



# La captura excepcional por orden de la Fiscalía desde la perspectiva del Sistema Penal Acusatorio<sup>1</sup>



**Juan Sebastián Bastidas- Zárate<sup>2</sup>**

Universidad de Boyacá

E-mail: [jsbastidas@uniboyaca.edu.co](mailto:jsbastidas@uniboyaca.edu.co)

## Para citar este artículo /To reference this article /Para citar este artigo

Bastidas Zárate, J. S. (2021). La captura excepcional por orden de la fiscalía desde la perspectiva del sistema penal acusatorio. *Revista Investigium IRE: Ciencias Sociales y Humanas*, XII(2), 92-110. doi: <https://doi.org/10.15658/10.15658/INVESTIGIUMIRE.221202.07>

Recibido: 19 de abril de 2021/ Revisado: 25 de noviembre de 2021/ Aceptado: 16 de diciembre de 2021

<sup>1</sup> Este Artículo hace parte del Proyecto de Investigación Análisis del Sistema Procesal Penal Colombiano desde la perspectiva de los Principios del Sistema Penal Acusatorio Adversarial ¿Proceso Acusatorio o Inquisitivo? Avalada y financiada por la Universidad de Boyacá.

<sup>2</sup> Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Santo Tomas. Docente tiempo completo, Universidad de Boyacá. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1824-404>. E-mail: [jsbastidas@uniboyaca.edu.co](mailto:jsbastidas@uniboyaca.edu.co), Tunja, Boyacá, Colombia.

**Resumen:** La libertad como derecho fundamental que es, tiene sustento normativo en la Constitución de 1991 y respaldo en diferentes Tratados Internacionales suscritos en materia de Derechos Humanos. Este derecho, no es absoluto, y puede ser restringido, aún en tiempos de paz, en la medida en que se satisfagan una serie de requisitos legales a efectos de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima. Sin embargo, la privación de la libertad es una situación excepcional que se encuentra sometida al principio de reserva judicial, lo cual implica que solo un juez podría ordenar la limitación de ese derecho. Para desarrollar el tema planteado se fijó el siguiente objetivo: Analizar la figura jurídica de la captura excepcional por orden de la fiscalía como limitante a la libertad, en el marco del sistema penal acusatorio. Para cumplir con el objetivo planteado se implementó una investigación de tipo cualitativo, estudiando y describiendo las relaciones normativas y doctrinales en torno a los fundamentos y efectos de la captura excepcional, a través de un estudio descriptivo documental, que pretende interpretar los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales frente al objeto de estudio para precisar su verdadero sentido. El estudio permite comprender que la captura excepcional introducida en la legislación procesal penal, no es deseable dentro un sistema que se presume acusatorio, pese a las exigencias dadas por la Corte Constitucional al declararla exequible, lo cual, en todo caso, desborda los roles propios de quienes intervienen en el proceso penal, especialmente el de la fiscalía como ente acusador.

**Palabras clave:** captura, captura excepcional, fiscalía, libertad, reserva judicial, sistema acusatorio.

### ***Exceptional arrest by order of the Prosecutor's Office from the perspective of the accusatory criminal system***

**Abstract:** Freedom, as a fundamental right, has normative support in the Constitution of 1991 and support in different International Treaties subscribed in the field of Human Rights. This right is not absolute, and can be restricted, even in times of peace, to the extent that a series of legal requirements are met in order to achieve a constitutionally legitimate purpose. However, the deprivation of liberty is an exceptional situation that is subject to the principle of judicial reserve, which implies that only a judge may order the limitation of this right. In order to develop the issue, the following objective was set: To analyze the legal figure of exceptional arrest by order of the prosecutor's office as a limitation to freedom, within the framework of the accusatory criminal system. In order to fulfill the objective, a qualitative research was implemented, studying and describing the normative and doctrinal relations around the foundations and effects of the exceptional capture, through a descriptive documentary study, which aims to interpret the legal, jurisprudential and doctrinal texts in relation to the object of study to clarify its true meaning. The study allows to understand that the exceptional capture introduced in the criminal procedural legislation is not desirable within a system that is presumed to be accusatory, despite the requirements given by the Constitutional Court when declaring it executory, which, in any case, exceeds the roles of those involved in the criminal process, especially that of the prosecution as the accusing entity.

**Keywords:** capture, exceptional capture, prosecutor's office, freedom, judicial reserve, accusatory system.

### ***Prisão excepcional por ordem do Ministério Público Fiscal, sob a perspectiva do sistema de justiça criminal acusatório.***

**Resumo:** A liberdade, como direito fundamental, tem base legal na Constituição de 1991 e apoio em diferentes tratados internacionais de direitos humanos. Este direito não é absoluto e pode ser restringido, mesmo em tempos de paz, na medida em que uma série de requisitos legais sejam cumpridos para alcançar um objetivo constitucionalmente legítimo. Entretanto,

a privação de liberdade é uma situação excepcional que está sujeita ao princípio da reserva judicial, o que significa que somente um juiz pode ordenar a limitação deste direito. A fim de desenvolver esta questão, foi estabelecido o seguinte objetivo: analisar o conceito jurídico de prisão excepcional por ordem do Ministério Público Fiscal como uma restrição à liberdade, no âmbito do sistema de justiça penal adversário. A fim de atender ao objetivo declarado, foi implementado um tipo de pesquisa qualitativa, estudando e descrevendo as relações normativas e doutrinárias em torno dos fundamentos e efeitos da prisão excepcional, através de um estudo documental descritivo, que visa interpretar os textos jurídicos, jurisprudenciais e doutrinários em relação ao objeto de estudo, a fim de esclarecer seu verdadeiro significado. O estudo nos permite entender que a captura excepcional introduzida na legislação processual penal não é desejável dentro de um sistema presumidamente acusatório, apesar das exigências feitas pelo Tribunal Constitucional quando o declarou exequível, o que, de qualquer forma, vai além dos papéis dos envolvidos no processo penal, especialmente o da acusação como o órgão acusador.

**Palavras-chave:** captura, captura excepcional, Ministério Público Fiscal, liberdade, reserva judicial, sistema acusatório.

## Introducción

Dentro de la sociedad existen ciertas instituciones cuyo propósito primario lo constituye la idea del control social. La familia, la escuela, la universidad, la religión o los medios de comunicación, son muestra de ello. Sin embargo, la institucionalidad de todo Estado se mantiene gracias a una especial forma de control social, denominada derecho; constituido por un conjunto de normas de comportamiento y organización cuya función primordial es la regulación de la vida humana social, incluso mediante la amenaza de una sanción, integradas unitariamente en un ordenamiento, y cuya validez se fundamenta en el ejercicio del poder político. Pero la idea de sanción, permite entrever que se trata de la forma de control social, quizás más agresiva con la que cuenta todo Estado (*ius puniendi*), y cuya titularidad reposa en él; y que no es otro que el Derecho Penal. El cual, por ser la forma de injerencia más invasiva para regular la conducta de los asociados; teniendo en cuenta la posibilidad que tiene, a través de sus sanciones, de afectar y restringir derechos fundamentales de estos; debe ser la *última ratio*, y en razón de ello, último y excepcional mecanismo de control.

Mediante el Proceso Penal, pueden restringirse diferentes derechos, pero con especial atención debe observarse el derecho a la libertad, que resulta ser el más afectado con la activación del ejercicio de la acción penal en la mayoría de los casos. Precisamente el propósito del presente documento, es realizar una reflexión en torno a las facultades que el Estado tiene, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, frente a la restricción del derecho a la libertad y especialmente en lo que tiene que ver con la facultad excepcional de esta para librar órdenes de captura, en aquellos casos en que razonablemente así lo vea necesario. Sin embargo, para poder abordar el tema propuesto, es necesario realizar un análisis previo de otros temas que permitirán realizar la reflexión propuesta, y con posterioridad dar una conclusión al respecto.

