

# El juez de control de garantías y la reserva judicial en actuaciones que no requieren autorización previa según la Ley 906 de 2004

■ ***The supervisory judge and judicial confidentiality in proceedings that do not require prior authorisation under Law 906 of 2004***

■ ***O juiz supervisor e o sigilo judicial em procedimentos que não exigem autorização prévia nos termos da Lei 906 de 2004***

• Fecha de recepción: 2023/09/25  
• Fecha de evaluación: 2024/02/13  
• Fecha de aprobación: 2024/02/27

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:** Ramírez, D. y Paniagua, A. (2024). El juez de control de garantías y la reserva judicial en actuaciones que no requieren autorización previa según la Ley 906 de 2004, *Revista Criminalidad*, 66(1), 129-144. <https://doi.org/10.47741/17943108.565>

## Diana María Ramírez Carvajal

Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia  
Profesora e investigadora,  
Universidad de Medellín,  
Medellín, Colombia  
radiana2113@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0001-7833-1393>

## Alexander Paniagua Galeano

Magíster en Derecho Penal  
Egresado Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo  
Defensor senior Defensoría Militar  
Profesor e investigador,  
Universidad Cooperativa de Colombia,  
Medellín, Colombia  
alexander.paniaguag@campusucc.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0003-4310-9068>

## Resumen

En el desarrollo de la indagación e investigación del proceso penal previsto en la Ley 906 de 2004 se crearon medios de prueba que afectan derechos fundamentales como la libertad, la vida, el buen nombre, la entidad, la propiedad privada, la libre locomoción, entre otros. La aplicación de tales medios puede ser ordenada por la Fiscalía General de la Nación *sin control legal previo de un juez de control de garantías*. Así, esta investigación parte del interrogante: ¿Debería ser necesario el control previo del juez de garantías en los actos de indagación e investigación previstos en la Ley 906 de 2004? El presente artículo dará una respuesta clara y contundente, utilizando un método jurídico-cualitativo de interpretación mediante el cual se estudiará y reconocerá la necesidad del control previo del juez en actos como los del libro II (técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio), título I (la indagación y la investigación). Además, se analizará y justificará la necesidad de la intervención del juez para medios como el allanamiento y registro, la retención de correspondencia, la interceptación de comunicaciones, la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos similares, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, los agentes encubiertos y la entrega vigilada e incautación de bienes con fines de comiso. Esto porque en la gran mayoría de esas actuaciones, en la práctica judicial de los procesos penales, se evidencian excesos e incluso ilegalidades de la Policía Judicial y la Fiscalía. Para ello se estudiarán el principio de reserva judicial y el nuevo concepto de juez en el proceso penal, tal y como es entendido por la ONU: una garantía procesal para ponderar los derechos confrontados. Se tendrá en cuenta, en ese sentido, que en el modelo de Estado constitucional colombiano la limitación o restricción de garantías fundamentales debe ser proporcional y razonable frente al fin de la investigación. De igual forma se propone, en el ámbito legislativo, la modificación y creación de un capítulo único de actuaciones que requieran autorización judicial para su realización por parte de la Fiscalía General de la Nación.

## Palabras clave:

Juez, control, penal, derecho, debido proceso (fuente: autores).

## Abstract

In the development of the enquiry and investigation of criminal proceedings under Law 906 of 2004, means of evidence were created that affect fundamental rights such as freedom, life, good name, entity, private property, and freedom of movement, among others. The application of such means can be ordered by the Attorney General's Office without prior legal control by a supervisory judge. Thus, this research is based on the question: Should prior control by the judge of guarantees be necessary in the acts of enquiry and investigation provided for in Law 906 of 2004? This article will give a clear and convincing answer, using a legal-qualitative method of interpretation through which the need for prior control by the judge in acts such as those in Book II (investigation techniques and investigation of evidence and the evidential system), Title I (the investigation and the investigation) will be studied and recognised. In addition, the need for the judge's intervention will be analysed and justified for means such as search and seizure, the retention of correspondence, the interception of communications, the recovery of information left behind when surfing the internet or other similar technological means, the surveillance and monitoring of persons, the surveillance of things, undercover agents and the controlled delivery and seizure of goods for confiscation purposes. This is because in the vast majority of these actions, in the judicial practice of criminal proceedings, there is evidence of excesses and even illegalities by the Judicial Police and the Prosecutor's Office. To this end, the principle of judicial reserve and the new concept of the judge in criminal proceedings, as understood by the UN, will be studied: a procedural guarantee for weighing up conflicting rights. In this sense, it will be taken into account that in the Colombian constitutional state model, the limitation or restriction of fundamental guarantees must be proportional and reasonable in relation to the purpose of the investigation. Similarly, it is proposed, in the legislative sphere, the modification and creation of a single chapter on actions that require judicial authorisation to be carried out by the Attorney General's Office.

### Keywords:

Judge, control, criminal, law, due process (source: authors).

## Resumo

No desenvolvimento do inquérito e da investigação dos processos penais previstos na Lei 906 de 2004, foram criados meios de prova que afetam direitos fundamentais como a liberdade, a vida, o bom nome, a entidade, a propriedade privada e a liberdade de locomoção, entre outros. A aplicação de tais meios pode ser ordenada pelo Ministério Público sem o prévio controle legal de um juiz supervisor. Assim, esta pesquisa se baseia na pergunta: Deve ser necessário o controle prévio do juiz de garantias nos atos de inquérito e investigação previstos na Lei 906 de 2004? Este artigo dará uma resposta clara e convincente, utilizando-se de um método jurídico-qualitativo de interpretação, por meio do qual será estudada e reconhecida a necessidade de controle prévio pelo juiz em atos como os do Livro II (técnicas de investigação e apuração de provas e sistema probatório), Título I (o inquérito e a investigação). Além disso, será analisada e justificada a necessidade

da intervenção do juiz para meios como a busca e apreensão, a retenção de correspondência, a interceptação de comunicações, a recuperação de informações deixadas durante a navegação na Internet ou outros meios tecnológicos similares, a vigilância e o monitoramento de pessoas, a vigilância de coisas, os agentes infiltrados e a entrega controlada e a apreensão de bens para fins de confisco. Isso porque, na grande maioria dessas ações, na prática judicial do processo penal, há indícios de excessos e até ilegalidades por parte da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Para tanto, estudaremos o princípio da reserva jurisdicional e o novo conceito de juiz no processo penal, conforme entendimento da ONU: uma garantia processual de ponderação dos direitos em conflito. Nesse sentido, será levado em conta que, no modelo de Estado constitucional colombiano, a limitação ou restrição das garantias fundamentais deve ser proporcional e razoável em relação à finalidade da investigação. Da mesma forma, propõe-se, no âmbito legislativo, a modificação e a criação de um capítulo único de ações que requerem autorização judicial para sua execução pelo Ministério Público.

