentido se establece que “La persona capturada en cumplimiento de orden judicial 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”. El precepto precisa que tal regla no se aplicará cuando “el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia”, pues en ese evento deberá ser puesto a disposición del juez de conocimiento que la profirió.

41.4. Ahora bien, en el párrafo 2º del artículo analizado, se incluyen estas reglas: por un lado se establece que “Cuando existan motivos razonables para sospechar que una nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los miembros uniformados de la Armada Nacional deberán aplicar el procedimiento de interdicción marítima y conducir inmediatamente la nave y las personas que estén a bordo al puerto para que se verifique el carácter ilícito de las sustancias transportadas”. Y por el otro, que es la norma acusada, se determina que “En este caso, el término señalado en el párrafo anterior se contará a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas son ilícitas en el puerto, siempre y cuando se cumpla el procedimiento de interdicción marítima y se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados”.

42. Revisado el contenido de éste párrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, la Corte concluye, con el único propósito de atender el problema de constitucionalidad que en este asunto se analiza, que no obstante su *sedes materiae*, su ordenación no regula aspectos específicos de la captura por orden de autoridad judicial (art. 298, inciso 1º C.P.P., modificado por el art. 56 de la ley 1453 de 2011). Tampoco regula el caso de la captura excepcional que puede adelantar la Fiscalía (art. 300 del C.P.P., modificado por el art. 21 de la ley 1142 de 200753), en el marco de una investigación penal por delitos de narcotráfico y en la que actúe como autoridad de policía judicial.

Porque de ser así, de representar una regla específica de la captura por orden judicial o de la

captura excepcional de la Fiscalía, se estaría directamente asignando función de policía judicial a la Armada Nacional, no estando ella como fuerza armada llamada a prestar tal servicio⁵⁴, que hace efectivamente parte de la función de investigar delitos⁵⁵. Pero además, en el supuesto de que así fuera, de que en efecto el legislador de 2011 hubiese introducido una autorización legal a la Armada Nacional para obrar como policía judicial, en los términos previstos en el artículo 202 del C.P.P., a fin de hacer efectiva una orden de captura, con actuación desarrollada en consonancia con la Fiscalía General de la Nación, en especial con la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima (arts. 201, 202 y 203 C.P.P.), antes que referirse, como lo hizo, a “motivos razonables para sospechar”, aludiría directamente a la “orden del juez para capturar”. Esto es, a la imposición de la interdicción marítima como desarrollo de la orden judicial de capturar a las personas que ocupan la nave en cuestión, por su vinculación con el delito de tráfico ilícito de drogas.

43. Por esto, la interpretación razonable del precepto es que en él se consagra una figura distinta, a saber, el procedimiento de “interdicción marítima”, que se puede aplicar como resultado de las labores de patrullaje ordinario o inteligencia que adelanta la Armada Nacional, según las normas de origen nacional e internacional ya analizadas y por las cuales se le autoriza someter a un control de detención de máquinas, información, visita, inspección y en definitiva, desvío a puerto colombiano, a la embarcación, buque o nave, para someter a sus ocupantes ante la autoridad competente, como procedimiento que hace parte sus competencias asignadas para preservar la “seguridad marítima”⁵⁶.

44. Su inclusión en el C.P.P., con el párrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, sirve empero para fijar algunas garantías específicas, a saber:

- Se determina la condición fáctica de que los motivos de sospecha para aplicar la interdicción marítima deben ser razonables.
- Se dispone el mandato de que la conducción a puerto de la nave objeto de interdicción y de las personas que se encuentran a bordo de ella, debe ser inmediata.
- La conducción a puerto se hace con el objeto de que “se verifique el carácter ilícito de las sustancias transportadas”.
- “En este caso”, esto es, en el de la interdicción marítima efectuada sobre una barca o nave

que transporta sustancias que se sospecha razonadamente contienen estupefacientes o sustancias psicotrópicas, “el término señalado en el párrafo anterior” o sea el de las 36 horas que se prevé para poner a la persona a disposición del juez de control de garantías, “se contará a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas son ilícitas en el puerto”.

- El conteo específico del término para llevar ante el juez a las personas capturadas, se aplicará “siempre y cuando” se reúnan dos condiciones sine qua non adicionales: uno, que “se cumpla el procedimiento de interdicción marítima” y dos, que “se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados”.

45. De este contenido normativo se pueden concluir dos observaciones y dos consecuencias para los efectos del proceso de constitucionalidad.

45.1. La primera observación es que con la ubicación de esta figura en el párrafo 2º del artículo 298 del C.P.P., se ha incurrido en un error de técnica legislativa, pues se ha insertado de manera inopinada como subregla de la captura con orden judicial de que trata el art. 28, num 1º C.P., cuando como se ha visto la interdicción marítima no es tal cosa, como tampoco es ejercicio de la facultad excepcional de la Fiscalía del art. 250, num 1º C.P. Lo anterior, como quiera que no está llamada a actuar como policía judicial en ejecución de las ordenes de captura común o excepcional expedidas por el juez o por la Fiscalía. La interdicción marítima es, en cambio, un procedimiento adelantado por la Armada Nacional, en el marco de sus operaciones comunes destinadas a garantizar la seguridad marítima, con la cual, tras la comunicación, visita e inspección de una nave o embarcación encontrada, se consolidan los motivos razonables de sospecha de que la misma trafica drogas ilícitas, hallazgo por el cual se impone la conducción inmediata de la misma hacia puerto colombiano, para que la situación encontrada sea valorada y definida por las autoridades competentes.

45.2. La segunda observación ligada a la anterior, es que lo que allí efectivamente se prevé, representa un caso de flagrancia, reconocido expresamente por el artículo 32 de la Carta y desarrollado en los artículos 301 del C.P.P., modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y 302 del mismo código. En particular, se trata de un tipo especial de “flagrancia inferida”⁵⁷, en la que aunque no existe certeza jurídica plena sobre la condición ilícita de las sustancias encontradas y que transporta la nave, existen motivos razonables para sospechar

que son estupefacientes o sustancias psicotrópicas y por tanto constituyen el delito consagrado en el artículo 376 del Código Penal.

Esta seguridad sobre la ilicitud de la conducta no se obtiene de la propia autoridad naval colombiana, por las razones atrás aducidas, o sea, porque no actúa como policía judicial, ni tiene competencias para determinaren sentido estricto la ilicitud de una conducta en el marco de una investigación penal, incluso de carácter preliminar.

Por lo demás, los “motivos razonables para sospechar” no sólo se concretan para solicitar la detención de máquinas de la nave, su visita e inspección, acordada o en su defecto adelantada por la fuerza, con todas las garantías existentes en la legislación nacional y en la legislación internacional incorporada al derecho colombiano. También lo están en el hecho de encontrarse sustancias transportadas por la nave en comento, las cuales confirman esos motivos de sospecha razonable y seria, pues ofrecen un claro nivel de justificación objetiva y constituyen un indicio vehemente y convincente de que se trata de mercancías que contienen estupefacientes o sustancias psicotrópicas y que por lo tanto representan la comisión del mencionado delito.

