



**Ciencia Latina**  
Internacional

---

Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, Ciudad de México, México.  
ISSN 2707-2207 / ISSN 2707-2215 (en línea), noviembre-diciembre 2024,  
Volumen 8, Número 6.

[https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v8i6](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i6)

**ANÁLISIS DE LA CAPTURA EXCEPCIONAL  
POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN A  
LA LUZ DEL DERECHO A LA LIBERTAD**

ANALYSIS OF THE EXCEPTIONAL CAPTURE FROM  
NATIONAL ATTORNEY'S OFFICE ACCORDING TO THE  
RIGHT TO FREEDOM

**Dr. Jorge Armando Molina Roa**

Facultad de Derecho, de la Universidad Libre en Bogotá, Colombia.

**Dr. Oscar Afranio Rodríguez García**

Facultad de Derecho, de la Universidad Libre en Bogotá, Colombia.

## Análisis de la captura excepcional por la Fiscalía General de la Nación a la luz del derecho a la libertad

**Dr. Jorge Armando Molina Roa<sup>1</sup>**

[molinaroasociados@outlook.es](mailto:molinaroasociados@outlook.es)

<https://orcid.org/0009-0004-7085-034X>

Abogado Litigante

Facultad de Derecho, de la Universidad Libre en Bogotá, Colombia.

**Dr. Oscar Afranio Rodríguez García**

[osaroga@hotmail.com](mailto:osaroga@hotmail.com)

<https://orcid.org/0009-0002-3687-487X>

Juez Penal con función de control de

garantías

Facultad de Derecho, de la Universidad Libre en Bogotá, Colombia.

### RESUMEN

Hoy, después de 20 años de implementación del sistema penal acusatorio en Colombia mediante la Ley 906 de 2004, la sociedad en general y gran parte de la comunidad jurídica aún desconoce en profundidad el carácter de excepcionalidad por el cual las leyes vigentes han adquirido la orden de captura por la Fiscalía General de la Nación, también se presenta controversia al alrededor de este hecho, puesto que ha surgido, en relación ello, vulneración de un derecho fundamental como lo es la libertad. Es por este motivo que el presente estudio posee como objetivo principal tomar este tema en análisis con el fin de aportar y esclarecer el tema el debido procedimiento de abordaje por los operadores del derecho penal colombiano y por todo aquel que tenga interés en el mismo.

**Palabras clave:** sistema penal acusatorio, captura excepcional, libertad.

---

<sup>1</sup> Autor principal

Correspondencia: [molinaroasociados@outlook.es](mailto:molinaroasociados@outlook.es)

# **Analysis of the exceptional capture from National Attorney's Office according to the right to freedom**

## **ABSTRACT**

Today, after 20 years of implementation of the accusatory criminal system in Colombia through Law 906 of 2004, society in general and a large part of the legal community is still completely unaware of the exceptional nature by which the current laws have acquired the order of capture by the Attorney General's Office, there is also controversy surrounding this fact, since, about this, a violation of a fundamental right such as freedom has arisen. It is for this reason that the main objective of this study is to take this topic into analysis to contribute and clarify the topic and the due procedure of approach by the operators of Colombian criminal law and by anyone who has an interest in it.

**Keywords:** accusatory penal system, exceptional capture, freedom.

*Artículo recibido 09 noviembre 2024*

*Aceptado para publicación: 10 diciembre 2024*



## **INTRODUCCIÓN**

El derecho a la libertad se constituyó tempranamente como un derecho humano fundamental sobre el cual se construyó un Sistema Universal Tutitivo de Derechos Humanos, habiendo consenso entre los miembros de la comunidad internacional en que, sin libertad, difícilmente puedan hacerse efectivos los demás derechos y garantías. Es decir, que la libertad es un requisito previo y obligatorio para pensar la dignidad humana desde una perspectiva de derechos humanos.

Asimismo, los sistemas procesales acusatorios se caracterizan por estar más en concordancia con los estándares emanados del Sistema Universal Protectorio de Derechos Humanos que los sistemas procesales inquisitivos, debido a sus particularidades: celeridad, oralidad, imparcialidad del juez, procedimiento adversarial y respeto irrestricto por la dignidad humana durante el proceso. En este sentido, llama la atención cuando un sistema que se autoproclama acusatorio contiene normas que no contemplan, sino que vulneran los principios de derechos humanos. Esto es lo que motiva la presente monografía, la curiosidad y preocupación acerca de cómo a pesar de la implementación del sistema procesal penal acusatorio en Colombia a partir de la Ley 906 del año 2004, se escabulle en la misma un artículo como el 300 que confiere facultades extraordinarias a los fiscales para expedir órdenes escritas de captura sin necesidad de una autorización judicial previa, lo cual a todas luces es violatorio dentro del artículo 28 de la Constitución Política colombiana. Posteriormente, se expide la ley modificatoria, la cual consiguió acomodar los supuestos de estas facultades fiscales bajo la figura de la excepcionalidad, pero sin eliminarla completamente e introduciendo ciertas dudas y discusiones al respecto.