**Palavras-chave:**

Juiz, controle, penal, direito, devido processo legal (fonte: autores).

## Introducción

La nueva concepción de *juez* como una garantía procesal dentro de la fase penal de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) sería suficiente para proteger los derechos fundamentales de los investigados en la etapa de indagación e investigación. El juez ha sido concebido de manera histórica como un tercero ajeno e imparcial al conflicto de intereses al cual es convocado. Aunque la palabra *juez* se utiliza en el idioma corriente para denominar a personas que realizan distintas actividades, técnicamente solo se refiere al funcionario que integra el poder judicial y cuya misión específica es procesar y resolver los litigios presentados a su conocimiento (Alvarado, 2015).

Dicho lo anterior, en este estudio se aborda la nueva visión del juez en el proceso penal mediante el desarrollo de los postulados incorporados en el sistema acusatorio mixto con tendencia acusatoria. Especialmente se revisa la intervención del juez de control de garantías (en adelante, JCG) en la etapa de indagación e investigación en aquellas actuaciones que no requieren control previo de legalidad. En este sentido, este estudio se justifica por la intervención del poder punitivo del Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación (FGN), para limitar derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre y la propiedad, entre otros, así como

las garantías procesales, como el debido proceso, la defensa y la contradicción. Ni estas ni aquellos pueden ser garantizados en un control posterior de legalidad formal-material puesto que, en desarrollo de las actuaciones 6 a 14 referidas en la tabla 1, lo esencial para el legislador es la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida.

No obstante, la facultad concedida por la propia Constitución Política a la FGN para realizar actos de indagación e investigación sin autorización de un juez con funciones de control de garantías ha generado en la práctica errores judiciales y vulneración de derechos y garantías fundamentales a las partes, en especial a la más débil, el investigado, imputado o acusado: se allanan inmuebles con direcciones diferentes o similares a las ordenadas por la Fiscalía; se interceptan comunicaciones no solo de los números ordenados en el programa metodológico, sino de aquellos involucrados durante la actividad investigativa y que ni siquiera han pasado por el racero del fiscal que dirige la investigación; se obtienen órdenes de seguimiento de personas con falsa motivación respecto de la identificación de posibles investigados —como en el caso de la Casa de Nariño (Gobierno de Colombia), en el que presuntamente se

emitió una orden ilegal de la Fiscalía para investigar a una empleada del servicio doméstico por la pérdida de una suma cuantiosa de dinero—. Actuaciones como las anteriores suelen involucrar de manera directa a personas del Cuerpo Técnico de Investigación Judicial e incluso agentes de policía que cumplen funciones de policía judicial (SIJÍN).

La actuación del juez en los Estados constitucionales ya no se limita a la aplicación de la ley de manera exegética. En su proceso evolutivo ha terminado por concebirse la función judicial como garantía y núcleo de la institucionalidad de la democracia. Así pues, “a la luz del llamado nuevo derecho, que se abre desde hace algún tiempo en el escenario nacional, el funcionario más poderoso que presenta el Estado social, democrático y de derecho, no es otro que el juez” (Castaño, 2010, p. 208). Entre las funciones específicas de este en el proceso penal se encuentran evitar maniobras dilatorias, ejercer poderes disciplinarios, corregir actos irregulares, motivar las decisiones que afecten derechos fundamentales, decidir controversias que se susciten en el desarrollo de las audiencias y garantizar el cumplimiento de las normas y el respeto por las garantías y derechos de las partes e intervinientes.

De ahí la inspiradora novedad del legislador colombiano de crear la intervención de dos jueces en un proceso penal acusatorio mixto: el JCG (juez promiscuo penal, juez penal municipal, sala penal del tribunal de distrito) y el juez penal con funciones de conocimiento (juez promiscuo municipal, juez penal del circuito, juez penal del circuito especializado, sala penal del tribunal de distrito) para salvaguardar los derechos fundamentales y las garantías procesales de las partes e intervinientes. Así lo prevé nuestro tribunal constitucional:

El juez de control de garantías es una institución que hace parte de la estructura básica de acusación y juzgamiento y tiene aplicación en los procesos penales como ámbitos de ejercicio del poder punitivo del Estado. Su función es muy importante, pues está encargado de velar por el respeto de las garantías constitucionales y legales que les asisten a los destinatarios de la acción penal y de controlar los abusos en que pueda incurrir la Fiscalía General de la Nación en su ejercicio (Sentencia C-740, 2003, p. 10).

Por otro lado, las nuevas funciones del JCG en el sistema penal con tendencia acusatoria lo establecen como alguien

con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control

posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad (Sentencia C-591, 2005, pp. 26-27).

El sistema penal acusatorio implementó un capítulo novedoso de medios de indagación e investigación, que describe actuaciones como entrevistas forenses a niños y niñas, inspección al lugar de los hechos, aseguramiento y custodia y exhumación (solo requieren orden del fiscal). También están aquellas que no necesitan autorización judicial previa (son el objeto central de análisis en el presente artículo), pero sí una revisión denominada *control posterior* (Ley 906, 2004, art. 237): (i) el allanamiento y registro, (ii) la retención de correspondencia, (iii) la interceptación de comunicaciones, (iv) la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos similares, (v) la vigilancia y seguimiento de personas, (vi) la vigilancia de cosas, (vii) los agentes encubiertos, (viii) la entrega vigilada y (ix) la incautación de bienes con fines de comiso. Finalmente, están las actuaciones que requieren autorización judicial previa y control de legalidad posterior: registro personal, exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado y procedimientos en casos de lesionados víctimas de agresiones sexuales.

Así, el concepto de JCG, en la órbita constitucional y legal, tiene un desarrollo encaminado a la función innovadora del juez en el proceso penal y se concibe como una garantía procesal para velar por los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en materia de indagación e investigación. En este orden de ideas, es posible afirmar que no es suficiente dicha concepción en actos de indagación e investigación que realice la

FGN como órgano jurisdiccional (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 116), pues en el mismo sentido existen actuaciones que requieren autorización previa con la única justificación normativa de la afectación de derechos y garantías fundamentales, como la inspección corporal, el registro personal, la obtención de muestras que involucran al imputado, entre otras. En la mayoría de los casos dichas actuaciones involucran los mismos derechos y garantías fundamentales: la intimidad, el buen nombre, la libre locomoción, el domicilio, la dignidad humana, etc.