45.3. Por su parte, la primera consecuencia jurídica para los efectos del presente proceso, radica en la necesidad de contemplar la integración de la unidad normativa del párrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011 modificadorio del art. 298 del C.P.P, como fórmula para tomar una decisión de fondo y coherente.

45.3.1. Porque aplicando los criterios de valoración a que se ha referido la jurisprudencia de esta Corporación en múltiples oportunidades⁵⁸, sobre la correcta interpretación de esa facultad que le otorga al juez constitucional el artículo 6º inciso 3º del Decreto 2067 de 1991⁵⁹, llamada a ser ejercida de manera excepcional y restringida, en el presente caso se encuentra que existe la necesidad de efectuar la unidad normativa porque el aparte demandado del párrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, no posee un contenido deóntico claro o unívoco sin remitirse forzosamente a lo previsto en la totalidad de esa disposición específica del art. 298 C.P.P.

45.3.2. Así cuando inicia con la remisión expresa de “En este caso”, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible acudir al otro aparte del párrafo 2º en cuestión, que no se acusó. Y aunque lo expresado en ese segundo

componente del párrafo 2º contiene expresiones que desde el punto de vista semántico y de la sintaxis son claras y unívocas, no es susceptible cotejarla sólo con arreglo exclusivo al artículo 28 C.P., sino también al artículo 32 C.P. Además, en el caso de ser declarado inexecutable el segundo aparte acusado del referido párrafo 2º, se generaría gran incertidumbre acerca del contenido del párrafo que sobrevive y su forma de armonizar con el ordenamiento jurídico procesal penal de la libertad, la restricción y las excepciones al deber de reserva judicial.

45.3.3. Por ello, la Corte integra la unidad normativa de la figura jurídica contemplada en el párrafo 2º del artículo 1453 de 2011, como medida indispensable para permitir un pronunciamiento de fondo que además impida romper la coherencia del orden jurídico.

45.4. Y como segunda consecuencia, dado que se debe estudiar el párrafo 2º en su integridad, es pertinente reformular el problema jurídico del caso. Así, lo que debe responder entonces la Corte es si ¿se vulnera el artículo 28, inciso 2º de la Constitución, en concordancia con el artículo 7º de la Convención americana de derechos humanos y 9º del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que en aplicación de la figura de la interdicción marítima que puede adelantar la Armada Nacional, con respeto de los derechos fundamentales involucrados, para dar lugar al desvío inmediato de una nave por encontrarse en ella sustancias transportadas que por motivos razonables permiten sospechar que hacen parte del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se disponga que el término de las 36 horas de remisión ante el juez de garantías de las personas a bordo de la nave objeto de tal medida, se deba contar a partir del momento en que, en puerto, se verifique el carácter ilícito de las sustancias encontradas en el barco? Esto en cuanto a desconocer la regla de que la persona detenida preventivamente deba ser puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a su detención preventiva.

46. Pasa entonces la Corte a dar respuesta al problema jurídico planteado.

3.6.2. Constitucionalidad condicionada del aparte final del párrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011.

47. El estudio adelantado en esta sentencia lleva a la siguiente conclusión: lo previsto en el párrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011 en cuanto a la forma en que se debe

contar el término de 36 horas para poner a disposición ante el juez de control de garantías a las personas capturadas con ocasión del procedimiento de interdicción marítima, presenta problemas constitucionales.

Porque como se dijo en sentencia C-163 de 2008, el plazo de las 36 horas previsto en la ley procesal para someter al control de legalidad de la captura efectuada en cualesquiera de sus modalidades, es un límite temporal destinado a “evitar las privaciones arbitrarias de la libertad”. De allí que se deba interpretar de manera restrictiva, por las afectaciones que representa para la libertad y para los postulados constitucionales pro libertate, y de reserva legal y judicial de las mismas, “en cuyo marco es inadmisibles una privación de la libertad que no cuente con la definición de un plazo para el respectivo control de su legalidad (...)”.

48. Sin embargo, no parece razonable declarar la inconstitucionalidad del precepto, en particular del aparte acusado en la demanda, por cuanto dicha decisión podría paradójicamente dejar en una situación peor a las personas capturadas durante la operación naval mencionada, pues la falta de una indicación precisa sobre la forma en que se aplica la garantía del artículo 28 constitucional, generaría un vacío normativo que causaría mayor incertidumbre y permitiría toda suerte de interpretaciones en cabeza de los operadores jurídicos.

De otro lado, también podría objetarse que una decisión de declarar la inconstitucionalidad de la regla de aplicación de que trata el parágrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, no toma en cuenta el hecho de que con dicha ordenación, en todo caso el legislador busca regular el funcionamiento de la garantía constitucional de la libertad personal (art. 28 inc 2º. C.P.), en el evento de la interdicción marítima como actuación estatal de la Armada Nacional que defiende el orden constitucional (art. 217 C.P.) y da cumplimiento a las obligaciones internacionales (art. 9º y 224 C.P.) y nacionales (arts. 6º) del Estado colombiano, de participar en la persecución del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. También por cuanto, como se ha visto, la figura específica regulada puede ser entendida como flagrancia, una excepción constitucional al principio de reserva judicial de la primera palabra (arts. 32 C.P.).

Desde los anteriores elementos de juicio, una decisión de inexecutable del aparte acusado sería entonces inaceptable pues dejaría desprotegidos los bienes jurídicos que en ella se

preservan.

49. Además, la declaratoria de inexecutable no tendría tampoco presente, como se dijo en la sentencia C-251 de 2002, que no obstante el carácter imperativo de la regla constitucional consagrada en el artículo 28 y las restricciones que su interpretación impone al operador jurídico, el cumplimiento del término de las 36 horas está ligado de manera indisoluble al cumplimiento de prestaciones por parte del Estado. Dichas prestaciones deben ser cumplidas a cabalidad, con el rigor que el bien jurídico de la libertad impone, pero dentro del margen de posibilidad que determinen las circunstancias.

50. En el presente asunto, se trata de la situación específica en que la Armada Nacional actúa en el espacio marítimo, sea este el de las aguas jurisdiccionales o en aguas internacionales, esto es, dentro de las 12 millas náuticas o de 22 kilómetros 224 metros del mar territorial, dentro de las 200 millas náuticas de la zona económica exclusiva contadas desde donde se mide la anchura del mar territorial (artículos 1º y 7º de la ley 10 de 1978) y más allá en alta mar. En estas diferentes distancias puede ocurrir que la Armada Nacional, de manera independiente o en el marco de los acuerdos suscritos con otros Estados, según las reglas señaladas del Derecho internacional aplicable, encuentre motivos razonables y decisivos de sospecha relacionados con que una cierta nave trafica drogas ilícitas, proceda a la interdicción marítima y encuentre que en efecto transporta sustancias que igualmente, de modo razonable, permiten motivadamente concluir, llevan estupefacientes y sicotrópicos.