Por todo lo antedicho, es que la presente investigación realizará un repaso histórico por las leyes sobre la temática que precedieron la vigente- Ley 1142 del 2007-, para poner en diálogo el ordenamiento procesal penal jurídico colombiano con los derechos humanos y por consiguiente, arribar a una conclusión que sea de ayuda para colegas o interesados en el derecho que deseen o necesiten incursionar en el tema.

## **METODOLOGÍA**

El enfoque que se utilizará en este artículo es predominantemente cualitativo, ya que en su mayor parte se analizarán datos no numéricos, es decir, opiniones doctrinarias, investigaciones previas y



antecedentes legislativos y jurisprudenciales que den cuenta del tratamiento en el derecho colombiano del tema en cuestión.

No obstante, ello, podría ostentarse ribetes cuantitativos ya que se buscarán a modo referencial datos que indiquen la cantidad de capturas excepcionales impuestas por la Fiscalía a partir de la sanción de la normativa vigente, y así poder dilucidarse si los cambios normativos generaron un cambio en la práctica procesal.

Asimismo, la investigación será de tinte descriptiva, ya que intentará realizar una detallada descripción de los antecedentes históricos y legislativos, del presente y del marco social, cultural y normativo en el que se desarrolla la problemática; y constructivista desde la perspectiva de que la realidad del instituto legal de la captura excepcional responde a un complejo entramado jurídico con base en lo social.

Las muestras se realizarán sobre el sistema jurídico colombiano desde la última ley modificatoria del año 2007 hasta la actualidad, en miras de conocer la actividad fiscal al respecto y la forma en la que se desarrolló.

Las técnicas de recolección de datos serán principalmente el examen de doctrina y jurisprudencia en el tema.

Por último, es necesario conocer el marco referencial desde el cual se realiza este artículo, que es primordialmente desde un prisma que pondera los Derechos Humanos y su tutela efectiva a partir del andamiaje construido con base en los sistemas universales protectorios de los Derechos Humanos, especialmente del Sistema Interamericano al cual pertenece Colombia. En este orden, se tendrán siempre presente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, y la Constitución Política colombiana.

## **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Como se expuso en la introducción de este artículo, el derecho a la libertad es la piedra basal sobre la que se cimentaron el resto de los derechos esenciales, y es incluso uno de los fundamentos sobre los que descansó, lo que para muchos es, el tratado que da inicio a una nueva forma de relacionarse entre Estados y de regular las cuestiones referidas a los derechos de las personas, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, originadas por la Revolución Francesa. Las premisas para esta nueva era fueron

la libertad, la igualdad y la fraternidad, palabras que luego fueron cobrando diferentes alcances según la época y el desarrollo de la doctrina internacional de Derechos Humanos.

Sobre la libertad ríos de tinta se han escrito, y las discusiones muchas veces versaron sobre sus limitaciones y si debe tenerlas. En general se entiende que, salvo el derecho a la vida- sin el cual nada sería materialmente posible-, ningún derecho es absoluto. Si bien los derechos fundamentales protegen al ser humano en su condición de tal y amparan su dignidad humana, para el pacífico desarrollo de la vida en sociedad es necesario limitar el ejercicio de los derechos, pues como dice José Luis Cea (2004), estos derechos se tratan “de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos”.

Así y todo, la libertad se encuentra tutelada en muchos de los Tratados Internacionales a los que el Estado colombiano suscribe, como la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969) que menciona a la libertad ya desde su Preámbulo y en consideraciones previas a su articulado, estableciéndola como condición básica de sustento para los derechos y garantías de los seres humanos.