En primer lugar, es importante advertir los conceptos y características de los diferentes regímenes procesales, con el fin de determinar a groso modo la orientación que en Colombia se le ha dado al proceso penal desde esa perspectiva. Pero ello implica, hacer referencia a la Constitución Política de 1991, teniendo en cuenta la constitucionalización que del derecho penal y del proceso penal se advirtió desde 1991. De esta manera el segundo tema a tratar será el proceso penal y la Constitución Política, como eje fundante del mismo. Una vez descritos los temas anteriores, corresponderá, en tercer lugar, introducirse en el tema central de estas líneas, es decir las funciones de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a la posibilidad que tiene de expedir órdenes de captura, a *motu proprio*, sin previa autorización de juez de control de garantías. Sin embargo, en primera instancia se ha de tratar el tema de manera general, retomando la Constitución Política y las funciones que para esta entidad se consagran allí.

Luego de observar las funciones de manera general, corresponderá analizar el tema de la libertad como regla general, aunado al principio de reserva judicial, lo cual deviene de vital importancia a la hora de determinar su restricción. Finalmente se abordará el tema de la captura en régimen procesal penal colombiano, hablando del mismo en términos genéricos, para a partir de allí tocar el tema de la captura excepcional librada por orden del fiscal y sin previa autorización del juez de control de garantías, y los pronunciamientos jurisprudenciales en torno al tema, para una vez resumido el tema, brindar una conclusión general acerca de lo propuesto en el transcurso de este documento.

## Metodología

La presente investigación tuvo como propósito central realizar una aproximación al objeto de estudio a través de una investigación de tipo cualitativo, toda vez que se estudió y describió las relaciones normativas y doctrinales en torno a los fundamentos y efectos de la captura excepcional por orden la Fiscalía en el marco del Sistema Penal Acusatorio. Lo anterior a través de un estudio descriptivo documental, que pretende interpretar los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales frente al objeto de estudio para precisar su verdadero sentido.

Como fuentes secundarias se consultaron, para el desarrollo de esta investigación, libros, revistas, artículos, bases de datos, cablegrafía, jurisprudencia, y material legal de Colombia y otras latitudes, que permitan desarrollar el tema propuesto, o de otra manera, que aporten al objeto central de la investigación planteada.

Los objetivos específicos de esta investigación se desarrollaron, por medio de una revisión documental, erigido en un procedimiento interpretativo razonable, de una parte, de los documentos relacionados con el estudio de la captura excepcional por orden del fiscal. Los objetivos específicos de este trabajo apuntaron a efectuar un ejercicio reflexivo de interpretación, apoyado en el razonamiento y argumentación de la evidencia teórica del material bibliográfico relacionado con la presente investigación, para llegar a su resolución y generar nuevas perspectivas.

Es de anotar, que esta investigación siguió los lineamientos de una investigación de carácter cualitativo, por tanto, la observación se hará sobre datos cualitativos, normas, jurisprudencia, doctrina, artículos de revistas indexadas, documentos de internet y con estos elementos se llegará a resolver el tema central de la Investigación.

Teniendo en cuenta el diseño investigativo, basado en el análisis documental descriptivo, mediante la hermenéutica jurídica, las técnicas para la evaluación de resultados, estuvieron dadas por una serie de etapas o fases, las cuales permitieron llegar al resultado final. Teniendo en cuenta eso, los pasos a seguir son los siguientes:

### **Primera fase**

Corresponde a la recolección de información. Los documentos a tener en cuenta serán de tipo legal, jurisprudencial y doctrinal, disponibles físicamente y en medios electrónicos. La información por recolectar corresponde a la figura del sistema procesal penal en Colombia, razón por la cual, se hace necesario acudir a material de varios países, para obtener una panorámica más completa acerca del objeto de estudio.

### **Segunda fase**

Análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial. Corresponde a la revisión documental del material seleccionado, con el fin de establecer el modelo de enjuiciamiento que en materia procesal penal se tiene en Colombia, y si este verdaderamente coincide con los propósitos que el legislador quiso introducir con la reforma constitucional del año 2002.

### **Tercera fase**

Análisis del sistema procesal penal colombiano, estableciendo sus principales características, teniendo como punto de partida los preceptos constitucionales consagrados por el legislador en la reforma constitucional introducida mediante Acto Legislativo 03 de 2002; mediante el cual se adoptó un modelo de enjuiciamiento acusatorio en materia penal.

### **Cuarta fase**

Consolidación de resultados, mediante el análisis documental y la interpretación jurídica del trabajo adelantado. Lo anterior, con el fin de presentar el informe final de investigación, en el que se plasmen los resultados obtenidos.

## **Resultados y Discusión**

### **De los sistemas de juzgamiento**

Tradicionalmente, en materia penal se han conocido dos (2) modelos de enjuiciamiento o procesamiento, que han tenido influencia en los diferentes sistemas jurídicos del mundo, conocidos como sistema inquisitivo y sistema acusatorio. Valga la pena resaltar, en primera instancia, que un sistema se entiende como un conjunto de saberes, prácticas, normas, instituciones y procedimientos sobre una determinada materia; y que en este particular caso se refieren al modelo o sistema de enjuiciamiento criminal. Y cada uno de aquellos modelos o sistemas, posee unas características específicas que diferencian el uno del otro, no sin dejar de lado que la convivencia de estos modelos a lo largo de la historia, ha generado la fusión de varias de sus características, creando un nuevo o tercer modelo. Como lo expone Fernández (2001):

La Historia del proceso penal alberga dos tipos de enjuiciamiento, universalmente descritos como "tradicionales", "básicos" o "puros": el ACUSATORIO y el INQUISITIVO, los que con el tiempo experimentaron múltiples adaptaciones y una obvia evolución, dando origen a modelos intermedios denominados MIXTOS. (p. 13)

Resulta importante hacer esta distinción, como quiera que esto permitirá arribar a un tema importante, y es la eventual determinación de la clase de modelo que Colombia ha adoptado como suyo para el enjuiciamiento criminal. En primer lugar, puede advertirse la aparición del modelo acusatorio, con el derecho romano y la del modelo inquisitivo, con el derecho germano, influenciado con posterioridad por la doctrina eclesiástica. Sin embargo, la aparición histórica u originaria de uno y otro no es una característica que los diferencia, ya que lo que verdaderamente los hace diferentes es el ejercicio práctico de un interés que prevalece sobre otro, y quien y como desempeña determinadas funciones procesales. Frente a esta distinción Ferrajoli (1997) expresó:

La distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo puede tener carácter teórico o simplemente histórico.

... la dicotomía "acusatorio/inquisitivo", es útil para designar una doble alternativa; ante todo la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. (p. 563-564)

De acuerdo con lo anterior, puede decirse que el modelo acusatorio distingue la función de acusación de la función de juzgamiento, y las radica en cabeza de funcionarios diferentes; es decir, existe una clara diferenciación de roles, entre quien acusa y quien juzga. Por otro lado, pone al procesado y su defensa en igualdad de armas frente a la acusación, siendo el proceso sometido a las reglas de la oralidad, la inmediatez y la publicidad. En contraposición, el modelo

inquisitivo apunta a conjugar las funciones de acusación y juzgamiento en una sola persona, quedando sometido el procesado en su situación de clara inferioridad, siendo sometido el proceso a las reglas de la escritura y el secreto. En este modelo, por ejemplo, el fiscal podría ordenar capturas, decretar y practicar pruebas, sin la necesidad de acudir ante un juez que dirija o controle esa actividad, confundiendo la función de acusación y juzgamiento en un solo funcionario. Lo anterior puede resumirse, según Levene (1993), de la siguiente manera: "Si las tres funciones, la de acusar, la de defensa y la de decisión, son encomendadas a tres órganos independientes: un acusador, un defensor y un juez, el proceso será acusatorio. Si las tres funciones están en manos de una sola persona u órgano, el juez, el proceso será inquisitivo" (p. 105).