En condiciones tan diversas, no obstante el Estado disponga de todos los recursos y capacidad técnica y operativa con que actúa la Armada Nacional en el procedimiento de interdicción marítima, puede resultar posible que desde el momento en que opera el desvío y por consiguiente la captura en flagrancia inferida de los ocupantes de la nave, hasta el momento en que es verificado por las autoridades competentes el carácter ilícito de la sustancia se dispongan estos últimos ante el juez de control de garantías, hayan transcurrido más de las 36 horas de que trata el art. 28 inc. 2º de la Constitución.

Esta situación, empero, puede ser explicable y admisible. Porque *ad impossibilia nemo tenetur* o nadie está obligado a lo imposible, como dice la regla de la tradición romanística⁶⁰, que a su vez deriva de la regla *es a sí romana* según la cual *impossibilium nulla obligatio est*, es nula la obligación de cosas imposibles⁶¹, recogidas una y otra por nuestro ordenamiento

jurídico⁶², como da cuenta el empleo que de ellas ha hecho la jurisprudencia constitucional⁶³.

51. De tal suerte y como se estimó en esa decisión que se cita, no obstante la valía indiscutible de la garantía constitucional para proteger la libertad individual de los actos arbitrarios de autoridad y la necesidad de preservar su integridad personal asegurando su presencia física ante el juez de control de garantías, no puede obligarse al Estado a cumplir con las 36 horas del artículo 28 C.P. retomadas por el parágrafo del art. 56 de la ley 1453 de 2011, con independencia del lugar donde se adelante la interdicción marítima y la distancia que este punto tenga al puerto colombiano más cercano, de las vicisitudes y condiciones y contratiempos de carácter meteorológico, estratégico, logístico que la actuación pueda significar.

Una carga así determinaría la conclusión irrazonable de que fuere imperativo el cumplir con las 36 horas que trata el art. 28 constitucional, en caso de captura por interdicción marítima, con independencia de situaciones de tormenta, marea alta y demás peligros, riesgos e implicaciones operativas en que tenga lugar dicho procedimiento y que pueden poner en peligro la vida misma de los capturados y también de los miembros de la Armada Nacional. Supondría una tal interpretación, que el mero transcurso de las 36 horas generaría la obligación de liberar a quienes razonablemente, se entiende, están cometiendo un delito, con las graves consecuencias que se generarían en la lucha contra el narcotráfico. Con ello operaría una aplicación de una regla constitucional como posición jurídica absoluta y definitiva, con una única interpretación posible y con prevalencia inalterable frente a todos los demás bienes jurídicos constitucionales llamados a ser protegidos con la medida.

52. Contrario sensu, un entendimiento razonable permite determinar que no puede exigirse al Estado, que en el preciso momento de la interdicción marítima se asegure que, conforme a un mapa de tiempos, exista una autoridad judicial a una distancia no mayor de 36 horas desde cualquier punto en el que ese procedimiento opere, sea dentro de las 12 millas del mar territorial, las 200 de la zona económica exclusiva o la distancia indeterminada en el mar abierto. Y en consecuencia, también es razonable estimar que la legalidad de la captura en flagrancia inferida ocurrida con ocasión de la interdicción marítima, depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que cierta y decididamente se dirijan a hacer efectiva la garantía constitucional que protege la libertad personal mediante

la entrega física de las personas capturadas ante la autoridad judicial.

53. La pregunta que naturalmente surge del análisis precedente es la que sigue: ¿qué debe hacer la Corte para enfrentar la anterior situación, según la cual la figura de la captura durante el procedimiento de interdicción marítima podría tener problemas de constitucionalidad, pero su retiro del ordenamiento jurídico puede generar un desconocimiento grave e irrazonable de los principios y deberes constitucionales del Estado colombiano?

Para responder a ese interrogante, la Corte recuerda que, según reiterada jurisprudencia, ella tiene la facultad de modular el sentido de sus decisiones, y por ello no está atrapada en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma legal (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución⁶⁴.

54. De tal suerte, la Corte considera que es posible condicionar la exequibilidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, para corregir la afectación sobre la garantía constitucional que protege la libertad personal, la Corte considera indispensable precisar que el término de las 36 horas para poner a disposición de las personas capturadas en la nave materia de interdicción marítima por las razones señaladas, no puede contarse desde el momento en el cual se verifique en puerto que las sustancias transportadas son ilícitas.

Aunque tal comprobación sólo podrá hacerse efectiva por la autoridad competente, a saber la Fiscalía y los cuerpos técnicos con que la misma opera, no resulta admisible con la Constitución que su contabilización se suspenda hasta que dicha verificación ocurra, una vez se llegue a puerto colombiano. Lo anterior, como quiera que la Armada Nacional tanto en aguas jurisdiccionales como en aguas internacionales, al estar ejerciendo competencias de autoridad estatal colombiana, está sometida a la Constitución y en esa misma medida, los nacionales o los extranjeros que puedan ser objeto de captura y llamados a ser investigados

y juzgados en el país, según las reglas de competencia dispuestas, también gozan de todas las garantías que prevé la Carta, incluida la del art. 28, inciso 2º.

La Corte determina así el único sentido del párrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011 que resulta acorde con la Constitución, en particular con el cargo de violación del artículo 28 C.P. En este orden, será constitucional sólo en el entendido de que una vez capturada en flagrancia la o las personas ocupantes del barco en cuestión, con el cumplimiento pleno de las formas y exigencias del procedimiento de interdicción marítima y el respeto y garantía cabal de los derechos fundamentales que se pudieren afectar durante toda la actuación, el término para entregarlas y definir su situación jurídica ante el juez de control de garantías, será el mínimo posible y bajo ninguna circunstancia podrá superar el término de las 36 horas contadas a partir del momento en que se llega al puerto colombiano más cercano.

55. En esta medida, la Armada Nacional deberá celosamente procurar: i) el inmediato desvío de la nave objeto de interdicción marítima, dentro de las condiciones que razonablemente lo permitan para la mayor seguridad de los capturados y de la operación naval; ii) la estricta protección de los derechos fundamentales de las personas capturadas en flagrancia; iii) el cumplimiento de la integridad de formas y garantías que reglan el procedimiento de interdicción marítima; iv) la diligente y pronta comunicación y coordinación con las autoridades competentes, en particular la Fiscalía para que provea lo necesario para recibir con prontitud en puerto la nave, las sustancias transportadas sobre las que se sospecha de modo razonable su ilicitud y naturalmente las personas a bordo capturadas.