En su artículo 7 expresa:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por causas y condiciones fijadas de antemano en las Constitución Política de los Estados, partes o por leyes dictadas conforme a ella.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

Otros tratados de carácter internacional, los cuales Colombia fue parte firmante y que se expresan en igual sentido son, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966), entre otros. Cabe recordar que, en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991 indica que en los tratados internacionales de Derechos Humanos prevalecen el orden interno, agregando que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” (Constitución Política de Colombia, Art.93)

En el derecho interno colombiano, la libertad también está garantizada. Así, en su Constitución Política el artículo 28 dice:



"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley (...)" (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 28)

Lo que puede deducirse de lo anterior, es que el constituyente estaba a favor de los sujetos que contarán con el derecho fundamental a la libertad personal. Sobre el alcance de libertad, la Corte Constitucional ha expedido en la Sentencia C-276 del año 2019, al decir que

“ha definido la libertad personal como la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. En ese sentido, se trata de un presupuesto para el ejercicio de las demás libertades y derechos, pues la detención supone la restricción de las otras prerrogativas de las cuales la persona es titular.” (Corte Constitucional, Sentencia C-276, 2019)

Surge de lo hasta aquí expuesto que, si algo queda claro en el ordenamiento jurídico colombiano, es que la libertad personal como derecho se encuentra tutelado y debe ser garantizada su protección por el Estado. Por ello es que surge con fuerza el cuestionamiento hacia una figura como la captura excepcional bajo competencia del Fiscal, que a todas luces vulnera este derecho fundamental, y como la libertad es el presupuesto para el cumplimiento de otros derechos, como en un efecto dominó también se vulneran otros derechos fundamentales.

Así, conviene hacer un repaso por los antecedentes de esta facultad que detenta el Fiscal para comprender un poco su naturaleza jurídica, sus fundamentos y por qué es tan resistida entre los defensores del Estado Constitucional de Derecho y de los Derechos Humanos.

En principio, la regla general siempre ha sido que quien puede disponer la detención o privación de la libertad de otra persona, es la autoridad competente, es decir el juez. Esto surge en defensa de determinados principios jurídicos como la seguridad jurídica, la presunta inocencia, el respeto por la dignidad durante el proceso, y la defensa en juicio, entre otros. Sin embargo, existieron y existen las excepciones a la regla, tal como se expone en el artículo 32 de la Constitución Política:



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

La flagrancia, entonces, se erige como una excepción a esta idea de que sólo el juez puede privar legítimamente la libertad de un ciudadano. El motivo que justifica esta excepción es que hay una convicción acerca de la culpabilidad de la persona aprehendida debido a la flagrancia entonces la presunción de inocencia cae, y que además podría perderse la oportunidad de perseguirse penalmente un delito si se dejara escapar al delincuente. También se entiende, lógicamente, que la situación es apremiante y no hay tiempo de que un juez expida una orden de captura. Esto no obsta a que la situación general y aceptada sea, que el proceso judicial deba ser transitado en libertad y que en caso de que así no pueda serlo, el juez sea quién emita la orden de privar de la libertad al imputado. Así lo dijo la Corte Constitucional en las siguientes palabras:

Pues bien, la cláusula general de la libertad personal, así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6, 17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona (cláusula general), su privación a través de autoridad judicial competente (límite); además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia (excepción). (Sentencia CC, C-237 de 2005)

No obstante, todas estas consideraciones, existe hoy en día en el derecho colombiano otra excepción a la reserva del juez sobre los temas de libertad de los acusados, y es el artículo 300 de la Ley 906 modificada por Ley 1142 del 2007. El mismo, establece la captura excepcional de la siguiente manera: 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.

Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales del artículo 300 de la Ley 906. Análisis

Para hablar del marco normativo que da vida al artículo que se analizará en este apartado, es necesario retrotraerse a 1991, el año en que se concreta la reforma constitucional colombiana, luego de años de debates y disputas en torno a este tema. Entre las modificaciones que implementa la nueva Constitución Política, se crea de la Fiscalía General de la Nación. Éste, cuyo organismo independiente, el cual actúa en el Poder Judicial y su creación responde a la necesidad de adecuar el sistema de justicia colombiano a los estándares internacionales mínimos en cuanto a la tutela de derechos fundamentales durante el proceso. Esto implicaba una adaptación del sistema procesal penal colombiano a características de corte acusatorio para dejar el inquisitivo atrás. La Fiscalía General viene a configurar este sistema desde una labor acusatoria e investigativa, diferenciándose así del juez que impone la pena y su adopción significó la desaparición de los Juzgados de Instrucción Criminal. El impulso a la incorporación de este nuevo instituto se da por una creciente desconfianza en la labor judicial reinante en la época y la necesidad de garantizar la imparcialidad de los juzgadores como premisa primordial de un debido proceso. Esta premisa, se halla en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 8, manifiesta las garantías procesales que los Estados deben tutelar:

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

La implementación de este nuevo sistema procesal penal fue sucediendo de a poco, debido a que eran varios los cambios que deseaban implantarse y se intentaron hacer lo más rápido posible. Así es que nace el artículo 250 original de la Constitución Política, instituye a la Fiscalía General de la Nación con el fin de investigar los delitos que llegarán a su conocimiento de oficio, mediante denuncia o querrela, impulsando la acción penal contra los presuntos infractores, calificar los sumarios y declarar precluidas las investigaciones realizadas, entre otras facultades.