Teóricamente los modelos mixtos tendrían figuras de uno y otro sistema, no obstante, al realizar un análisis más profundo si se quiere, un modelo inquisitivo que adopte figuras del modelo acusatorio y las ponga en práctica, no es mixto, sino inquisitivo en un menor grado, lo cual es la tendencia en países como Colombia, por ejemplo. De esta manera se puede advertir que pese a consagrarse el modelo acusatorio en Colombia, el sistema aún tiene algunas figuras que pueden ser consideradas de modelos inquisitivos, como la posibilidad de librar ordenes de captura por parte del acusador, quien teóricamente no podría tener la facultad de restringir ninguna clase de derechos, ya que ello correspondería únicamente a los jueces.

### **La constitucionalización del proceso penal y las funciones de la Fiscalía General de la Nación**

En términos generales, podría decirse que el derecho actual, tal y como se conoce, ha tenido una fuerte constitucionalización y ello se advierte en la medida en que los intereses de la sociedad, en términos generales, tienen un respaldo constitucional, mediante los diferentes procedimientos, instrumentos y acciones que el legislador y el constituyente consagraron para materializarlos, lo cual se traduce en garantías sustanciales y procesales. Para el caso del derecho penal y, por ende, del proceso penal, la constitucionalización adquiere una especial relevancia atendiendo a los intereses jurídicos que se encuentran en juego; como por ejemplo: la libertad personal. Lo anterior se puede resumir en el criterio conocido como armonización constitucional del derecho penal, aspecto este, frente al cual, Bernal y Montealegre (2013) afirman:

Conforme al principio de unidad de la Constitución, la Carta debe concebirse como un todo, por ello las regulaciones particulares, no solo en materia criminal, deben resultar compatibles con la ley fundamental. De allí que no sean admisibles interpretaciones y aplicaciones de la Constitución centradas en regulaciones particulares y que abandonan toda consideración de su contexto.

Así mismo, dicha armonización está sujeta al respeto de la primacía del sistema de derechos y garantías de la Constitución. La estructura de los distintos órganos constitucionales y los elementos y características de cada uno de los procesos regulados en la Carta – como el proceso penal o el proceso de creación de la ley – deben interpretarse de manera tal que maximice la eficacia de los derechos constitucionales, a la vez que asegure la realización del propósito constitucional encomendado a tales órganos y logre alcanzar el resultado de los procesos definidos en la norma superior. (p. 191)

Se desprende, entonces, que las normas constitucionales irradian todo el ordenamiento jurídico en sus diferentes ramas, y la legislación de cada una de estas debe encontrarse en armonía con la Carta; entendiendo que todas ellas giran en torno a la garantía de derechos que la Constitución ha consagrado, y pretende hacer respetar mediante los diferentes procedimientos que ellas consagran. Es así como los principios, valores y derechos constitucionales, se convierten en ejes fundantes del proceso penal, garantizando la legalidad, la publicidad, las actuaciones y decisiones en plazos razonables, requisitos, límites y términos a la privación de la libertad, la independencia e imparcialidad del juez, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, material y técnica, la contradicción, entre otras garantías, que tienen raigambre constitucional, en el artículo 29 superior (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Ahora bien, el modelo procesal que Colombia ha venido aplicando durante más de 10 años, también tiene un origen constitucional. Precisamente el Acto Legislativo 03 de 2002, reformó la Constitución Política, e introdujo en el país el sistema penal acusatorio, el cual debía entrar en vigencia de manera gradual años después de la reforma constitucional. El espíritu del Acto legislativo era el tránsito a un nuevo sistema, pasando del tradicional modelo inquisitivo, a un modelo acusatorio, según se desprende del parágrafo 3 del artículo 4 del mencionado Acto, que dispone lo siguiente:

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública (párr. 33).

De la norma en cita, puede responderse el interrogante que con anterioridad se había puesto sobre la mesa; es decir, la clase o naturaleza jurídica de modelo de procesamiento penal adoptado por Colombia, a partir de la reforma en comento. Si bien es cierto que, se insinuó en párrafos precedentes la existencia de una mixtura en el modelo adoptado por Colombia; el Acto Legislativo 03 de 2002 fue claro en consagrar expresamente la adopción de un modelo acusatorio que, teóricamente, debía poseer todas las características propias de los sistemas de esta naturaleza. Incluso, la reforma constitucional atribuyó a la Fiscalía General de la Nación la facultad de investigar toda conducta que revistiera las características de un delito, y de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal en los casos establecidos por la ley; consagrando, a su vez, la desaparecida figura de los jurados de conciencia, aspectos estos que resultaban definitorios a la hora de hablar de un sistema acusatorio; no obstante lo cual, esta última figura no fue regulada y, al contrario, fue olvidada en la Ley 906 de 2004, que en últimas se convirtió en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Empero, en la reforma constitucional y dentro de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, se invistió a esta de la facultad de proferir de manera excepcional órdenes de captura; aspecto este que fue regulado por la Ley 906 de 2004, y que le confiere al modelo un carácter inquisitivo. Lo anterior permite decir, que el modelo colombiano no es un sistema acusatorio puro, sino que es en realidad mixto, lo cual implica necesariamente una parte inquisitiva.

Ahora bien, las funciones de la Fiscalía General de la Nación fueron modificadas con el Acto Legislativo 03 de 2002, que le atribuyó el papel de acusador dentro del proceso penal colombiano, y en virtud de ello armonizó el modelo a las características iniciales del sistema acusatorio. Pero, por otro lado, otorgó a la Fiscalía además de funciones, una serie de deberes que podría decirse no se armonizan propiamente con el ideal acusatorio. Ejemplo de lo anterior está dado por la posibilidad que tiene el fiscal para ordenar excepcionalmente capturas en caso de considerarlo necesario, y ello quedó consagrado en el mencionado Acto Legislativo.

En ese orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación tiene la carga procesal de desvirtuar la presunción de inocencia de la persona que se encuentra investigada por la comisión de un presunto delito y elevar la acusación ante los jueces de conocimiento, quienes se encargaran del juzgamiento respectivo. Pero es importante resaltar que, por regla general, al tener el Fiscal la función de investigar y acusar, debe acudir ante los jueces de control de garantías para efectos de afectar derechos fundamentales, si es que se requiere dicha afectación; y en ese orden de ideas, ante la garantía de la reserva judicial que protege el derecho fundamental a la libertad, debe acudir a ellos para tal efecto.

Las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, se reiteran en la Ley 906 de 2004, en el entendido de atribuir, entre otras, las funciones de adelantar el ejercicio de la acción penal, de investigar y de presentar la acusación ante los jueces de conocimiento; como también la de realizar excepcionalmente capturas consagradas en el artículo 250 superior. Es así como, la mencionada ley, insistiendo en el principio acusatorio en cuanto a las funciones del ente acusador; consagra en el numeral 7 del artículo 114, la facultad excepcional de expedir

ordenes de captura d "manera excepcional", lo que hace en los siguientes términos: "Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes" (p. 178). Se ha venido resaltando con mayor insistencia la función excepcional para expedir órdenes de captura por parte del fiscal, sobre las demás funciones y deberes de la Fiscalía, como quiera que ese tema constituye el eje central de estas letras y apunta al tratamiento de los siguientes temas, desarrollando de esta manera el planteamiento trazado al iniciar este texto. En ese orden de ideas, a continuación, se observarán algunos aspectos en cuanto a la libertad y la restricción de la misma dentro del proceso penal, con el fin de desarrollar el tema de la captura por parte de la Fiscalía General de la Nación.