La Fiscalía por su parte, deberá arreglar todo lo necesario para que una vez llegados a puerto, de inmediato verifique con su cuerpo técnico la ilicitud de las sustancias, y conforme lo señalado por la Corte en sentencia C-591 de 2005 con relación al art. 302 del C.P.P., examine si dicha captura fue o no legal, es decir, “si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia (...) así como los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional”⁶⁵. En concreto, para que verifique, conforme a lo previsto en el párrafo 2º del art. 56 de la ley 1453 de 2011, que las sustancias analizadas fueren ilícitas o no, se cumplió o no rigurosamente con el procedimiento de interdicción marítima, o se vulneraron o no derechos fundamentales de los involucrados. Pues en caso negativo, como entonces se dijo, por tratarse de una captura ilegal, la o las personas afectadas deben ser liberadas por la Fiscalía, “imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia

cuando sea necesario”, como lo establece el art. 302, inc. 3º del C.P.P.

Y finalmente, en caso de estimarse legal la captura por la situación de flagrancia, la Fiscalía deberá remitir con las formalidades del inciso 4º de ese último precepto, ante el juez de control de garantías a los capturados en flagrancia por la Armada Nacional, para que decrete, si se dan las condiciones del artículo 308 C.P.P., la medida de aseguramiento.

56. Todas las anteriores actividades, deberán asegurar que la garantía del artículo 28 constitucional se preserve y en todo caso transcurra el menor tiempo posible desde el momento de la captura en flagrancia producto de la interdicción marítima y el control efectivo de la restricción de la libertad de los implicados por el juez competente, de modo que no supere las 36 horas contadas desde el arribo a puerto colombiano, como forma de proteger la libertad personal y la garantía de reserva judicial de la primera palabra, así como los demás bienes jurídicos que protege el precepto.

III. 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.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre el cargo de igualdad formulado contra el aparte final del parágrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el parágrafo 2º del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, bajo el entendido de que la puesta a disposición de las personas capturadas durante la interdicción marítima ante el juez de control de garantías y la definición de su situación jurídica, deberá desarrollarse en el menor tiempo posible, sin que en ningún caso exceda las 36 horas siguientes a la llegada a puerto colombiano.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSÓN PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Juan Manuel Lesmes Duque, Capitán de Navío. “Eficacia de las operaciones de interdicción marítima frente al tráfico de cocaína por mar desde Colombia hacia Estados Unidos” Tesis de Maestría en Defensa y Seguridad Hemisférica (s.m.d.).

2 Sentencia C-1052 de 2001.

3 Sobre este particular pueden verse, entre otras, las sentencias C-022 de 1996, C-1191 de 2001, C-106 de 2004 y C-810 de 2007.

4 Sentencia C-1191 de 2001.

5 Vid. entre otras sentencia C-862 de 2008.

6 En el Derecho inglés, anterior a las revoluciones liberales, así se puede constatar en el reconocimiento de la figura del habeas corpus, consagrada en los artículos XLVI y XLVII de la Carta Magna de Inglaterra de 1215 (“Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o de alguna manera destruido; ni nos dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”). También, con posterioridad, en la Petition of Rights de 1628 y finalmente en el Habeas Corpus Act de 1679.

7 Se dijo en la sentencia C-237 de 2005: “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’. 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. 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. 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”.

8Al respecto en sentencia C-879 de 2011 se observó: “En primer lugar, el Preámbulo de la Constitución señala la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico, en esta proclamación se ha visto el reconocimiento de una directriz orientadora en el sentido que la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria [Sentencia C-221 de 1994]. Igualmente el artículo 2 de la Constitución indica que las autoridades están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. Desde esta perspectiva la libertad se configura como un contenido axiológico rector del sistema normativo y de la actuación de los servidores públicos, del cual, en todo caso, también se desprenden consecuencias normativas en la interpretación y aplicación, no sólo del texto constitucional, sino del conjunto de preceptos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, que deben ser leídos siempre en clave libertaria [expresión empleada en la sentencia T-237 de 2004 para hacer referencia a la interpretación de las disposiciones legales de conformidad con el contenido axiológico de la libertad]. Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un principio general de libertad que autoriza a los particulares a llevar a cabo las actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no está subordinado a requisitos o condiciones determinadas, el cual estaría reconocido por el artículo sexto, se trataría entonces de la norma de cierre del ordenamiento jurídico, que tendría la estructura deóntica de un permiso. Pero también se ha visto en el artículo 13 de la Constitución, el origen de este principio general de libertad el cual según la jurisprudencia constitucional es el fundamento del derecho de toda persona a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. A su vez la Constitución reconoce numerosos derechos de libertad, especialmente en el Capítulo I del Título II, tales como el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la libertad de conciencia (art. 18), la libertad de cultos (art. 19), la libertad de expresión y de información (art. 20)”. Vid. también, la sentencia C-176 de 2007 donde se sostuvo que “la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad. Por esta razón, el constituyente no sólo otorgó a la libertad el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que

aunque se derivan de ella se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción. Dentro de estos se encuentran los derechos a ser informado sobre los motivos de la detención, a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y a ser detenido en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente (artículos 28 y 29 de la Constitución)”.

9 Vid. sentencia C-251 de 2002.

10 Vid. sentencia C-187 de 2006.

11 Dijo al respecto la sentencia C-730 de 2005: “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”.

13 Conforme a la sentencia C-879 de 2011, se dice que hay “reserva de la primera palabra” (o reserva absoluta de jurisdicción), “cuando, en ciertas materias, compete al juez no solamente la última y decisiva palabra sino también la primera palabra referente a la definición del derecho aplicable a las relaciones jurídicas. Es decir, que hay ciertos asuntos sobre los cuales sólo se pueden pronunciar los tribunales. Desde muy pronto la Corte Constitucional se ocupó del problema de la reserva absoluta de jurisdicción. Así, en la Sentencia T-490 de 1992 hizo interesantes pronunciamientos al respecto, que a continuación se reproducen: “En materia del derecho a la libertad personal, el constituyente, ha estructurado una serie de garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Constitución establece una reserva judicial a favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona sea reducida a prisión, arresto o detención (art. 28 CP). En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad. En consecuencia a la autoridad administrativa le está vedado imponer motu proprio las penas correctivas que entrañen, directa o indirectamente la privación de la libertad, salvo

mandamiento escrito de autoridad judicial competente (...)” Sobre la justificación se esta reserva se consigna en la sentencia C-176 de 2007: “De hecho, la atribución del control de legalidad y de los motivos y finalidades de la privación de la libertad únicamente a las autoridades judiciales es una clara manifestación de la concepción actual de democracia y del objetivo del derecho penal en el Estado Social de Derecho, pues se parte de la base de que el juez tiene a su cargo la tarea de vivenciar al derecho punitivo no sólo como un instrumento de defensa y garantía de los derechos de la sociedad mayoritaria, incluyendo el interés de la víctima a la reparación integral del daño, sino también los derechos del delincuente que expresa los intereses de una minoría frente al poder del Estado. Así, la concepción del derecho penal mínimo o garantismo penal, en palabras de Luigi Ferrajoli, “se justifica si y solo si, además de prevenir los delitos –cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje-, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y solo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la mayoría desviada. De esta forma, se concibe al juez como garante de los derechos involucrados en el derecho punitivo del Estado porque claramente sus decisiones se encuentran, de un lado, limitadas por el principio de legalidad y, de otro, sometidas a las garantías sustanciales y procesales de protección constitucional del derecho a la libertad. Por ese motivo, se entrega al juez la responsabilidad de analizar la situación fáctica para autorizar la privación de la libertad de una persona en aquellos casos en los que exista motivo previamente definido en la ley, con las formalidades legales y con el procedimiento establecido en las normas pertinentes.”