La Fiscalía General obtuvo por delegación constitucional de competencia para trabajar en todo el territorio nacional y finalmente se le impuso como tarea la investigación integral, es decir, investigar sobre cuestiones de favorezcan o perjudiquen al imputado en su causa, respetando sus derechos humanos y las garantías procesales que le asisten.

Al momento de sancionar, la Constitución Política de 1991, el Congreso de la República no estaba funcionando por haber sido previamente disuelto por la Asamblea Constituyente el 4 de julio de ese mismo año. Por este motivo, se le confieren facultades expresas de carácter extraordinario y transitorio al Presidente de la República, entre las cuales se encontraba la de legislar sobre procedimiento penal. Es así que nace el primer estatuto procesal, regulando a la Fiscalía General, entre otras cuestiones procedimentales.

Respecto al tema que nos convoca en la presente investigación, este código compelió a citar a declarar en indagatoria al imputado cuando el delito del que se lo acusaba comprendía una pena en la privación de la libertad de dos años o más, y el funcionario no creía necesaria la orden de captura. Sin embargo, cuando la prueba obrada era indicativa por el acusado, había actuado en alguna de las circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal - causales de justificación e inculpabilidad-al no comparecer a la indagatoria podría ser capturado para cumplimentar con dicha instancia librándose la correspondiente orden que debía contener determinada información: identificación e individualización del imputado, motivos por la cual de lo convocaba a declarar, etc.

Este decreto que había otorgado facultades excepcionales al Presidente de la República de turno tuvo vigor durante diez años. Recién en el año 2001, a partir de la sanción de la Ley 600 estas facultades dejan de tener vigencia.



Las intenciones de la nueva ley fueron- al menos en la formalidad- seguir acercando el sistema procesal penal colombiano al paradigma acusatorio adversarial. Sin embargo, tuvo una disposición en su artículo 336 que permitía al Fiscal instructor la prerrogativa de librar orden escrita de captura cuando de las pruebas presentadas en la instrucción surgieran razones que induzcan a pensar que se está accionando por un delito en el que resulte necesario resolver la situación jurídica. En otras palabras, el Fiscal podía prescindir de la citación y librar directamente una orden de captura para la indagatoria.

En relación a esto último, es menester realizar una observación por demás de pertinente: el sistema acusatorio intenta paliar la acumulación de facultades y prerrogativas en cabeza de un funcionario judicial, el juez, para así preservar la imparcialidad en la sentencia y tutelar los derechos y garantías de los ciudadanos afectados por un proceso penal. No obstante, con la disposición previamente analizada aunada con la cantidad de potestades que se le asignaron a la Fiscalía General, las buenas intenciones terminaron empañadas pues ahora el funcionario que acumula facultades y prerrogativas es el Fiscal. Esto da como resultado un sistema mixto, con todas las problemáticas que ello conlleva.

Con esto en mente, las reformas continuaron y en este sentido se incorpora el Acto Legislativo 03 del 2002, al cual, le siguió la expedida Ley 906 del 2004.

En palabras de la Corte Constitucional,

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Carta Política de 1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal basado en (i) la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad y (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior. Cabe asimismo señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, mas no en la dogmática. De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados

internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción. (Sentencia C-591/05)

De lo expresado se infieren varias cuestiones. Primero en principal, puede notarse el esfuerzo por desandar los errores cometidos en cuanto a la implementación de un sistema procesal penal acusatorio en los ajustes realizados en la parte orgánica de la Constitución Política, en miras de que las posteriores reformas legislativas no queden desfasadas en relación a la Carta Magna. En este sentido, no es casualidad que la parte dogmática haya quedado incólume, significando el marco jurídico al cual cualquier posterior modificación se debe aferrar. Por ello es que el nuevo sistema penal acusatorio debe erigirse sobre las bases que ofrece el Estado Social y Democrático de Derecho. Esto, muy por el contrario de ser una opinión, descansa en el primer artículo de la Constitución Política, en el cual, instaura un contexto nomológico que no puede ser ignorado.