### **La libertad personal y el principio de reserva judicial**

Toda persona tiene una serie de derechos y garantías fundamentales, que deben ser asegurados en desarrollo de todo proceso, sea judicial o administrativo. Esto implica que el proceso penal, no se encuentra exento de respetar esas garantías que tienen asidero constitucional y que, entre otras cosas, inspiran todo el ordenamiento jurídico y, por supuesto, todos los procesos que se desprenden de allí. Uno de esos derechos fundamentales es la libertad personal, entendida como la posibilidad que todo ser humano tiene para determinarse libre de injerencias externas, como de desplazarse de un lugar a otro, sin que algo o alguien se lo impida, salvo en aquellos casos en que la autoridad judicial competente así lo disponga. Bernal y Montealegre (2013), describen la estructura conceptual de libertad de la siguiente manera:

La libertad opera como un derecho con la estructura normativa de un principio. En cuanto a su calidad de principio constitucional - principio pro libertate o favor pro libertatis -, es una herramienta hermenéutica de singular importancia dado que restringe las opciones interpretativas del legislador y del juez constitucional, de suerte que siempre habrá de preferirse aquella interpretación o solución normativa que restrinja en menor grado la libertad (como derecho). (p. 111)

En cuanto a lo anterior, Letelier (2013) expuso:

Pero no debemos soslayar el hecho de que la libertad del ser humano es un tema del proceso penal. Si precisamente, como explicaba hace muchos años un sabio jurista italiano, el drama del proceso penal consiste en su necesidad de infligir restricciones a la libertad del sujeto pasivo para determinar, finalmente, si este debe o no responder penalmente frente al Estado, es que la libertad es un gran tema que sobrevuela todo el curso del enjuiciamiento penal. (p. 153)

La libertad, como derecho fundamental, principio, y valor del Estado Social de Derecho, es también una norma rectora del Proceso Penal Colombiano, y en palabras de Matyas (2015) se ve de la siguiente manera:

Constituyendo el derecho a la libertad (después del derecho a la vida) el asunto más crucial del derecho penal, resulta lógico, entonces, que la enunciación de su protección se haga desde el comienzo del Código, en el artículo 2º referente a los principios rectores y garantías procesales, sólo precedido por el principio del respeto a la dignidad humana de todos los intervinientes en el proceso penal. (p. 66)

Puede decirse en ese orden de ideas, que el precepto incluido en el Código de Procedimiento Penal desarrolla los derechos, principios, y valores constitucionales que, entre otras cosas, se han venido nutriendo de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad; y lo hasta aquí tratado lleva a referirse al régimen constitucional de la libertad.

Frente a ese punto, Bernal y Montealegre (2013), han comentado:

La protección de la libertad justifica la existencia del Estado, de manera que la libertad es la regla general y el punto de partida de toda la regulación jurídica y de la actuación estatal. De



ahí que la norma de cierre del ordenamiento jurídico sea aquella según la cual todo lo que no esté explícitamente prohibido está permitido. (p. 109)

La libertad, entonces, es la regla general del procesamiento, especialmente en sistemas acusatorios puros, dentro de los cuales se constituye en una realidad insoslayable lo expuesto por Fernández (2001) para quien: “se respeta la libertad personal del acusado hasta el momento en que se pronuncie fallo condenatorio definitivo. Ello le permite organizar su defensa con amplitud y tiempo” (p. 19).

Pero antes de cualquier otra argumentación, resulta procedente realizar un análisis del régimen constitucional de la libertad, y ello implica hacer alusión a la Constitución Política de 1991, como Carta fundamental del Estado colombiano. En primera instancia, valga decir que la libertad se encuentra consagrada en el artículo 28 de la Constitución; y en desarrollo de este precepto la Corte Constitucional en Sentencia C-163 de 2008, argumentó:

Del preámbulo y de otros preceptos constitucionales se deriva la consagración de la libertad como un principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción a la libertad individual. La efectividad y el alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado. (párr. 54)

En cuanto al concepto de libertad, puede extraerse de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), de la siguiente manera:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley. (párr.6)

En el mismo sentido la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-301 de 1993, expresó:

El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por 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, y de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente. (párr. 79)

Todo lo anterior apunta a que, en efecto, la restricción de la libertad es excepcional y solamente procede en la medida en que se encuentren consagradas las causales para restringirla dentro de la Constitución y de la Ley. Esto se desprende del principio de legalidad, propio de sistemas jurídicos como el colombiano, y se reafirma en Tratados Internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), que expresa en su artículo 7, numeral 2, lo siguiente: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes, o por las leyes dictadas conforme a ellas” (pár. 32). Puede decirse que la restricción de la libertad es una posibilidad real que puede darse cuando se habla de un proceso penal, y esto se expresa en palabras de Carnelutti (1999) de la siguiente manera:

Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto. (p. 48).

Y si bien es cierto que la libertad personal debe ser la regla general dentro de los modelos acusatorios de procesamiento penal, no lo es menos que esta puede ser restringida excepcionalmente, bajo una serie de parámetros. Al respecto González (2009), citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó:

En cuanto al derecho de toda persona detenida o retenida a ser llevada, sin demora, ante un funcionario competente y a ser juzgada dentro de un plazo razonable, se debe analizar la forma en que se produjo la captura y la duración de la detención hasta el momento en que los detenidos fueron puestos a disposición de una autoridad judicial. En el caso Durand y Ugarte, las víctimas fueron detenidas por miembros de la policía sin mediar orden judicial ni haber sido encontrados en flagrante delito, y quedaron incomunicados por ocho días. Al respecto este tribunal ha dicho que nadie puede ser privado de la libertad personal "sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). (p. 71)

Huelga anotar que, en el ordenamiento jurídico, la restricción a la libertad se encuentra ceñida a los parámetros establecidos en la Ley y, por supuesto, en la Constitución, e íntimamente ligada al principio de legalidad, o principio de reserva legal. Esto se encuentra reafirmado por la Corte Constitucional que, mediante Sentencia C-730 de 2005, señaló:

el principio de legalidad se convierte así en una garantía insustituible para la libertad individual, pues ésta sólo podrá ser afectada por los motivos previamente definidos en la ley, y conforme a un procedimiento también previamente señalado en ella, tarea esta del legislador que además se encuentra limitada y puede ser objeto de control por parte del juez constitucional o internacional, pues ha de desarrollarse con el respeto de los postulados y preceptos superiores y específicamente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (párr. 50)

El estricto cumplimiento del procedimiento previamente señalado en la norma para efectos de restringir derechos fundamentales como la libertad, alude precisamente a lo anunciado en párrafos anteriores; es decir, a la reserva judicial. Debe decirse que las autoridades constitucional y legalmente establecidas en Colombia, tienen como fin supremo garantizar el cumplimiento, efectividad y respeto de los derechos consagrados en la Constitución para sus asociados, por mandato expreso del artículo 2 superior. Frente a la posibilidad de limitar derechos fundamentales, dentro de la Constitución se puede advertir que la posibilidad de restringir o limitar derechos fundamentales, está sujeta a control judicial o, incluso, a expresa prohibición. En el caso de la libertad, puede decirse, que la limitación de este derecho fundamental, en ejercicio del poder represivo del Estado, está sujeta a reserva judicial y a reserva legal, lo cual implica el sometimiento a la decisión de un juez de la república, quien tomara la decisión de restringir o no el derecho, en caso de encontrarlo procedente.