## Método

Esta investigación responde a un estudio de tipo jurídico ya que se parte del análisis de artículos del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Pero también se busca, mediante el análisis cualitativo de normas, jurisprudencia, artículos especializados e instituciones jurídicas, recolectar información suficiente y necesaria para argumentar de manera clara y concreta a favor

de la competencia exclusiva del Juez de control de garantías en los actos de indagación e investigación que involucran derechos y garantías fundamentales.

## Marco teórico

### Técnicas de indagación e investigación en la Ley 906 de 2004

El sistema procesal penal con tendencia acusatoria incorporó en su andamiaje nuevas técnicas y medios de indagación e investigación con el fin de utilizar herramientas científicas y tecnológicas y maximizar los tiempos en el recaudo de medios cognoscitivos, como elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida (Ley 906, 2004, art. 275). Con ello se asignaron nuevas funciones constitucionales y legales a la FGN. Asimismo, se elaboraron actuaciones con los tres criterios constitucionales y legales señalados en el encabezado de la tabla 1.

**Tabla 1.** | Actuaciones creadas por la Ley 906 de 2004

N.º	Actuaciones	Actuaciones que no requieren autorización judicial previa ni posterior del JCG	Actuaciones que no requieren autorización judicial previa, pero sí posterior del JCG	Actuaciones que requieren autorización judicial previa y posterior del JCG
1	Entrevistas	X		
2	Entrevistas forenses a niños y niñas	X		
3	Inspección al lugar de los hechos	X		
4	Aseguramiento y custodia	X		
5	Exhumación	X		
6	Allanamiento y registro		X	
7	Retención de correspondencia		X	
8	Interceptación de comunicaciones		X	
9	Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos similares		X	
10	Vigilancia y seguimiento de personas		X	
11	Vigilancia de cosas		X	
12	Agentes encubiertos		X	
13	Entrega vigilada		X	
14	Incautación de bienes con fines de comiso		X	
15	Búsqueda selectiva en bases de datos			X

Las anteriores actuaciones permiten al sistema acusatorio fortalecer los medios de prueba y, dada la evolución contemporánea del proceso penal, garantizar durante la investigación los medios idóneos y efectivos para establecer con mayor precisión y eficacia la responsabilidad de los autores, coautores o partícipes y la existencia real de los hechos. Asimismo, dichas actuaciones pueden adelantarse conforme al artículo 116 de la Constitución, que señala a la FGN como órgano que administra justicia. Igualmente esta las puede usar en el desarrollo del programa metodológico de su investigación con el fin de recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por su policía judicial. Por tanto, para asegurar los derechos fundamentales y las garantías procesales, se creó la autorización judicial previa y se estableció una cláusula general, así:

Las actividades que adelante la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente. La policía judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente (Ley 906, 2004, art. 246).

Lo anterior conlleva enfrentar las siguientes interrogantes: ¿Acaso las actuaciones que no requieren autorización judicial previa, pero sí posterior, del JCG no afectan los derechos fundamentales y las garantías procesales? ¿La voluntad del legislador es la recolección de medios cognoscitivos en la investigación penal a costa de los derechos fundamentales y las garantías procesales de las partes e intervinientes?

Por una parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la Constitución presenta dos excepciones al régimen de estricta reserva judicial: (i) libertad personal e inviolabilidad del domicilio con fundamento en el concepto de urgencia referido a la captura en flagrancia y (ii) cuando una persona se resiste a ser capturada (si cuenta con orden judicial) y se refugia en un domicilio (Sentencia C-366, 2014). Por otra, la misma Constitución, interpretada por la propia Corte Constitucional, ha determinado la necesidad de control previo por el JCG en los actos de indagación o investigación que adelante la FGN (Sentencia C-336 de 2007, por ejemplo).

Dicho lo anterior, a partir de las reglas constitucionales y jurisprudenciales se puede afirmar que todas aquellas medidas investigativas tomadas por la FGN que afecten derechos fundamentales requieren control previo de legalidad por parte del JCG. Por lo anterior, al existir una clasificación meramente normativa e incluso inconulta del legislador, es necesario que esta máxima se extienda a todas y cada una de las actuaciones que involucren la afectación de derechos fundamentales en el proceso. Pero el artículo 250, numeral 2, de la Constitución habilita a la FGN para realizar actuaciones que permitan desplegar el poder punitivo del Estado —como registros de allanamiento, incautaciones e interceptación de comunicaciones— con la única exigencia de un control posterior del JCG, dentro de las 36 horas posteriores a la ejecución de la actuación.

Sumado a lo anterior, el numeral 3 del mismo artículo señala que corresponde a la FGN asegurar los elementos materiales probatorios y garantizar la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. Advierte además que, en caso de necesitarse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá requerirse la respectiva autorización al juez. La Corte Constitucional agrega que “el carácter *previo* del control judicial [...] deriva del reforzamiento que en el sistema de investigación penal de tendencia acusatoria se imprimió al principio de reserva judicial de las intervenciones que afectan derechos fundamentales” (Sentencia C-336, 2007, pp. 13-14. Énfasis en el original).

### **Evolución contemporánea del juez en el proceso penal**

La tendencia del nuevo derecho penal, que evoluciona de la mano de los Estados constitucionales modernos, ha permitido concebir al juez ya no como un tercero imparcial, sino como aquel que tiene el poder de asegurar los derechos fundamentales y las garantías procesales de las personas investigadas (indiciado, imputado, acusado, condenado). Lo anterior se soporta en el derecho procesal contemporáneo, fuente inagotable de nuevas categorías conceptuales evolucionadas que permiten el desarrollo eficaz y oportuno del litigio. Esta nueva visión del juez en materia penal posibilita de manera dúctil y eficaz intervenir desde el inicio de las indagaciones e investigaciones, y así velar por el cumplimiento de términos, causales de libertad, debida utilización de los medios de prueba tecnológicos, limitación razonable y proporcional de derechos y garantías fundamentales, entre otros fines novedosos.

El derecho procesal no es un subsistema del sistema de garantías, que actúa con autonomía y sustantividad propias. Sobre esto, Arroyo Mena (citado en Lorca, 2003, p. 533) ofrece una definición instrumental de dicho concepto, que es propia de un subsistema carente de autonomía:

El derecho procesal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo. De ahí que también el derecho procesal sea el derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad.