14Reserva judicial que se aplica de manera estricta para la imposición de sanciones que suponen la aplicación de penas privativas de la libertad. A la misma se refirió la sentencia C-198 de 1999 para declarar inexecutable el numeral 1 del artículo 207 del Código Nacional de Policía que preveía a aplicación de la retención transitoria “al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones”. Dijo entonces la Corte: “Dado que la disposición mencionada, contenida en el Decreto examinado, de acuerdo con lo expuesto, tiene el carácter de sanción que implica la privación de la libertad, para la Corte dicha norma vulnera el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia. En efecto, la norma demandada atribuye a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial, en aquellos casos en que se irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en

desarrollo de sus funciones, lo cual resulta atentatorio de la libertad personal y del mandato constitucional que prohíbe la detención sin orden judicial. Por dicha razón, dicha norma será declarada inexecutable. Lo anterior, no obsta para que el servidor público uniformado de la policía, sujeto de la agresión pueda acudir ante la autoridad competente para que se investigue la conducta del infractor, por el irrespeto, amenaza o provocación de que ha sido víctima.”

15 Así en sentencia C-657 de 1996, retomada en la sentencia C-256 de 2008.

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del (19) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) aprobado mediante acta N°94 Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

17 Idem. También, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fallo del dieciocho (18) de abril de dos mil dos (2002), rad. 10.194 Magistrado Ponente: M.P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fallo del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006) Rad. 25136 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

18 De conformidad con el artículo 313 del C.P.P. procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los casos de (i) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; (ii) en los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años; y (iii) 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.

19 Es decir, “si es viable inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y que además la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; o que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (...)”.

20 Se hacía referencia a la entrega física del capturado en flagrancia, conforme lo observado en la sentencia C-251 de 2002 y las particulares condiciones en que se debía proceder cuando el aprehendido fuere un servidor público, conforme lo previsto en el artículo 347 de la

Ley 600 de 2000 y a la valoración efectuada por la Corte en sentencia C-296 de 2002.

21 En ese orden declarará exequible el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado (“si en casos de captura en flagrancia la Fiscalía General de la Nación puede o no dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario, si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva o si la captura fue ilegal”), y bajo el entendido de que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

22 Con todo, los desarrollos normativos de este precepto deben someterse al carácter excepcional dispuesto en la Constitución. Por ello, en la sentencia C-730 de 2005, que atendió la demanda formulada contra el artículo 2º de la ley 906 de 2004, cuando establecía la sujeción al término de las 36 horas siguientes para poner a disposición del juez de control de garantías en el caso de las capturas “en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”, fue declarada inexecutable. A esta conclusión se llegó luego de analizar el significado de la libertad personal en el orden constitucional, así como el nuevo papel de la Fiscalía conforme al A.L. no. 3 de 2002. Con estos dos elementos, determinó el contenido y alcance del artículo en que se contienen las expresiones acusadas, valorado en su condición de precepto que hace parte del título preliminar sobre “Principios Rectores y Garantías Procesales” del Código de Procedimiento Penal. Conforme lo anterior, si bien encontró que el mismo no vulneraba el artículo 28 superior en la reserva judicial de la libertad al seguir siendo la Fiscalía una autoridad judicial (art 116 y 249 C.P.), ni tampoco lo dispuesto en el artículo 250 num. 1º C.P., que autoriza al órgano acusador a efectuar de manera excepcional capturas, en todo caso, sí se desconocía el carácter excepcional de la competencia atribuida a la Fiscalía General de la Nación. Esto en atención a la falta de claridad y definición con que el legislador había previsto para aquella, la posibilidad de restringir la libertad. Dijo entonces la Corte, que la existencia de motivos fundados y la carencia razonable de oportunidad para solicitar el mandamiento escrito, “comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta” y en ese orden se hace posible que lo que es una excepción se pueda convertir en la regla general. Igual suerte tuvo lo previsto en el artículo 300 del C.P.P., declarado inexecutable por la Corte en sentencia C-1001 de 2005, en cuanto el mismo autorizaba a la Fiscalía a proferir órdenes de

captura excepcionales en los casos allí señalados. En este asunto, la Corte consideró primero que no se evidenciaba en la regulación efectuada por el legislador el presupuesto de excepcionalidad previsto en el art. 250.1. de la Constitución para autorizar la posibilidad de que la Fiscalía realizara capturas y que de hecho los requisitos que se establecían eran menos exigentes que los impuestos al propio juez de control de garantías para emitir una orden equivalente; y segundo, que la norma acusada reiteraba como requisitos para este efecto indicado, 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, habían sido declarados inexecutable por la Corte en la sentencia C-730 de 2005, por lo que resultaba necesario seguir el precedente..

23Dijo la Corte: “Esta norma consagra entonces una facultad para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial. No de otra manera se entiende la obligación constitucional de que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez, puesto que ello significa que la autoridad judicial no ordena la detención con anterioridad sino que verifica la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma. Es entonces un caso en donde la propia Constitución establece una excepción al principio general de la estricta reserva judicial y consagra la posibilidad de una aprehensión sin previa orden de autoridad judicial. Y no se puede considerar que esta norma se refiere únicamente al caso de la flagrancia, puesto que tal evento es regulado por otra disposición constitucional. Consagró entonces el constituyente una más amplia facultad de detención administrativa, lo cual no contradice sino que armoniza plenamente con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, de conformidad con los cuales se interpretan los derechos y deberes consagrados por la Constitución (CP Art 93). En efecto, los tratados consagran una protección judicial de la libertad, en virtud de la cual la legitimidad de toda privación de la libertad debe ser controlada por una autoridad judicial independiente. Pero el control puede ser posterior a la aprehensión, puesto que las normas internacionales no establecen que toda privación de la libertad deba ser efecto de una orden judicial, sino que consagran que la persona detenida a causa de una infracción penal deberá ser llevada sin demora ante un juez, y que podrá recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (Pacto de derechos civiles y políticos, artículos 9-3 y 9-4; Convención Interamericana artículo 7-5 y 7-6).”