El juez, para poder decretar la restricción de un derecho fundamental como la libertad debe basarse en motivos fundados, que adicionalmente deben estar respaldados por elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que den cuenta de la necesidad y proporcionalidad de la restricción. En cuanto a la reserva judicial Zuluaga (2014), realizando un análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, señaló lo siguiente:

Del análisis jurisprudencial sobre el fundamento de la reserva judicial se encuentra que la Corte tiene dos niveles de argumentación. El primero es teórico constitucional y parte de la premisa de que en los casos de afectación de derechos fundamentales siempre será necesaria la autorización judicial previa. Esta consideración de la Corte tiene su respectivo fundamento normativo en el Art. 250 núm. 3 CN y su desarrollo legal está previsto entre los 246-250 CPP. Frente a este tipo de medida (con autorización judicial previa), como segundo nivel de argumentación, la Corte determina que implican dos grados de afectación (medio e intenso) y para la determinación de dichos grados de afectación, la Corte establece unos presupuestos abiertos que conducen a un análisis caso a caso. En ese sentido, la definición del nivel de afectación depende de la medida misma, las condiciones de realización, los intereses afectados y el impacto sobre derechos fundamentales. De esta manera, si bien en un primer nivel el criterio de la "afectación a derechos fundamentales" puede reclamar una validez general independiente de la naturaleza de la medida, en un segundo nivel argumentativo la Corte relativiza dicha validez planteando unos elementos de juicio para la determinación del nivel de afectación, señalando que sólo en las afectaciones medias o intensas es necesaria la autorización judicial. (p. 181)

De acuerdo con la cita anterior, es pertinente decir que la restricción del derecho a la libertad se constituye en una afectación que reviste un grado alto, entendiéndose que se le imposibilita a la persona movilizarse de un lado a otro y por ende el ejercicio de muchos otros derechos. En ese orden de ideas, es necesaria la autorización judicial previa en todos los casos, tal y como se contempla en la Constitución y en la Ley. Armonizando este principio con el Acto Legislativo 03 de 2002, se dispuso en esa reforma constitucional, que la tarea de autorizar la limitación de derechos fundamentales, estaría a cargo del juez de control de garantías, como un garante de las disposiciones procesales, a la luz de los principios y valores establecidos en la Carta Política. Frente a rol del juez de control de garantías frente a los Derechos Humanos, Daza (2007) argumentó:

Como lo señalábamos, uno de los aspectos más trascendentales desarrollados por el Acto Legislativo No. 03 de 2002 "Por el cual se reforma la Constitución Nacional", se encuentra la creación de la función de control de garantías, en cabeza de un juez penal distinto del de conocimiento. Para iniciar vale la pena preguntarnos ¿dentro de cuáles límites debe moverse el juez con funciones de control de garantías?, y la respuesta es muy clara, dentro de los que establece el Estado Social de Derecho, y los derechos y garantías reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

En tales condiciones le corresponde al Estado Social de Derecho la salvaguardia de la dignidad humana como valor supremo. Por consiguiente, los jueces con función de control de garantías deben garantizar el respeto y protección de los derechos humanos. En ese sentido podemos señalar que el fin último que protegen los jueces con función de control de garantías es el de lograr la efectividad de los derechos inalienables de la persona, cuya primacía reconoce el artículo 5° de la Constitución Política. (p. 43)

El papel del juez de control de garantías, como se aprecia, es de suma importancia en la medida en que, en cabeza suya, reposa la gran responsabilidad de salvaguardar los derechos de los ciudadanos que se encuentran sometidos a un proceso penal. De acuerdo con ello, la reserva legal en cuanto a la privación de derechos y libertades se encuentra en cabeza del juez constitucional, quien garantiza el cumplimiento de los preceptos consagrados en la Carta Política. Debe advertirse, en ese orden de ideas, que una orden de captura, por ejemplo, al transgredir el derecho a la libertad, debe ser librada o expedida por un juez que, en el marco de sus funciones de control de garantías, realice una ponderación de los derechos e intereses que se encuentran en juego y a partir de allí, desde el prisma constitucional, tome la determinación que corresponda al caso. En cuanto al particular, Daza (2007) explica: "Para Ponderar la afectación de los derechos fundamentales se debe tener en cuenta la intensidad de la afectación en el derecho, la cual debe ser proporcionada a la gravedad del delito y a los beneficios que con ella se obtendrán en el proceso penal" (p. 48).

Vale la pena resaltar que, al existir una reserva judicial en cuanto a la afectación al derecho a la libertad, en el marco de un sistema penal acusatorio resulta contrario a ese principio -acusatorio-, que una de las partes del proceso penal, cuyas funciones se circunscriben a adelantar la investigación y a formular la acusación, tenga la potestad, así sea excepcional, de restringir ese derecho; ya que hacerlo implica asumir las funciones que corresponden al juez de control de garantías, y que no debieron trasladarse al fiscal. Los roles que la reforma constitucional del 2002 estableció para el nuevo sistema de juzgamiento criminal, contradicen ese principio; y lo revisten de claras características de sistemas inquisitoriales, en las que las funciones de acusación y juzgamiento se confundían en un mismo funcionario.

Lo dicho hasta aquí en cuanto al derecho a la libertad y la reserva judicial en cuanto a la posibilidad de restringirla, abre la puerta para tratar el tema de la captura, como una forma de restringir la libertad dentro del proceso penal, tema que contribuirá a desarrollar el planteamiento centro del presente documento.

### **La captura en el proceso penal**

Para efectos de analizar a fondo la institución jurídica de la captura dentro del proceso penal, es necesario estudiar algunos temas como su concepto y naturaleza, ya que es indispensable dife-

renciarla de otras formas de privación de la libertad que pueden darse dentro del transcurso de un proceso penal, como por ejemplo la medida de aseguramiento o la ejecución de la sentencia condenatoria. Lo anterior permitirá arribar al tema pretendido, es decir la captura excepcional proferida por la fiscalía.

La captura es un mecanismo que dentro del proceso penal se ha establecido para aplicar medidas que limitan o restringen el derecho a la libertad. Frente a este aspecto Bernal y Montealegre (2013) expresan:

De manera general, podría sostenerse que a partir del principio de presunción de inocencia (artículo 29 constitucional, artículo 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 del Pacto de San José) sólo es posible privar a una persona de su libertad en virtud de la existencia de una decisión judicial en la que se establezca la responsabilidad por una determinada conducta punible

(...)

El reconocimiento práctico de esta realidad ha obligado a autorizar limitaciones a la libertad personal (así como a todos los derechos constitucionales) a fin de lograr una convivencia armónica. (p. 453)

Debe entenderse que la captura tiene como uno de sus fines, garantizar una sana convivencia, en la medida en que garantiza el respeto por los derechos constitucionalmente consagrados, por ejemplo, de la víctima de un delito. Pero esto puede resumirse en palabras de Bernal y Montealegre (2013) en los siguientes términos:

la afectación de la libertad sólo es posible cuando, conforme a los requisitos constitucionales, existen elementos de juicio que permiten inferir que la afectación de la libertad es necesaria para proteger otro derecho fundamental o como consecuencia de una sanción. (p. 457)

Por regla general, dentro del modelo de enjuiciamiento adoptado por el ordenamiento constitucional colombiano, la captura debe ser ordenada por un juez de control de garantías quien, con base en los elementos materiales de convicción allegados por parte de la Fiscalía General de la Nación, debe llegar a inferir que en el caso sometido a su conocimiento es procedente ordenar la aprehensión del implicado. Y la pretensión de privación de la libertad de la Fiscalía, debe estar respaldada en elementos materiales probatorios, evidencia física, o información legamente obtenida, de la cual se pueda inferir razonablemente, en términos del artículo 297 de la Ley 906 de 2004, que "aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga" (p. 294). En ese orden de ideas, la captura debe ser el producto de una investigación juiciosa por parte del ente acusador, que arroje como probable la posibilidad de imponer una medida de detención preventiva, en virtud de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Por otro lado, la captura se constituye como un acto complejo en el entendido que tiene dos momentos, que conforman un todo. En primera instancia se requiere de orden de autoridad judicial competente, escrita, bien sea de juez de control de garantías o excepcionalmente de fiscal --exceptuándose la captura en flagrancia--, respaldada en elementos materiales probatorios, evidencias físicas, o información legalmente obtenida, de los cuales pueda inferirse autoría o participación en la conducta punible investigada, y que está amerite detención preventiva, y exista peligro de fuga o de no comparecencia al proceso, para la prueba, o para la víctima o la comunidad. En segundo lugar, debe darse una aprehensión física de la persona; entendida como la concreción de la orden legítimamente impartida por la autoridad competente. Estos dos momentos constituyen lo que se conoce como estado de captura, y ambos deben consolidarse para poder hablar de la institución jurídica.