La función de control de garantías fue creada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002. Al respecto, en desarrollo de su actividad el JCG podrá ejercer un control previo sobre las medidas restrictivas de la libertad individual y llevar a cabo un control posterior sobre medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones (Sentencia C-591, 2005, p. 5, ítems iii y iv). De igual forma, el alto tribunal, mediante Sentencia C-591 de 2005, afirma que el JCG cuando realice los controles previos y posteriores deberá ponderar entre el interés legítimo del Estado y la sociedad.

Escudero de la Constitución Política, el nuevo rol del JCG puede ser interpretado en sí mismo como una garantía para todos aquellos actos de indagación e investigación puesto que en cada uno de estos existe una discusión sobre la limitación o restricción de derechos fundamentales y garantías procesales de las personas investigadas en el proceso penal. Además, es necesario que el propio Estado pueda velar por los posibles excesos del poder punitivo de la FGN en aquellas actuaciones en las que existe discusión sobre la limitación de los derechos fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la defensa, el debido proceso y las garantías procesales (doble instancia, juez natural, legalidad, imparcialidad y defensa), entre otros. Lo anterior en desarrollo de la función de control de garantías en el proceso penal colombiano.

En este contexto, la institución del JCG en la estructura del proceso penal es necesaria, constitucional y legalmente esperada por el objeto del proceso penal, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales, y en particular si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta

competencia los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.

Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella. Lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento, efectos estos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso (Sentencia C-1092, 2003, p. 41).

Finalmente, tanto la doctrina como la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional han forjado de manera unánime el nuevo concepto del JCG, que no es equiparable con la función judicial de la FGN, según lo dispuesto en el artículo 116 constitucional. En este sentido, la regla general de las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, que está en el artículo 246 de la Ley 906 de 2004, señala que las actividades realizadas por la policía judicial en el desarrollo del programa metodológico que impliquen afectaciones a derechos fundamentales únicamente se podrán ejecutar con autorización de un juez.

## Resultados

### El principio de reserva judicial: un camino a la protección constitucional del JCG

Como señala González (1992), gracias a las características del Estado democrático de derecho, que se fundó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los derechos de los ciudadanos se incorporaron a la Constitución Política. En igual medida, se creó la tridivisión de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y se asignaron a cada uno de estos, respectivamente, actividades propias como legislar o crear normas, ejecutar o desarrollar toda la política pública e investigar y juzgar los actos en contra de las normas legalmente constituidas. De igual forma, se estableció que los derechos fundamentales ocupan el primer lugar de importancia en ese tipo de Estado.

Desde entonces ha sido característica de los Estados democráticos la tridivisión de las ramas del poder, con controles mutuos, a fin de poner diques a los abusos de los gobernantes. Por ello, el artículo 16 de la citada Declaración, en fórmula precisa, estableció que “Toda

sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución” (González, 1992, p. 92). La herramienta que protege los derechos fundamentales y las garantías procesales en este tipo de actuaciones de investigación e indagación en el proceso penal se conoce como *reserva judicial*. Esta es la función propia de los jueces que garantiza la independencia e imparcialidad y respeta la división o tridivisión de poderes del Estado social de derecho que incorporó la Constitución Política de 1991. Dicho principio ha sido inicialmente tratado por la jurisprudencia en materia de libertad.

No puede perderse de vista que la reserva judicial en esta materia tiene un sustento en el principio de separación de funciones (Constitución, 1991, art. 113). En efecto, la Constitución establece, en primer lugar, que el legislador es quien debe definir previamente en abstracto los motivos y el procedimiento indicado para privar a una persona de su libertad (arts. 28, 29 y 150 n.os 1 y 2). En segundo lugar, consagra una reserva judicial como regla general para juzgar cuándo se dan las hipótesis que ha previsto la ley a fin de aplicar la medida de privación de la libertad que allí se consagra (arts. 28, 29, 32 y 250). Finalmente, instaura una rama Ejecutiva, cuyo jefe y suprema autoridad administrativa es el presidente de la República, de la cual forman parte la Policía Nacional (arts. 188, n.º 3; 216 y 218) y el Inpec (Ley 65, 1993, art. 15). Entre sus deberes se encuentra

obedecer las leyes, velar por su estricto cumplimiento y, de acuerdo con la ley, ejecutar las penas y medidas impuestas debidamente por la autoridad judicial competente. Como señala la Sentencia C-411 de 2015:

Esto permite advertir que la facultad prevista en la norma acusada no viola tampoco el fundamento de la reserva judicial, pues la separación de funciones queda intacta, en la medida en que al funcionario pertinente del Inpec y de la Policía Nacional no se les da otra atribución que la de ejecutar las decisiones judiciales que inicialmente imponen la detención o pena de prisión domiciliarias.

Adicional a lo anterior, como refiere Tortolero (2006, p. 227), el principio de separación de poderes pretende que las decisiones de los actores políticos se tomen lo más adecuadamente posible. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial los sistemas normativos europeos se estructuraron de tal manera que su organización, integración, funciones y procedimientos fueran lo más apegadas a esta intención.

La Corte Constitucional ha realizado un recuento histórico del principio de reserva judicial asociado al concepto de JCG en el sistema penal acusatorio, en especial en el tema de libertad y en materia de indagación e investigación en el proceso penal, que se resume en la tabla 2.

**Tabla 2. | Jurisprudencia del principio de reserva judicial en materia penal.**

Sentencia	Reseña
C-342/17 (M. P. Alberto Rojas Ríos)	La reserva judicial es una garantía constitucional, en virtud de la cual las afectaciones o privaciones de la libertad personal o las afectaciones de la inviolabilidad del domicilio solo pueden acontecer o ser adelantadas, en virtud de orden escrita de autoridad judicial competente. En sentido contrario, si funcionarios administrativos o de las fuerzas armadas adelantan tales medidas sin la orden judicial, el procedimiento es inconstitucional y violatorio del debido proceso. A esta garantía también se la llama “reserva de la primera palabra” o “reserva absoluta de jurisdicción” y opera “cuando, en ciertas materias, compete al juez no sólo la última y decisiva palabra sino también la primera palabra referente a la definición del derecho aplicable a las relaciones jurídicas. Es decir, que hay ciertos asuntos sobre los cuales sólo se pueden pronunciar los tribunales”. Esto resulta decisivo respecto del tipo de decisiones que toman los jueces al ejercer el derecho punitivo pues en tales casos, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, el juez no solamente debe operar como instrumento de defensa y garantía de los derechos de la víctima del delito y de la sociedad mayoritaria, sino también de los derechos del delincuente
C-237/05 (M. P. Jaime Araújo Rentería)	Al permitir la norma demandada la captura de una persona por el incumplimiento de una orden de comparendo, que no es cosa diferente que una orden administrativa emitida por la Policía Nacional, se vulnera el principio de reserva judicial establecido en el art. 28 constitucional, el cual pregona como requisito para limitar la libertad personal la orden de una autoridad judicial competente. Pues bien, la captura establecida en el inciso 2.º del art.69 del Decreto-Ley 1355 de 1970 no está aparejada con la flagrancia. En consecuencia, la captura no tiene como justificación la flagrancia. La aprehensión señalada en la norma se produce: (i) tiempo después de que la persona ha sido sorprendida en flagrancia, no teniendo como razón de ser esta; (ii) su justificación radica en el incumplimiento de una orden administrativa. En consecuencia, la persona luego de ser aprehendida en flagrancia recupera su libertad para posteriormente ser capturada si incumple la orden de comparendo. Situación anterior, que configura una clara negación de la flagrancia, por cuanto la captura no se produce al momento de estarse cometiendo la infracción, sino estando la persona en uso de su derecho fundamental de libertad, tiempo posterior a la actividad flagrante