24 Se resume en la sentencia C-879 de 2011, que “En la sentencia C-024 de 1994 cuando se desarrolla de manera sistemática la figura de la detención administrativa preventiva se circunscribe su aplicación a la verificación de hechos e identidades relacionadas con actividades criminales, al respecto se consigna: ‘En primer término, la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados. Esta exigencia busca tanto proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias como permitir que la legitimidad de la aprehensión pueda ser controlada tanto por los superiores del funcionario que la practicó como por las autoridades judiciales y los organismos de vigilancia y control del Estado (...) Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales (...) Esta detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta. Es pues una aprehensión material con estrictos fines de verificación a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación’.”

25 Reseña la sentencia C-879 de 2011: “El Código de Policía facultaba a la autoridad administrativa a retener, hasta por 24 horas, en una estación o subestación de policía, al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio y al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal. La medida de retención se podía aplicar con fundamento en una prueba estimada en conciencia (art. 225 C.N.P.). Correspondía imponerla a los comandantes de estación o de subestación de policía (arts. 207 y 219 C.N.P.). No requería de resolución motivada. Sin embargo se exigía el levantamiento de un acta en la que se consignaran sucintamente los hechos que dieron lugar a la imposición de la medida y la identificación de la persona a quien se impuso. Esta acta debía llevar la firma del Comandante y de la persona a quien se impone (art. 227 C.N.P.). La decisión no podía ser impugnada inmediatamente. Tampoco se notificaba a autoridad administrativa o judicial distinta a los servidores que la ordenan y ejecutan. La persona afectada era conducida a la estación o subestación de policía y puede ser retenida hasta por 24 horas (art. 222, C.N.P.). Las normas legales aplicables no hacían referencia a los derechos de la persona retenida a comunicarse con quien pueda asistirle, a no hacer declaración alguna que pueda tener efectos en un proceso penal, a no ser puesta en una situación de

mayor riesgo o vulnerabilidad, a comunicarse con un apoderado o interponer el recurso de habeas corpus”.

26 Dice la sentencia C-730 de 2005: “En efecto, el numeral f) del artículo 38 de la Ley 137 de 1994, declarado exequible por la Sentencia C-179 de 1994 se señala(...) 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).

27 Vid. también sentencias C-730 de 2005, C-1001 de 2005, C-251 de 2002 y C-1024 de 2002.

28 Sentencia C-163 de 2008.

29 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos usan la expresión “sin demora” en los artículos 9º y 7º respectivamente: El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado al respecto que la expresión “sin demora” usada en el tercer párrafo del artículo 9, significa en

la práctica que “las demoras no deben exceder de unos pocos días” (Observación General No. 8 párr. 2). Por ello algunas decisiones de ese Comité han establecido que el análisis de la compatibilidad de una demora con este requisito debe tomar en cuenta la totalidad de las circunstancias (Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón c. Ecuador, párr. 5.3; MacLawrence c. Jamaica, párr. 5.6).

30 Sentencia C-163 de 2008.

31 Dada la falta de un término expreso y la apertura conceptual de la expresión “sin demora”, en el sistema interamericano, la C.I.D.H. ha reconocido la competencia de las legislaciones internas para fijar términos. Mas esto no le ha impedido conservar la facultad de supervisar que las normas internas sobre detención no sean arbitrarias, desproporcionales, innecesarias, o simplemente, no respeten el principio de legalidad estricto que opera en derecho penal o en materia de restricciones a los derechos humanos. Vid. Opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987 sobre el habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr.. 34-36; Caso Familia Barrios v. Venezuela, sentencia del 24 de noviembre de 2011, párr.. 75,89.; Caso Fleury v. Haití, sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr.. 54, 61-63; Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 77-81; Caso Vélez Loo vs Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 109.

32 Como quiera que el artículo 300 del C.P.P. relativo a la captura excepcional por orden de la Fiscalía, había sido declarado inexecutable con sentencia C-1001 de 2005, el legislador reguló nuevamente la figura en la Ley 1142 de 2007, art. 21, en los siguientes términos: Artículo 300. Captura Excepcional Por Orden De La Fiscalía. Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: Aparte tachado INEXEQUIBLE. Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles. “El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales: 1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación. // 2. Probabilidad fundada

de alterar los medios probatorios. 3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible. La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión". Demandado ante la Corte constitucional, mediante sentencia C-185 de 2008, este artículo fue declarado exequible, salvo el aparte tachado que se encontró contrario a la Constitución por contemplar conceptos jurídicos indeterminados e imprecisos que ampliaban el carácter excepcional de la medida. Así mismo, los apartes subrayados se declaran condicionalmente exequibles, "en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante"; la expresión "o información", se declaró también exequible, en el entendido que la información señalada fuere obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004.

33 Lo anterior, en tanto tras el análisis de la Corte entendió que el sistema de seguridad y defensa previsto por la Ley 684 de 2001 vulneraba la Carta, no sólo porque su pilar -la figura del poder nacional- era incompatible con los principios constitucionales más básicos, que definen la naturaleza democrática del Estado colombiano, sino además, porque muchos de los instrumentos específicos que desarrolla -como la concesión de facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares o la regulación del teatro de operaciones- también desconocen numerosos preceptos constitucionales. De allí que se estimara como una solución posible la declaratoria de inexecutable de la totalidad de la ley.

34 P.I.D.C.P., Convención Americana de Derechos Humanos e incluso Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas.

35 Sobre este punto, se citaba la Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: "35. El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su

desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.” “36. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido.”.

36 En el mismo sentido se había pronunciado ya en sentencia C-024 de 1994.

37 De allí que descarte la interpretación de que las posibles irregularidades se puedan resolver con el recurso de habeas corpus, “pues su existencia no autoriza al Estado eliminar o flexibilizar los controles sobre la aprehensión. Por el contrario, el recurso al Habeas Corpus ha de ser excepcional y no debe constituir un medio ordinario de defensa”.

38 Ratificado mediante Ley 171 de 1994. Dice el precepto: “Artículo 5.(...)”2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo lo respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas: “(...)c) Los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate. Las personas a que se refiere el párrafo lo serán evacuadas cuando los lugares de internamiento o detención queden particularmente expuestos a los peligros resultantes del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad (...)”.

39 De conformidad con su texto modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007.

40 Como producto de una autorización previa del juez competente, a consecuencia de un estado de flagrancia, o efectuada en ejercicio de facultades excepcionales otorgadas a la Fiscalía dentro de los límites y en los eventos fijados por el legislador.