Una vez expedida la orden de captura por parte del juez de control de garantías, el fiscal pondrá en conocimiento de la misma a la policía judicial para efectos de ser ejecutada. Valga decir que, la orden tiene una vigencia máxima de un (1) año, prorrogable indefinidamente, siempre y cuando sea necesario y a petición del fiscal al juez de control de garantías, quien deberá comunicarlo al organismo de policía judicial encargado de ejecutarla, de acuerdo con lo dispuesto en

la Ley 906 (2004). La orden de captura solamente puede ser solicitada por parte de la Fiscalía, siendo esta una potestad excepcional de este ente y valga aclarar, que la policía judicial, no puede solicitarla de manera directa, sino únicamente por intermedio del fiscal, funcionario constitucionalmente facultado para ello. Lo anterior en palabras de Bernal y Montealegre (2013):

Esta facultad no está otorgada a la policía judicial, porque para expedir una orden de captura es necesario hacer un juicio jurídico en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales y materiales para dictar medida de aseguramiento de detención preventiva, análisis que no puede realizar la policía judicial, porque son juicios de valor reservados al juez de control de garantías y el fiscal. (p. 465)

Como se observó, de lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, la persona capturada debe ser puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la captura, so pena de ser arbitraria e ilegal la detención. No obstante, para que la captura sea constitucional deben darse unos presupuestos, como por ejemplo, la información al procesado acerca de los derechos que le asisten; el respeto por la dignidad de la persona capturada, lo cual implica que dentro del procedimiento de captura se debe dar estricto cumplimiento a este precepto constitucional; y la proporcionalidad, que implica el análisis de las circunstancias en que se efectúa la captura, lo cual indica que esta debe ser proporcional a las características y situaciones del investigado, dependiendo de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se lleva a cabo la aprehensión. Los derechos que le asisten al capturado, deben observarse con sumo cuidado en la medida en que son la base del Estado Social de Derecho y cualquier menoscabo, representa una falta contra de la Constitución. En cuanto a los derechos que asisten a la persona aprehendida. Torres (2013) indica:

La persona detenida debe ser informada de modo que pueda comprender tanto los hechos delictivos de los que se le acusa como de las razones que han dado lugar a su detención, así como de los derechos que le asisten (Art. 303 Ley 906/2004), los cuales deberán informársele al capturado de manera inmediata. (p.74)

La importancia de observar y cumplir con las garantías antes descritas estriba en que, de acuerdo con la Constitución y la Ley, la persona que ha sido capturada deberá ser puesta a disposición de un juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la ejecución de la captura, para efectos de que este funcionario, revise la legalidad de la misma. La legalización de captura se realiza en audiencia pública con la intervención de un Juez Penal Municipal, con función de control de garantías o quien haga sus veces. La mencionada audiencia tiene una escasa regulación legal, a diferencia de otras audiencias, a pesar de la importancia que reviste la misma. Frente a este punto, Torres (2013) expresó:

La regulación procedimental de la audiencia de control de la detención es bastante parca. No se señala en esta disposición ni el formato de la audiencia, ni su contenido o posibles temas de discusión, ni cuáles aspectos de legalidad son los que deben o pueden revisarse y, aunque es indiscutible su reconocimiento en el Art. 28 CN, esta norma tampoco hace referencia a su contenido, dándolo por sobreentendido. (p. 72)

No obstante lo anterior, la práctica ha permitido determinar cuáles son los elementos que el juez debe verificar en desarrollo de la audiencia de legalización de captura, para efectos de tomar una decisión frente a la legalidad o ilegalidad de la misma. En ese orden de ideas debe verificarse, en primera instancia, los requisitos formales y materiales de la aprehensión, que parten del análisis de los motivos de la captura, es decir, si existió una orden de autoridad judicial competente, sin que esta orden sea cuestionada en caso de ser expedida por un juez de control de garantías, y el procedimiento que se siguió con razón de esa orden; o la verificación de las circunstancias descritas en la Ley 906 (2004), en casos de captura en flagrancia. En segundo lugar, se debe analizar el respeto de los derechos y garantías del capturado, aspecto de vital importancia como se había indicado con anterioridad.

La presencia del capturado ante el juez de control de garantías, en palabras de Torres, (2013) obedece a que,

Toda persona privada de su libertad tiene derecho a comparecer sin demora ante un juez u otra autoridad judicial para que sus derechos queden protegidos. A fin de salvaguardar el derecho a la libertad y no ser sometido a detenciones arbitrarias y para evitar violaciones de derechos humanos fundamentales, toda forma de detención o encarcelamiento debe ser ordenada por un juez u otra autoridad o estar sujeta a su control real. Toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Los objetivos de la presencia ante un juez u otra autoridad judicial son:

1. Evaluar si hay razones jurídicas suficientes para el arresto.
2. Evaluar si es precisa la detención antes del juicio.
3. Salvaguardar el bienestar del detenido.
4. Evitar violaciones de los derechos fundamentales del detenido. (p.76-77).

De esta manera, el análisis del juez de control de garantías apuntará a determinar si la captura se ajustó a la Constitución o, al contrario, resultó atentatoria de la misma. Así, la captura no es válida, o mejor, no es admisible decretar su legalidad cuando se viola de manera directa la Constitución, atentando en contra del artículo 28 superior; es decir, cuando sin orden de autoridad judicial competente, o sin la observancia de los motivos previamente establecidos en la Constitución o en la Ley.

Por otro lado, se habla de ilegalidad, cuando no son cumplidos los términos, situación que prolonga de manera arbitraria la detención y atenta en contra del derecho a la libertad. Se reitera, otra forma de ilegalidad es la transgresión de los derechos y garantías en desarrollo de la ejecución propiamente dicha de la aprehensión. No obstante, debe advertirse que el juez de control de garantías debe realizar un análisis detallado de las circunstancias de cada caso, como quiera que no todo incumplimiento de las normas legales torna ilegal la captura. Así Bernal y Montealegre (2013) consideraron que: "Sólo en la medida en que la transgresión de los preceptos legales implique una vulneración de derechos fundamentales, la captura será ilegal. En otras palabras, no toda violación de preceptos legales significa que la captura es constitucionalmente cuestionable" (p. 468).

Es importante resaltar que, la regla general en cuanto a la captura, es que esta sea ordenada por un juez con funciones de control de garantías, según se explicaba en el acápite de reserva judicial en cuanto a la restricción de derechos fundamentales. Sin embargo, y como se ha venido tratando a lo largo de estas líneas, dentro la reforma constitucional de 2002, se contempló la posibilidad de que el fiscal librara órdenes de captura en casos excepcionales, situación que fue regulada posteriormente, en 2004, con la expedición de la Ley 906.

La constitucionalidad del artículo 2 original de la Ley 906 de 2004 -que trata acerca de la libertad, y en su inciso segundo reguló la captura por parte del Juez de Control de Garantías, y su modificación o revocatoria por petición de las partes-, fue estudiada por la Corte Constitucional en Sentencia C-730 de 2005; y en ella resolvió declarar inexecutable la expresión, "En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito" (párr. 10) contenidas en el inciso tercero del mismo; por las siguientes razones:

Si bien el fiscal es una autoridad judicial y en los casos específicos que señale la ley, la autoridad competente para efectuar excepcionalmente una detención, ello solo puede serlo en situaciones con unas características de determinación claras y definidas. Téngase en cuenta que las condiciones del ejercicio de las competencias deben estar precisamente establecidas en la ley y con mayor razón aún si se trata de facultades excepcionales. Ahora bien, la Corte constata que las expresiones "En las capturas (...) en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes",

dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuirse a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas según el Acto Legislativo 03 de 2002. La amplitud e indeterminación de las expresiones “existiendo motivos fundados” y “razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”, al tiempo que contradicen el principio de legalidad (art 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a “motivos fundados” los cuales siempre pueden existir, y a “motivos razonables” que comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado. (párr. 20).