(Continúa)

Sentencia	Reseña
<b>C-730/05</b> <b>(M. P. Álvaro Tafur Galvis)</b>	<p>Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías. Destaca así que una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no solo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales. Es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad</p>
<b>C-879/11</b> <b>(M. P. Humberto Antonio Sierra Porto)</b>	<p><i>Reserva judicial de la primera palabra.</i> Excepciones que señala la Constitución Política cuando se trata de medidas que afecten la libertad personal o física</p>
<b>C-881/14</b> <b>(M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)</b>	<p>La medida de vigilancia y seguimiento es proporcional por los siguientes motivos: (i) es idónea para alcanzar el fin de recaudar información sobre la comisión de la conducta punible; (ii) constituye un medio mucho menos restrictivo para la obtención de pruebas que otros como el allanamiento, el registro y la interceptación de comunicaciones; (iii) es proporcional en sentido estricto pues no solamente no afecta el núcleo esencial del derecho a la intimidad, sino que también está sujeta a una serie de controles y restricciones (la decisión debe ser motivada de manera razonable; debe estar fundada en medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal; está limitada en el tiempo pues si en el lapso de un año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos; requiere autorización del JCG para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden y, vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación, el fiscal comparecerá ante el JCG para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado)</p>
<b>C-014/18</b> <b>(M. P. Diana Fajardo Rivera)</b>	<p>Se trata de un derecho que admite privaciones y limitaciones temporales principalmente en el marco de las investigaciones penales, con arreglo a estrictas exigencias previas y por razones de ascendencia constitucional. Por lo que aquí interesa, del artículo 15 C. P. se derivan dos límites formales al empleo de las medidas que comporten restricciones a la intimidad personal en cualquiera de sus formas. De un lado, se encuentra la reserva legal en la creación de tales procedimientos y, del otro, la reserva judicial en la emisión de órdenes que dispongan su práctica. La reserva de ley implica que las hipótesis y requisitos de la intervención en la intimidad compete definirlos exclusivamente al legislador, como garantía de seguridad de los ciudadanos, que les permite conocer previamente las condiciones en las cuales pueden ser objeto de afectaciones en su derecho. Esta garantía es, además de una atribución constitucional o poder jurídico exclusivamente radicado en dicha autoridad, una salvaguarda para el ciudadano, no solo por la publicidad que asegura, sino porque el Congreso no puede delegar en otro órgano o rama del poder público la fijación de los motivos y presupuestos bajo los cuales procede la imposición de tales medidas. Por su parte, la reserva judicial de las injerencias a la intimidad en desarrollo de las investigaciones penales es una de las garantías más importantes en la tradición liberal del derecho penal. La intimidad, la privacidad y vida reservada de las personas solo pueden sufrir intromisiones, según el artículo 15 C. P., en virtud de órdenes emitidas por autoridades judiciales, no por otros funcionarios u órganos del Estado. En los jueces reside la competencia para decretar restricciones a la correspondencia y a las comunicaciones privadas, en los supuestos y conforme a las exigencias establecidas por el legislador</p>
<b>C-025/09</b> <b>(M. P. Rodrigo Escobar Gil)</b>	<p>Es claro que cuando las diligencias se practican después de formulada la imputación, el imputado y su defensa pueden participar en la audiencia de control de legalidad si lo desean, para realizar el contradictorio. Pero cuando estas se llevan a cabo antes de formulada la imputación, durante la indagación preliminar, las normas correspondientes permiten dos interpretaciones posibles respecto de la presencia en la audiencia del implicado y su defensor. Una primera interpretación excluyente que llevaría a entender que en dicha audiencia no se permite la participación del implicado y su defensor cuando se practica durante la etapa de indagación, la que resulta inconstitucional pues no existe justificación válida para que se limiten los derechos a la defensa y a la igualdad en la etapa de indagación. Y una segunda interpretación incluyente en sentido opuesto a la anterior, es decir, que sí es posible la participación del implicado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad posterior, cuando esta tiene lugar en la etapa de la indagación, que se ajusta plenamente a la Carta en la medida en que, acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa del investigado durante la etapa de indagación y, concretamente, su participación en la audiencia de revisión posterior que sobre las diligencias contenidas en las normas demandadas se lleva a cabo ante el juez de control de garantías</p>

(Continúa)

Sentencia	Reseña
C-334 de 2010 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez)	Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es claro que los Estados pueden adelantar actuaciones que supongan afectación o injerencia en ámbitos de libertad o de derecho protegidos. Sin embargo, tales actuaciones, aunque no siempre deben estar respaldadas por orden de autoridad judicial, en todo caso sí deben ser reguladas por la ley, de modo tal que solo puedan desplegarse cuando sea necesario, no implique una afectación ilegítima de otros derechos, se corresponda con las formas y exigencias propias de una sociedad democrática cuyo <i>animus vivendi</i> se encuentra en la preservación de los derechos de los individuos y grupos que la integran

Este ordenamiento del Estado responde a la búsqueda de la eficacia y a la división del trabajo o las labores. Además, busca una exclusividad de funciones que es cada vez más difícil de sostener (Tortolero, 2006). Igualmente, ha posibilitado la interacción entre diversos campos, en aplicación del constitucionalismo contemporáneo, y ha autorizado a los jueces una interpretación creativa en el marco constitucional con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales y las garantías procesales. Sobre esto explica Tortolero (2006) que, ante la dificultad de diseñar una serie de reglas que establezcan con claridad los alcances de esta flexibilización de los principios, los teóricos del derecho se han dado a la tarea de crear principios explicativos, aunque no normativos, que justifiquen la intervención de los tribunales en la solución de conflictos de carácter político. En este sentido, la llamada *doctrina de las cuestiones políticas* (*political question doctrine*) ha representado un intento, aunque inacabado, de ofrecer una herramienta para explicar la intervención de la Corte Suprema de Estados Unidos en el espacio de los poderes propiamente políticos. Según esta construcción (de carácter más didáctico que epistemológico), la confrontación entre el juez constitucional y el legislador se plantea en términos de una “dificultad contramayoritaria”. Fue así como los teóricos norteamericanos elaboraron una fórmula que pretendía, si no ofrecer soluciones definitivas a las tensiones entre los poderes, al menos servir como elemento de análisis que ayudara a encontrar nuevas explicaciones ante el reposicionamiento de la función jurisdiccional.