Así y todo, el artículo 300 de la Ley 906, también conocida como el Código de Procedimiento Penal, expresa:

(...) Captura sin orden judicial. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente órdenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales: 1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia. 25 2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación. En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente (...)

Asimismo, la Corte Constitucional en el año 2005 declaró la inexequibilidad de la ley bajo análisis en Sentencia C-1001. La fundamentación de los magistrados se sostuvo, no sólo en que los dispuesto por la norma era contrario a algunos artículos de la Constitución Política- los artículos 28, 93 y 152- sino en el hecho de que al Fiscal General o su delegado se le imponen pocos requisitos para poder expedir la orden de captura del imputado, mientras que al Juez de Garantías se le solicita, en el artículo 308 de la Ley 906, una serie de exigencias para decretar la debida medida de aseguramiento:



El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Posteriormente, la Ley 1142 del 2007, modifica parcialmente algunas leyes, entre ellas, la 906 en el artículo transcrito en el párrafo anterior. Sin embargo, esto deviene inconstitucional, debido a lo dicho por la ley, en la cual, se establece en su artículo 21 modificadorio del mencionado artículo 300 de la Constitución Política de Colombia, la constituyente plasmó, en el artículo 152, el trámite de la Ley Estatutaria, la cual es reglamentaria los derechos y deberes fundamentales de las personas, y los procedimientos y recursos que hagan mediante tutela. Como en virtud de la Ley 1142, lo que se está regulando es una facultad del Fiscal tendiente a limitar la libertad personal de los imputados, lo cual es un derecho fundamental estatuido en el artículo 28 de la parte dogmática de la Constitución Política, sin dudas el tratamiento pertinente debería hacerse a través de una norma de esas características. Así, finalmente, el artículo 300 quedó dispuesto de la siguiente manera:

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. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 300)

El artículo se encuentra transcrito literalmente, y es que lo subrayado y en negritas tiene importancia interpretativa, ya que lo primero es lo que permanece declarado inexecutable por la Corte Constitucional, y lo segundo ha sido declarado executable condicionalmente en la Sentencia C-185 del 2008, expresando que este nuevo artículo contiene requisitos que el anterior no tenía, dándole de esta manera un alcance distinto al modificado artículo 300. De esta manera, lo expuesto por la Corte, la correcta forma de interpretar el artículo, es que el Fiscal General de la Nación o su delegado, únicamente podrán expedir órdenes de captura escritas de forma excepcional, ya que antes de ello, deben comprobar que realizaron todas las acciones que estaban a su alcance para encontrar al Juez de Control de Garantías. En este sentido, la misma ley 1142 otorga en su artículo 3 ciertas reglas para que siempre haya un Juez de Garantías en el proceso y así los derechos del acusado se encuentren protegidos.

### **Conclusiones**

La Constitución Política define a Colombia en su artículo 1 como un Estado Social de Derecho, y esto básicamente delimita como debe llevarse adelante la política legislativa nacional: en respeto de la justicia social y la dignidad humana y siempre contemplando los estándares internacionales de Derechos Humanos que operan como directrices para dichos objetivos.

Debe entenderse la jerarquía normativa que prevalece en Colombia: la cúspide de la pirámide jurídica está presidida por la Constitución Política, por lo cual lo que el legislador ha declarado como dogmático e invariable, constituye el núcleo de la Constitución y sirve como límite y parámetro para la parte orgánica. Es decir, los derechos, garantías, deberes y principios, contenidos son el verdadero espíritu que debe sostener el ordenamiento jurídico colombiano. A su vez, la misma Carta Fundamental establece

que, los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Colombiano y los de Derechos Humanos, deben contener un orden interno.

Por todo ello, de ninguna manera puede permitirse que una norma de raigambre procedimental, violente derechos fundamentales de los seres humanos. En el caso de estar bajo análisis, durante mucho tiempo en la búsqueda de pruebas y, de una adecuación a las formas a un sistema procesal penal acusatorio, se utilizaron normas que vulneraron el derecho a la libertad personal que determina el artículo 28 de la Constitución Política.

Sin embargo, en la sapiencia pretoriana de una constante indagación legislativa, que como todo se inserta en un contexto socioeconómico y político, se tiñe con el color de la época, el instituto legal bajo cuestionamiento, puesto que la captura excepcional por parte de la Fiscalía General Nacional, se ha ido moldeando para tomar rasgos más excepcionales y menos generales, pudiendo de esta manera enmarcarse en un régimen democrático de derechos.