Se desprende de la cita de la Corte, que el legislador dejó un amplio margen de interpretación que no es admisible a la luz de la Constitución, en la medida en que no consagró una verdadera situación excepcional y, al contrario, extendió desproporcionadamente las facultades del fiscal en cuanto a la captura, lo cual es totalmente violatorio del artículo 28 superior. Debe señalarse que, en todo caso, la posibilidad de que un fiscal ordene la captura, constituye una trasgresión al principio de reserva judicial, ya que, atendiendo a los roles establecidos para el sistema acusatorio, esto no sería ideal si se quiere. Pero, la posibilidad de librar ordenes de captura, no solo fue regulada en el artículo 2, sino que se desarrolló en el mismo sentido, en el artículo 300 de la Ley 906.

Si bien es cierto, la Sentencia C-730 de 2005, declaró la inexecutable de las expresiones contenidas en el inciso final del artículo 2 original del estatuto procesal penal colombiano --Ley 906 de 2004--, por las razones indicadas arriba; aún quedaba vigente el artículo 300 de dicha Ley, el cual no fue estudiado por la Corte en esa oportunidad, entendiéndose que no fue objeto de reproche constitucional en esa ocasión. No obstante, mediante Sentencia C-1001 de ese mismo año 2005, la Corte declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo 300, aludiendo lo siguiente:

Al respecto la Corte constata i) que no se evidencia en la regulación efectuada por el Legislador en la norma acusada el presupuesto de excepcionalidad a que se refirió el Constituyente derivado en el tercer inciso del numeral 1 del artículo 250 de la Constitución tal como quedó establecido por el Acto Legislativo 03 de 2002 para autorizar la posibilidad de que la Fiscalía realizara capturas; ii) que la norma acusada reitera como requisitos para este efecto algunos de los elementos incorporados en el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 que por su indeterminación y excesivo margen de discrecionalidad que otorgaban al Fiscal General de la Nación fueron declarados inexecutable por la Corte en la sentencia C-730 de 2005. (párr. 205)

Más adelante continuó diciendo la Corte:

Así mismo, que de lo que se trata en este caso es de nada menos que de la restricción de la libertad, por lo que los motivos y condiciones para proceder a restringirla en estas circunstancias deben estar expresos en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordene la captura. Empero esto es lo que acaece en el presente caso por cuanto el Fiscal General o su delegado podrán, por sí y ante sí, establecer que existen motivos fundados para proceder a la captura y valorar la posibilidad o no de acudir al juez de control de garantías para el efecto. (párr. 2018)

La Corte consideró ajustado a la Constitución la posibilidad de librar órdenes de captura por parte del fiscal en casos excepcionales, no obstante declarar la inexecutable de las normas que regulaban tal potestad; atendiendo que el legislador no obedeció el carácter excepcional que se consagró en el Acto Legislativo 03 de 2002. Pero es que, incluso la disposición constitucional, no se encuentra acorde con los principios que el mismo Acto Legislativo pretendió introducir en el sistema jurídico colombiano, al adoptar un modelo de enjuiciamiento criminal acusatorio; ya que a pesar de ser excepcional y reglada la posibilidad de ordenar capturas por parte de la fiscalía, esta posibilidad no deja de ser contradictoria con las funciones que el modelo

acusatorio le impone al fiscal, y dentro del cual los jueces son los únicos funcionarios habilitados para restringir derechos fundamentales.

Ahora bien, esta circunstancia también obedece a una falla, si se quiere, en la ubicación de la Fiscalía General de la Nación, dentro de la estructura del Estado, ya que ésta en la reforma del 2002, conservó a la Fiscalía General de la Nación dentro de la Rama Judicial, convirtiéndola en una autoridad judicial, siendo que en países de tradición acusatoria como, por ejemplo, Estados Unidos, este órgano no es judicial, sino administrativo, perteneciendo a la Rama Ejecutiva. No obstante, esta es otra discusión no corresponde al objeto central de este documento.

Teóricamente, la declaratoria de inexecutable de las disposiciones referentes a la captura excepcional por parte de la Fiscalía, sacaron del ordenamiento jurídico esta posibilidad, y así fue hasta la expedición de la Ley 1142 de 2007; que en su artículo 21, reprodujo el artículo 300 original, haciendo algunas adiciones. Evidentemente, la norma ya había sido declarada inconstitucional y reproducirla nuevamente, la hace inconstitucional *per se*. Sin embargo, la Corte se pronunció favorablemente respecto de esta norma en específico, indicando que se ajustaba a los parámetros constitucionales, imponiendo al fiscal una fuerte carga probatoria acerca de las circunstancias que lo llevaron a librar la orden de captura. Es esa oportunidad la Corte realizó el siguiente análisis de la Sentencia C- 185 del 2008:

Para que la captura ordenada por el Fiscal General o su delegado mantengan su excepcionalidad, el fiscal debe mostrar todo lo que hizo para encontrar fácticamente un juez de control de garantías y las circunstancias que impidieron que lo encontrara. La excepcionalidad de la figura exige un juicio de necesidad objetiva, que impone al Fiscal la obligación de demostrar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de esta figura. De este modo, sólo cuando haya agotado todas las posibilidades referidas a la disponibilidad del juez de control de garantías y así quede demostrado objetivamente, el Fiscal General o su delegado podría, de forma excepcional, proceder a dictar la orden de captura, para lo cual debe cumplir con una fuerte carga probatoria a fin de mostrar por qué a pesar de existir las anteriores alternativas, fue imposible que un juez expidiera la orden de captura

(...)

En el caso de la orden de captura dictada por el juez de control de garantías, el artículo 298 de la Ley 906 de 2004 establece una vigencia máxima de 6 meses, o hasta que se produzca la captura, si ésta ocurre antes de ese plazo, y una vez se produce la captura, la persona capturada debe ser puesta a disposición de un juez a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la captura. En el caso de la captura excepcional por la Fiscalía General de la Nación, el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 establece que está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Por lo tanto, se trata de una vigencia precaria que depende de que subsistan en el tiempo las condiciones que impidieron que un juez con funciones de control de garantías expidiera la orden. (párr. 12)

Esta sentencia de constitucionalidad, condicionó las actividad del fiscal en el entendido del deber probatorio que le asiste y que representa una carga para él en estos casos, en atención al respeto del derecho a la libertad como principio fundamental del Estado de Derecho y norma rectora del proceso penal colombiano y que, en todo caso, el fiscal debe agotar todos los medios posibles para efectos de encontrar a un juez de control de garantías, incluso el juez ambulante para solicitar la orden, lo cual en el estado actual de cosas, es sencillo, atendiendo a los turnos y disponibilidad de los funcionarios de la Rama Judicial. Huelga anotar, que, en todo caso, en aquellos eventos en los que se dé esta situación, que deviene excepcionalísima, la legalización de captura debe realizarse dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión, estadio procesal en el que la carga del fiscal se activa, con el fin de defender las decisiones que tomó frente a la restricción de la libertad del investigado.