El principio de reserva judicial ha sido relativizado en el sistema penal, como bien lo señala Zuluaga

Taborda (2014), siendo necesario crear unas bases mínimas de interpretación constitucional que el JCG debe analizar y sopesar en los actos de indagación e investigación como regla general, sin importar si el control es previo o posterior, procurando la ponderación de los derechos fundamentales y su protección mediante las garantías procesales.

Este principio de reserva —freno al despotismo, control de la tiranía y los abusos del poder estatal— ha regido desde hace siglos el mundo de la juridicidad. Y tanta ha sido su significación como derrotero en la civilización jurídica de los pueblos, que distintas corrientes filosóficas y escuelas del derecho penal lo han declarado su aliado, cuando no han reclamado para sí su paternidad. Unos al sostener que encuentra su origen en el *Digesto*, otros que en la *Carta Magna* de Juan sin Tierra, o que proviene del pensamiento roussoniano o del iluminismo, con Beccaria. Pero la más acertada investigación histórica se lo atribuye a Feuerbach en Alemania (Londoño, 1981, p. 275).

Es importante señalar que sobre la reserva judicial ha existido precedente constitucional en diversos temas que no son de índole penal o procesal penal, pero que sí restringían en gran medida derechos y garantías fundamentales. Sobre la justificación del principio de reserva legal, Caamaño (2022, p. 16) afirma que se resucitan argumentos atávicos acerca del control gubernamental de la Fiscalía y se invoca, sin más soporte que la defensa del *statu quo*, la independencia del juez de instrucción, como si esta fuese garantía suficiente para asegurar la imprescindible imparcialidad que el juez ha de tener frente a la investigación de hechos penalmente relevantes, en la que se pueden constreñir derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía.

**Tabla 2.** | Precedentes constitucionales de temas que restringían derechos y garantías fundamentales

Sentencia	Reseña
C-295/96	La Corte examinó la constitucionalidad del Decreto 717 de 1996, cuyo artículo 8.º confería a los gobernadores la facultad de sancionar las infracciones con multas convertibles en penas de arresto. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la facultad del gobernador de imponer sanciones de arresto. Al respecto, expresó que la excepción temporal contemplada en el artículo 28 transitorio constitucional solamente era aplicable a los inspectores de policía

(Continúa)

Sentencia	Reseña
C-364/96	Se advirtió que con la Ley 228 de 1995 había cesado el régimen de transición contemplado en el artículo 28 transitorio de la Constitución, que permitía que las autoridades de policía pudieran continuar conociendo sobre los hechos punibles sancionados con medidas de arresto. Por lo anterior, a partir de esa providencia se declaró la inconstitucionalidad de normas que autorizaban la imposición de la pena de arresto o la privación de la libertad por parte de autoridades administrativas, por ser violatorias de la reserva judicial en materia de libertad contenida en el artículo 28 de la Constitución
C-199/98	Se declaró la inexequibilidad del primer inciso del artículo 207 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), en el cual se autorizaba a los comandantes de estación y de subestación de policía a retener en el comando al que irrespetare, amenazare o provocara a los agentes de policía en el desarrollo de sus funciones
C-189/99	Se declaró la inexequibilidad de sendas expresiones contenidas en el numeral 9.º del artículo 158 y en el artículo 182 del Decreto 1809 de 1990, “por el cual se introducen reformas al Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 del 4 de agosto de 1970)”. La primera expresión autorizaba a las autoridades de policía para ordenar el arresto de las personas que condujeran un vehículo en estado de embriaguez o bajo efectos de sustancias alucinógenas, y la segunda incluía el arresto dentro de las sanciones imponibles por incurrir en faltas contra las disposiciones del Código
C-530/03	Se declaró la inconstitucionalidad de una expresión del artículo 133 del Código Nacional de Tránsito y Transporte (Ley 769 de 2002), la cual establecía la imposición de pena de arresto a los peatones y ciclistas que, luego de haber sido amonestados por incumplir las normas de tránsito, hubieran omitido asistir al curso formativo correspondiente en materia de tránsito
C-237/05	Se declaró la inconstitucionalidad de un aparte del artículo 69 del Código Nacional de Policía, que determinaba funciones policiales para recapturar personas por incumplir con su deber de presentarse ante el jefe de policía luego de que, capturadas inicialmente en flagrancia, hubieran sido dejadas en libertad con el compromiso de comparecer dentro de las 48 horas siguientes ante el mencionado jefe
C-850/05	La Corte declaró la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 70 del Código Nacional de Policía, el cual establecía que cuando el contraventor fuera capturado en flagrancia y llevado inmediatamente ante el jefe de policía, los testigos debían ser trasladados junto con el contraventor y, en el caso de que no quisieran hacerlo libremente, podían ser obligados por la fuerza. La Corte consideró que el traslado forzado del testigo vulneraba su libertad personal y que la única forma de obligarlo a asistir era a través de una orden judicial
C-024/94	En esa providencia la Corporación declaró la constitucionalidad condicionada de apartes de los artículos 56 y 62 del Código, que autorizaban la privación de la libertad con base en una orden de autoridad administrativa. En aquella ocasión el Tribunal Constitucional concluyó que, en atención de la vigencia del artículo 28 transitorio de la Constitución, esas normas eran constitucionales de manera temporal, hasta que se expidiera la ley que le atribuyera a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionados con pena de arresto
C-720/07	Se declaró tanto la inconstitucionalidad del encabezado del artículo 207 del Código Nacional de Policía como la de su artículo 192, que establecía que “la retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas”
C-928/09	La Corte declaró la inconstitucionalidad de la expresión “Si el desacato persiste en grado extremo, cometiéndose reiteradamente la falta, las sanciones antes enumeradas pueden convertirse en arresto”, incluida en el numeral 6.º del artículo 7 de la Ley 1259 de 2008, “por medio de la cual se instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros; y se dictan otras disposiciones”

Es claro que el desarrollo del principio de reserva judicial se ha logrado a partir del consenso de las sociedades democráticas y la creación de los Estados sociales de derecho, en los cuales se han impuesto límites al poder punitivo del Estado en el proceso penal. Esto sugiere, así, la separación de poderes y la necesidad del mandato escrito de autoridad judicial competente para garantizar derechos como la libertad, intimidad y el buen nombre, entre otros.