No obstante, con lo expuesto hasta aquí queda claro que el respeto por los preceptos constitucionales es de primordial observación para que el sistema jurídico funcione como un marco tuitivo de los ciudadanos colombianos, y en ese sentido no puede obviarse la infracción que las leyes 906 de 2004 y 1142 de 2007 hacen al artículo 152 Constitucional, que deja muy claras las reglas del juego: los derechos fundamentales de las personas deben ser regulados mediante las leyes estatutarias y no mediante leyes ordinarias, como es el caso.

En este orden de las cosas, es de imperiosa necesidad que los legisladores encuentren el camino honrando el plexo normativo constitucional, que existe en defensa de la dignidad humana y del Estado de derecho mismo.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

Alexy, R (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

En: Torres, Andrés Felipe (2012) Esquema del derecho fundamental a la libertad. En Revista Iter Ad Veritatem 10. Universidad Santo Tomás. Tunja, recuperado en:  
[revistas.ustatunja.edu.co/index.php](http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php)



Arciniegas, A. (2005) Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio, Ediciones Nueva Jurídica.

[https://bibliotecadigital.ucc.edu.co/permalink/57UCC\\_INST/1ugbc55/alma990001612710204416](https://bibliotecadigital.ucc.edu.co/permalink/57UCC_INST/1ugbc55/alma990001612710204416)

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 4 de julio). Constitución Política de Colombia.

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).

Berbal-Cuellar, J y Montealgre-Linett, E. (2013). El Proceso Penal: Fundamentos Constitucionales y Teoría General. (6ª ed.) Universidad Externado de Colombia.

Bernal, Jaime. y Montealegre E. (1997) El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia.

[https://bibliotecadigital.ucc.edu.co/permalink/57UCC\\_INST/1ugbc55/alma990001219720204416](https://bibliotecadigital.ucc.edu.co/permalink/57UCC_INST/1ugbc55/alma990001219720204416)

Carnelutti, F. (1999). Las miserias del proceso penal. Editorial Temis.

Cea Egaña, J.L. (2004) “*Derecho constitucional chileno II*”, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile.

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. (2002, 19 de diciembre). Acto Legislativo 03. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial.

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.

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 28. 7 de julio de 1991 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 93. 7 de julio de 1991 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 300. 7 de julio de 1991 (Colombia)

Martínez, C. (2006) Procedimiento Penal Colombiano. Sistema Penal Acusatorio. Décimo Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá.





- Meneses, C. (2014) Sobre la vigencia de la denominada “Captura administrativa” en el ordenamiento jurídico Colombiano”. *Advocatus*. Volumen 11N°23:133-147. Universidad Libre seccional Barranquilla.
- Moreno, J. Á. B. (2006). Privación de la libertad en el sistema penal acusatorio: carácter excepcional. *Revista Jurídica Piélagus*, 5, 79-90.
- Prato, L. (2016) La Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad en Colombia. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá D.C. Consultada el 28 de octubre de 2016. Recuperada de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11505/tesis>
- Ramírez, Y. (2005). Sistema Acusatorio Colombiano. Vicepresidente Corte Suprema de Justicia.
- Robayo, F. (2013) La Detención Preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada. Tesis Maestría en procesal penal.
- Robayo, F. (2013) La Detención Preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada. Tesis Maestría en procesal penal.
- Sebastián Bastidas-Zárate, J. (2021). La captura excepcional por orden de la Fiscalía desde la perspectiva del Sistema Penal Acusatorio. *Investigium IRE: Ciencias Sociales y Humanas*, 12(2).
- Torres, Andrés Felipe (2012) Esquema del derecho fundamental a la libertad. En *Revista Iter Ad Veritatem* 10. Universidad Santo Tomás. Tunja. Recuperado en: [revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/554/374](http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/554/374)
- 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>
- TRUJILLO, D., & Restrepo, J. F. (2023). Condiciones normativas de procedencia excepcional de privación de libertad individual en Colombia. *Revista de Derecho*, (59), 105-122.
- Velásquez, F. (2002) Manual de Derecho Penal, parte general. 5ª ed. Bogotá, Temis.
- Vélez, L. (2012) Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y ciencias Políticas.



Zaffaroni, E. & Zuluaga, J (2015). De los motivos fundados para la afectación de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Colombiano. Revista de Derecho Penal y Criminología. Thomson Reuters. La Ley. Bogotá D.C. Consultada el 04 de noviembre de 2016. Recuperada de: <https://www.academia.ed>

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>.