Finalmente, es pertinente ahondar someramente en las razones por la cuales procedería la captura excepcional y que grosso modo fueron mencionadas con anterioridad. En primer lugar, debe decirse que la captura administrativa o excepcional, es ordenada por el fiscal, en caso de



no encontrar un juez de control de garantías, para lo cual deberá acreditar la ejecución de todos sus esfuerzos para poder encontrar a uno de dichos funcionarios. Esta es la única hipótesis convalidada legal y jurisprudencialmente para que proceda una medida restrictiva de la libertad sin la intervención del juez de control de garantías y que en todo caso debe ser acreditada por el fiscal en la audiencia de control judicial previo a la captura. Aunado a lo anterior el fiscal debe tener motivos fundados para proferir la orden, lo cual implica una inferencia razonable de autoría o participación de quien será sometido a la limitación de sus derechos. No obstante, además de la inferencia, el fiscal puede sustentar su decisión en el riesgo de fuga, de alteración probatoria y/o en el peligro para la comunidad o la víctima que puede representar la persona que se someterá a la medida restrictiva.

Es correcto afirmar que el fiscal tiene la potestad de ordenar capturas cuya vigencia en todo caso se encuentra supeditada a la disponibilidad de un juez de control de garantías. Lo anterior implica que la orden emitida por el fiscal solo será vigente en la medida en que no sea posible acceder a un juez, lo cual, actualmente no es un tema tan complejo debido a la organización de la rama judicial. En todo caso, cuando el fiscal tenga acceso al juez de control de garantías, su orden perderá vigencia, y este deberá en virtud de sus funciones proceder a sustentar la solicitud ante el funcionario judicial, quien tomará la decisión respectiva. De acuerdo con lo anterior, la orden del fiscal no puede ser prorrogada, ya que al tenor del artículo 300 de la Ley 906 de 2004, este deberá acudir al juez en cuanto le sea posible para que este ordene la captura y en caso de haber ejecutado su orden, deberá poner al capturado a disposición del juez para que se legalice la captura y se sustenten las razones que le dieron origen.

## Conclusiones

En el transcurso de todo este texto, se mencionan varios temas que apuntan a desarrollar el eje central propuesto desde el inicio, es decir la captura excepcional por parte del fiscal, tema que entre otras cosas irradió todo el documento. Puede decirse, entonces, que Colombia, tras la reforma de la Constitución, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, pensando en un proceso penal más garantista, concibió la idea de introducir en el ordenamiento constitucional, el modelo de juzgamiento criminal acusatorio, de acuerdo con los principios, valores, fines y garantías propias del Estado Social y Democrático de Derecho. No obstante, no ideó un modelo puro, en el estricto sentido de la palabra, que recogiera en su totalidad las características propias del sistema acusatorio sino que, de alguna manera, lo ajustó a la realidad y tradición nacional; incluyendo en el modelo algunos aspectos que bien podrían considerarse como propios de modelos inquisitivos de juzgamiento, como la posibilidad de restringir derechos fundamentales en cabeza del acusador, quien por mandato del mismo Acto Legislativo tiene a su cargo la función de investigar y acusar.

Pese a cualquier criterio, la Ley 906 de 2004, reguló la disposición constitucional, entregándole a la Fiscalía la posibilidad de librar órdenes de captura excepcionalmente, extendiendo de esta manera, el principio de reserva judicial en materia de restricción de derechos fundamentales, en cabeza de los jueces de control de garantías por regla general. Esta situación, a la luz de un sistema acusatorio, no es deseable; no obstante, es una realidad que, a pesar de haber sido declarada inexecutable, se volvió a introducir en la legislación procesal mediante la Ley 1142 de 2007, la cual en última instancia fue declarada executable por la Corte Constitucional. La restricción de la libertad es una situación excepcionalísima que debe estar conforme al principio de reserva legal y judicial, lo cual se entiende satisfecho en el estado actual de cosas, como quiera que la fiscalía es un órgano judicial. Sin embargo, esta situación no es adecuada, se reitera, ya que las funciones del acusador, se deben limitar precisamente a eso, a investigar y acusar, más no a restringir derechos fundamentales, aspecto este que debiere estar únicamente en cabeza de los jueces y, en específico, del juez de control de garantías. Esta circunstancia pudo haber sido solucionada por la Corte Constitucional, quien al realizar el análisis de las disposiciones legales en la materia e incluso del mismo Acto Legislativo, debió haber observado estrictamente el principio acusatorio, propio del sistema adoptado por Colombia; por lo menos teóricamente hablando.

Pero, al contrario, facultó esta posibilidad, imponiendo una carga extra a la fiscalía, en cuanto a la acreditación de todas las actividades encaminadas a dar cumplimiento a lo expresado en la Ley 1142 de 2007 frente a la captura excepcional, lo cual, constituye una garantía de respeto de los derechos de quién es aprehendido en esas circunstancias.

En resumidas cuentas, si la captura es una situación excepcional, por ser la libertad del encartado la regla general en el curso del proceso y su restricción la excepción; en virtud de ello, la captura ordenada por un fiscal, a *motu proprio* y sin previa autorización judicial, es aún más excepcional, pero que a la luz del sistema acusatorio adversarial, no es deseable, o quizás no es adecuada atendiendo a la distribución de roles propia de estos modelos de juzgamiento; pero que se constituye en una realidad que, entre otras cosas, está acorde con la tradición jurídica que Colombia ha venido profesando, al menos en esa materia.

## Referencias

- Berbal-Cuellar, J y Montealgre-Linett, E. (2013). *El Proceso Penal: Fundamentos Constitucionales y Teoría General*. (6ª ed.) Universidad Externado de Colombia.
- Carnelutti, F. (1999). *Las miserias del proceso penal*. Editorial Temis.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 4 de julio). *Constitución Política de Colombia*. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).
- Asamblea Nacional Constituyente de Francia. (1789, 26 de agosto). Declaración De los Derechos del Hombre y del Ciudadano. [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnoles/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnoles/es_ddhc.pdf).
- Congreso de la República. (2002, 19 de diciembre). Acto Legislativo 03. *Por el cual se reforma la Constitución Nacional*. Diario Oficial.
- Congreso de la República. (2004, 31 de agosto). Ley 906. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Editorial Legis.
- Congreso de la República. (2007, 28 de junio). Ley 1142. *Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana*. Diario Oficial.
- Corte Constitucional. (1993, 2 de agosto). Sentencia C-301. (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P). URL: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-301-93.htm>.
- Corte Constitucional. (2005, 12 de julio). Sentencia C-730. (Álvaro Tafur Galvis, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-730-05.htm>.
- Corte Constitucional. (2005, 3 de octubre). Sentencia C-1001. (Álvaro Tafur Galvis, M.P). URL: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1001-05.htm>.
- Corte Constitucional. (2008, 20 de febrero). Sentencia C-163. (Jaime Córdoba Triviño, M.P). URL: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-163-08.htm>.
- Corte Constitucional. (2008, 27 de febrero). Sentencia C-185. (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P). URL: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-185-08.htm>.

- Daza, A. (2007). *Los Jueces de Control de Garantías a Partir del Acto Legislativo 03 de 2002*. Universidad Libre.
- Fernández-León, W. (2001). *Sistemas Penales de Juzgamiento*. Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta.
- González-Navarro, A. L. (2009). *La Detención Preventiva en el Proceso Penal Acusatorio*. Editorial LEYER.
- Letelier-Loyola, E. (2013). Estatuto de las libertades en el proceso penal chileno a trece años de vigencia del sistema acusatorio. *Revista Opinión Jurídica*, 12 (24), 151-168. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/589>.
- Levene, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal (2ª ed.)*. Ediciones Depalma.
- Matya-Camargo, E. (2015). Régimen de Privación de la Libertad en el Sistema Penal Acusatorio. *Revista Republicana*, (6), 59-80. <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/165>.
- Organización de Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). Convención Americana de Derechos Humanos. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).
- Torres-Silverra, C. J. (2013). Legalización de la captura: Derechos y garantías. *Revista Pensamiento Americano*, 6(11), 69-96. <https://publicaciones.americana.edu.co/index.php/pensamientoamericano/article/view/128>
- Zuluaga-Taborda, J. (2014). De los motivos "fundados" para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal*, 10 (83), 167-209. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/15791>.