### **El juez con funciones de control de garantías y la necesidad de reserva judicial estricta en los actos de indagación e investigación**

El alcance del principio de reserva judicial en el proceso penal de la Ley 906 de 2004 tiene sus límites en la

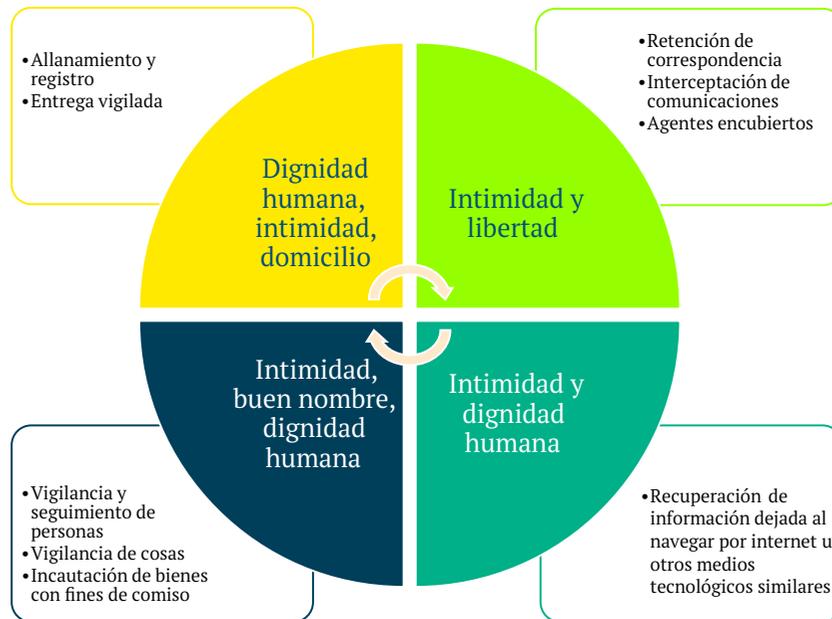
protección y garantía de los derechos fundamentales y las garantías procesales de las partes e intervinientes. Mediante el principio de proporcionalidad (y sus criterios o subprincipios de necesidad, razonabilidad y estricta proporcionalidad) se ejerce el control de legalidad de todos y cada uno de los actos que discuten el establecimiento de limitaciones en pro de la investigación penal.

El análisis jurisprudencial sobre el fundamento de la reserva judicial identifica 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 artículo 250, numeral 3, de la Constitución, y su desarrollo legal está previsto en los artículos 246 a 250 de la Ley 906

de 2004. Frente a este tipo de medida (con autorización judicial previa), en el segundo nivel de argumentación la Corte determina que hay dos grados de afectación, medio e intenso, y para la determinación de estos establece unos presupuestos abiertos que conducen a un análisis caso a caso (Zuluaga Taborda, 2014).

A continuación, en la figura 1 se recrean actuaciones que hoy en día no requieren control judicial previo del JCG y cuya ejecución por la FGN afecta o restringe derechos fundamentales en el procedimiento o los resultados obtenidos.

**Figura 1. | Actuaciones que no requieren control judicial previo del JCG**



## Discusión

Por todo lo anterior, es posible afirmar que es necesaria la intervención del JCG a fin de ejercer un control previo de legalidad y constitucionalidad en actos de investigación e indagación contenidos en el “Libro II. Técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio” de la Ley 906 de 2004.

Sumado a lo anterior, el desarrollo teórico-práctico permite afirmar que

el juez de garantías es el prototipo constitucional de juez de los derechos, y su ausencia, durante todos estos años de democracia, ha comportado un vacío, un defecto estructural o de diseño en nuestro sistema de justicia, que ha repercutido muy seriamente en la eficacia real de los derechos, más allá de su estricta aplicación en el proceso penal. La falta de referente y la persistencia de un modelo distorsionado, por la tácita convalidación

del juez instructor como eterno sustituto transitorio, han ido relajando la cultura procesal de los derechos, resituándolos en un plano próximo al de aquellos otros que solo nacen de la ley. Una igualación a la baja, difusa, a veces inconsciente, pero que, por el peso de la inercia, ha ido calando como una lluvia fina, hasta debilitar la fuerza inherente a la idea constitucional del juez de los derechos (Caamaño, 2022, p. 19).

El proceso penal involucra desde sus etapas incipientes, como la indagación e investigación, una confrontación tensa entre la norma y los derechos fundamentales y garantías procesales de las partes e intervinientes —según la Ley 906 de 2004: dignidad humana (art. 1), libertad (art. 2), prelación de tratados internacionales (art. 3), igualdad (art. 4), imparcialidad (art. 5), legalidad (art. 6), presunción de inocencia (art. 7), defensa (art. 8), derechos de las víctimas (art. 11), lealtad (art. 12), intimidad (art. 14),

contradicción (art. 15), intermediación (art. 16), juez natural (art. 19), doble instancia (art. 20), restablecimiento de derechos (art. 22) y cláusula de exclusión (art. 23)—. Todos y cada uno de estos derechos y garantías deberán asegurarse por la función jurisdiccional que ejerce el JCG en el desarrollo del proceso previsto en la Ley 906 de 2004.

En cuanto a los derechos fundamentales, Perlingeiro (2014) señala que tienen un ámbito de protección amplio, a pesar de estar sujetos a restricciones proporcionales y constitucionalmente justificables. Ahora bien, Uribe (2018) afirma la importancia de la distinción entre derechos y garantías fundamentales, toda vez que permite también distinguir entre la protección, limitación y vulneración del ejercicio de los derechos fundamentales. El Estado debe garantizar el pleno ejercicio y goce de tales derechos, pero a la vez esa garantía es relativa cuando el mismo Estado los limita de conformidad con la constitución política y la ley. Cuando el Estado vulnera los derechos fundamentales no está garantizando ni limitando su ejercicio, sino que se extralimita en las reglas para garantizarlos o limitarlos. En una investigación penal la única actuación válida por parte del Estado es la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales porque, mientras no los limite, lo que debe hacer es protegerlos, y si los vulnera, lo que debe hacer es restablecer su ejercicio.