41 Vid. Ma Dolores Gonzáles Ayala, *Las garantías constitucionales de la detención: los derechos del detenido*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 118 y ss. También, en una perspectiva más amplia, ver Ana I. Pérez Machío. *La prórroga de la detención preventiva en los supuestos de aplicación de la normativa antiterrorista*. Consolidado, código GICCAS IT- 383-07. IVAC-KREI.

42 Vid. David Garland. Crimen y castigo en la modernidad tardía. Bogotá, Siglo del Hombre editores, Uniandes, Universidad Javeriana, 2007.p. 207 y ss. Enrique Álvarez Conde y Hortensia González. Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales. En Análisis del Real Instituto Elcano. Área: Terrorismo Internacional - ARI N° 7/2006, pp. 1-10.; Catherine Z. Raymond and Arthur Moriën, "Security in the Maritime Domain and its Evolution Since 9/11" in Rupert Herber-Burns, Sam Bateman, and Peter Lehr (eds.), Lloyd's MIU Handbook of Maritime Security (CRC Press, London 2008)

43 Así se admitió en la sentencia T-141 de 1996, en la cual la Corte resolvía la solicitud de tutela formulada por una empresa pesquera ecuatoriana que había sido sancionada por la DIMAR en razón a que la misma había encontrado a una de sus embarcaciones faenando en zona económica exclusiva colombiana sin contar con autorización para el efecto. Dijo entonces la Corte, dentro de los fundamentos jurídicos de los que se sirvió para analizar el asunto y en definitiva denegar la tutela reclamada: Como el propio artículo 101 de nuestra Constitución Política supedita el calificativo de TERRITORIO a la zona económica exclusiva "de conformidad con el Derecho Internacional", hay que acudir a la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, en virtud del principio de aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario aceptado por Colombia, no solo porque el artículo 9º de la C.P. ordena que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan también en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, sino porque el artículo 101 de la Ley de Leyes incorporó en su texto el término 'zona económica exclusiva' que surgió en la Convención de las Naciones Unidas sobre el mar, en 1982". A esta condición también se hizo referencia en la sentencia C-191 de 1998, a los efectos de atender la demanda formulada contra normas para la protección del patrimonio cultural sumergido, cuando la Corte determinaba los parámetros constitucionales que podría emplear para valorar el caso. Sobre la Convención del Mar del 10 de diciembre de 1982, celebrada en Montego Bay (Jamaica), se dijo que es un "instrumento[que] recoge, por una parte, las normas de las cuatro convenciones de Ginebra y, de otro lado, establece nuevas normas que, en algunos casos, han originado una práctica internacional tan importante que ha dado lugar a principios y normas internacionales de carácter consuetudinario. Esto último ha ocurrido, por ejemplo, con el conjunto de normas que crean y regulan el espacio marítimo denominado zona económica exclusiva". En fin, también a ella se refirió la Corte en sentencia C-400 de 1998, cuando al revisar la introducción en el

derecho interno de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala que la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, es uno de los instrumentos internacionales que han afianzado la aplicación de la buena fe que, más allá del significado del *pacta sunt servanda*, impone el principio del no abuso del derecho por parte de los Estados en la aplicación de las convenciones, acuerdos y tratados.

44 Señala en efecto el artículo 27, literal d., dentro de las normas que ordenan el mar territorial y la zona contigua, con referencia a los buques mercantes y a los buques de Estado destinados a fines comerciales: “Artículo 27. Jurisdicción penal a bordo de un buque extranjero. 1. La jurisdicción penal del Estado ribereño no debería ejercerse a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial para detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación en relación con un delito cometido a bordo de dicho buque durante su paso, salvo en los casos siguientes: (...) d) Cuando tales medidas sean necesarias para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas”.

45 También se autoriza la adopción de medidas necesarias para autorizar el decomiso (artículo 5º), la extradición (artículo 6º), la asistencia judicial recíproca (artículo 7º), otras formas de cooperación y capacitación (art. 9º), medidas de cooperación internacional y asistencia a los llamados Estados en tránsito (artículo 10), la opción de utilizar la técnica de entrega vigilada (artículo 11). Se regula además lo relativo a las sustancias que usualmente se emplean para la producción de drogas ilícitas (art. 12), para evitar el uso desviado de otros materiales y equipos (art. 13), erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes (art. 14), el control del uso de los transportes y documentos comerciales, así como de etiquetas de exportaciones (arts. 15 y 16). En particular se destaca el hecho de definir la oferta de sustancias psicoactivas como delito de carácter transnacional y el deber de los Estados parte de la Convención, de armonizar sus ordenamientos jurídicos internos y elaboración de instrumentos adecuados para someter a un tratamiento similar a toda persona que desarrolle actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes, a fin de evitar la existencia de países de refugio o de fuga.

46 En el artículo 3º, sobre “Delitos y Sanciones”, se determinan tanto las conductas llamadas a ser tipificadas en general, como aquellas que lo podrán ser a reserva de los principios constitucionales del orden jurídico interno de cada Estado parte. Adicionalmente se prevé el deber de las Partes, de aplicar sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, de

crear las condiciones para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que rodean la comisión de los delitos tipificados, de asegurar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de los mismos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a su comisión. También se determina la obligación para que los Estados aseguren que los tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados, de establecer plazos de prescripción prolongados, de que la persona que haya sido acusada o declarada culpable de alguno de los delitos tipificados que se encuentre en el territorio de dicha Parte, comparezca en el proceso penal correspondiente, que los referidos delitos no puedan ser considerados como fiscales o políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

47 Ellas estaban relacionadas con: la no extradición de colombianos por nacimiento como quiera que en aquél entonces se encontraba aún prohibida por la Constitución; la relativa a la confiscación y decomiso, estimada inconstitucional por corresponder a una inadecuada interpretación del artículo 34 constitucional.

48 Se declara constitucional la reserva alusiva a la inversión de la carga de la prueba y la que apela a la autonomía e independencia del Poder Judicial para investigar y juzgar los delitos. También lo hace respecto de la declaración sobre desarrollo alternativo, derechos de las comunidades indígenas, protección del medio ambiente y defensa del desarrollo colombiano, en razón de la imperativa distinción que se debe efectuar con relación a la hoja de coca, cuyo uso es trascendental dentro de las costumbres de étnicas colombianas. Igualmente porque el control de los procesos de erradicación de los cultivos ilícitos no puede convertirse en base para autorizar operaciones que atenten contra el medio ambiente. Así mismo, son declaradas exequibles las reservas sobre restricciones a la libertad de los acusados y políticas de sometimiento y colaboración de presuntos delincuentes a la justicia. También estima constitucional la declaración sobre la asistencia judicial recíproca sobre la base de la reciprocidad y el respeto al orden constitucional y legal del Estado, aquella sobre la prescriptibilidad de la acción penal, la limitación de los poderes reconocidos al Gobierno durante los estados de excepción, la relacionada con la imposibilidad de efectuar el llamado “secuestro internacional de acusados” y la alusiva a la remisión de actuaciones penales y las garantías constitucionales del derecho de defensa.

49 Esto es, salvo la segunda reserva formulada por el Congreso que se declara INEXEQUIBLE, la segunda declaración formulada por el Congreso que se declara EXEQUIBLE, siempre y cuando se incluya en ella que el Estado colombiano se reserva el derecho de evaluar de manera autónoma el impacto ecológico de las políticas contra el narcotráfico, puesto que aquellas que tengan efectos negativos sobre los ecosistemas son contrarias a la Constitución, la novena declaración que es declarada EXEQUIBLE siempre y cuando se precise que la remisión debe hacerse al inciso 2º y no al 3º del artículo 35 de la Constitución. En lo demás, declara EXEQUIBLE la Convención, “teniendo en cuenta que las obligaciones internacionales derivadas del artículo 3º numeral 1º literal c) y numeral 2º así como del artículo 11º se contraen de manera condicionada al respeto de los principios constitucionales colombianos, y con base en las reservas 1º, 3º y 4º, así como en las 9 declaraciones formuladas por el Congreso, con las precisiones efectuadas por la Corte, que hacen compatible la Convención con el ordenamiento constitucional colombiano, y que el Gobierno de Colombia formulará al depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención”.

50 William C. Guilmore. *Agreement Concerning Cooperation in Suppressing Illicit Maritime and Air Trafficking in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances in the Caribbean Area*, 2003: Explanatory Report (The Stationery Office, 2005), 33.

51 Este procedimiento determina un ejercicio de plena soberanía en el marco de las primeras 12 millas, sobre todos los buques y embarcaciones; la posibilidad de la acción conjunta a continuación de esas 12 millas hasta las 200 millas de la zona económica exclusiva, con las reglas de autorización entre Estados. Y de allí también las reglas de alta mar, con el poder sobre los barcos colombianos por competencia por extensión y sobre los piratas o sin bandera, no obstante desde el derecho consuetudinario se puedan disponer tratados especiales con los ciudadanos de los Estados parte del Convenio.

52 Vid. al respecto p.e., sentencias C-1001 de 2005, C-190 de 2006, C-226 de 2008 y C-185 de 2008.

53 Conforme lo establecido en la sentencia C-185 de 2008.

54 Ni siquiera durante los estados de excepción, donde sólo puede actuar bajo circunstancias

extraordinarias. Vid. lo señalado en la sentencia C-750 de 2003 (vid supra f.j. 14).

55 Se dijo al respecto en sentencia C-1024 de 2002, al analizar normas de un decreto legislativo de conmoción interior, que quienes desempeñan las funciones de policía judicial de manera permanente, son civiles, como quiera que las instituciones acabadas de mencionar (Policía Nacional, funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, integrantes del cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación) “no pertenecen a las Fuerzas Militares y a éstas no es dable imaginarlas actuando bajo la dirección y la responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, pues ésta pertenece a la rama judicial y ellas a la rama ejecutiva del Estado. En caso de no ser así, se vería gravemente afectada la organización democrática del Estado de derecho en cuanto a la separación de las ramas del poder público”. Y ello se explica porque “constitucionalmente no puede aceptarse que ‘en ejercicio de sus funciones la Fuerza Pública’, como lo establece el decreto que se revisa, pueda disponer la captura de persona alguna, ni tampoco la interceptación o registro de comunicaciones, ni la inspección, registro domiciliario o allanamiento, ni tampoco la realización de inspecciones o registros a bienes inmuebles no domiciliarios, naves y aeronaves, para buscar pruebas con fines judiciales o para prevenir la comisión de delitos, pues la función de policía judicial le corresponde de manera específica a algunos servidores públicos expresamente señalados en la Constitución y la ley. Con todo, es claro que los miembros de la Fuerza Pública y del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que no tengan funciones de policía judicial, pueden, al igual que cualquier persona y no por su pertenencia a las instituciones mencionadas, realizar la captura de alguien contra quien exista orden de captura públicamente requerida por la autoridad competente, conforme lo autoriza de manera expresa el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000), norma que dispone que en estos casos habrá de aplicarse lo dispuesto para las situaciones de flagrancia”. Por ello se declara inconstitucional, la autorización a la fuerza pública de la captura sin orden judicial, establecida “cuando existan circunstancias que imposibiliten su requerimiento, siempre que haya urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”, no obstante las garantías específicas establecidas en el precepto (art. 3º del decreto legislativo). Así mismo, se declara parcialmente exequible el precepto que dispone que la “Fuerza Pública, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS” puedan aplicar órdenes de capturas previamente autorizadas por el juez, “en el entendido que la captura por los integrantes de esas entidades que no tengan funciones de policía judicial, solamente puede practicarse cuando ella sea

públicamente requerida, en los términos del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal”, esto es bajo los supuestos de flagrancia.

56 Sobre este concepto vid. art. 19 de la Convención de Derecho del Mar; igualmente, vid. Nataly Klein. *Maritime Security and the Law of the Sea*. N.Y., Oxford University Press, 2011, pp. 8-11.

57 Conforme la definición reconocida por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, recogida en el fundamento jurídico 13.1.3. de esta providencia.

58 Entre muchas otras, pueden consultarse las sentencias C-204 de 2001, C-871 de 2003, C-1299 de 2005 y C-109 de 2006.

60 Vid. Rafael Domingo (dir.). *Textos de Derecho Romano*. Madrid, Aranzadi, 1999, pp. 298 y 331.

61 Así en Celso, D. 50.17.185. vid. *Idem*, p. 335.

62 La primera como parte de las reglas generales del derecho previstas en el art. 8º de la ley 153 de 1887 (vid. C-083 de 1995); la segunda en cuanto imposibilidad universal, esto es, en la que se encontraría cualquiera persona (vid. Fernando Hinestrosa. *Tratado de Obligaciones*, tomo I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 2003, p. 271).

63 En particular de la primera, vid. por ejemplo sentencias C-010 de 2003, T-031 de 2001, C-337 de 1993.

64 Sobre los criterios para determinar cuándo es procedente el condicionamiento de una disposición sometida a control, se dijo en sentencia C-251 de 2002. “La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada los siguientes criterios: i) Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la disposición legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios; ii) Si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico. En este caso, el objeto de la sentencia sería la disposición, porque todos sus significados son inconstitucionales (sentencia

C-492 de 2000); iii) Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuáles algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento (C-499 de 1998). Y sobre el desarrollo de estas reglas, ver, entre otras, las sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C- 690 de 1996, C-488 de 2000, C-557 de 2001 y C-128 de 2002)".

65Sentencias C-251 de 2002 y C-296 de 2002.

66Técnica empleada, entre otras, en las sentencias C-791de 2002 y C-835 de 2003.