Los actos de indagación e investigación ya referenciados y objeto de este estudio (actuaciones 6 a 14, tabla 1) no requieren autorización previa del JCG, según el legislador colombiano. Esto permite a la FGN, en la práctica, desarrollar medios de prueba que en gran medida afectan derechos fundamentales y garantías procesales como la libertad, el buen nombre, *habeas data*, la intimidad, la propiedad, la defensa, la contradicción y el debido proceso, lo cual abre el camino a la vulneración directa de los postulados constitucionales y legales, que son la fuente creadora del sistema penal acusatorio.

Como ya se señaló en líneas anteriores, las actuaciones que requieren autorización previa para su realización cuentan con una regla general, consignada en el artículo 246 de la Ley 906 de 2004. No existe un fundamento constitucional, y menos aún se advierte la necesidad de omitir la autorización judicial previa de dichos actos, puesto que la Fiscalía cuenta con los términos y tiempos necesarios dentro de las investigaciones para determinar indicios e inferencias de autoría y participación. Dichas actuaciones, por mandato constitucional, deben gozar de reserva judicial para su realización en cabeza del JCG. Debido a que su ejecución y desarrollo implican necesariamente la afectación de

derechos fundamentales y garantías procesales que escapan del grado de jurisdicción concedido por la Constitución Política a la FGN, son procedimientos que, una vez iniciados, traspasan el núcleo central de la protección encomendada por la reserva judicial, de modo que no pueden ser restablecidos de manera formar ni material.

## Conclusiones

Se considera necesario que las actuaciones que no requieren control previo de legalidad (actuaciones 6 a 14, tabla 1) se incorporen en el título de aquellas que sí lo requieren. Así pues, se debe crear un capítulo único de medios de indagación e investigación que requieran control previo y posterior dentro de la Ley 906 de 2004, siendo herramientas necesarias el JCG y el principio de reserva judicial. Además, dichas actuaciones no deberían depender únicamente de las órdenes de la FGN ya que existe una confrontación entre el fin del proceso de investigar, acusar y condenar versus la limitación o afectación a derechos y garantías fundamentales.

Los actos de indagación e investigación que actualmente no requieren control previo de legalidad y constitucionalidad por el JCG —como el allanamiento y registro, la retención de correspondencia, la interceptación de comunicaciones, la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos similares, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, los agentes encubiertos, la entrega vigilada y la incautación de bienes con fines de comiso— sí afectan o restringen de manera directa los derechos fundamentales como la libertad, la intimidad, el buen nombre, *habeas data*, la propiedad y la dignidad humana. Además, de manera flagrante impiden que se ejerzan legal y constitucionalmente las garantías al debido proceso, la defensa, la contradicción, la doble instancia entre otras, ya que una vez ordenados por la FGN la legislación colombiana no permite que dicha decisión sea confrontada por el JCG y menos aún por la defensa del investigado e imputado o por el Ministerio Público en audiencia preliminar. Incluso, una vez iniciados los actos y procedimientos referidos ya existe la restricción de derechos, los cuales no pueden ser restablecidos en el control posterior de legalidad por el JCG, siendo la única salida decretar la ilegalidad del procedimiento y los resultados obtenidos, con la sanción posible de que estos sean nulos de pleno derecho y excluidos por vulneración de garantías fundamentales.

La reserva judicial ha sido un triunfo de las sociedades modernas en la implementación del Estado

social de derecho y es una herramienta principal del poder judicial para garantizar la independencia de los poderes de esta forma de organización política, así como la defensa de los derechos y garantías fundamentales. Las categorías que fundamentan la reserva judicial, evitando los excesos del poder punitivo del Estado, son la libertad, la intimidad, el buen nombre y la inviolabilidad del domicilio, entre otras.

Es posible, conforme al tema desarrollado, que los abogados litigantes e incluso el propio Ministerio Público, en aquellos eventos en que se tenga conocimiento de posibles controles previos, soliciten ser convocados a las audiencias preliminares con el fundamento constitucional de protección o garantía de los derechos fundamentales y las garantías procesales de los intervinientes pues la función de control de garantías ejercida por el juez está dirigida a todos y cada uno de los intervinientes en el proceso penal no de manera exclusiva para los investigados.

Finalmente, el JCG es el llamado a dirigir el tema investigativo desde la etapa de indagación e investigación del proceso penal pues ya no se entiende como un tercero imparcial en el proceso penal contemporáneo, sino como una garantía procesal que permite un desarrollo constitucional y legal de saneamiento de los medios de prueba que posteriormente se convertirán en pruebas y sustento del juicio oral, el allanamiento, el preacuerdo o la preclusión del proceso penal.

### Conflicto de interés:

No se presentó conflicto de interés entre los autores de la presente investigación académica. Declaramos que no tenemos ninguna relación financiera o personal que pudiera influir en la interpretación y publicación de los resultados obtenidos. Asimismo, aseguramos cumplir con las normas éticas y de integridad científica en todo momento, de acuerdo con las directrices establecidas por la comunidad académica y las dictaminadas por la presente revista.

### Referencias

- Acto Legislativo 03 de 2002. Congreso de la República. *Diario Oficial*, 45 040, 19 de diciembre. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>
- Alvarado, A. (2015). *Lecciones de derecho procesal*. Astrea.
- Caamaño, F. (2022). Esperando al juez de garantías (a propósito del nuevo anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124, 13-39. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.124.01>
- Castaño, L. O. (2010). *Poder judicial, democracia y control de constitucionalidad*. Leyer.
- Constitución Política de Colombia (1991). República de Colombia, *Diario Oficial*, 52 588. <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- González, F. (1992). *El Estado social y democrático de derecho*. Universidad de Navarra.
- Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial*, 40 999, 18 de agosto. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9210>
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). *Diario Oficial*, 45 658, 31 de agosto. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
- Londoño, H. (1981). Principios de garantía jurídico-procesal. *Nuevo Foro Penal*, 12(11), 274-300. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4499/3779>
- Lorca, A. M. (2003). El derecho procesal como sistema de garantías. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 36(107), 531-557. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v36n107/v36n107a4.pdf>
- Perlingeiro, R. (2014). ¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales? *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(2), 181-212. <https://dx.doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06>
- Sentencia C-024 de 1994. Corte Constitucional (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), 27 de enero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-024-94.htm>
- Sentencia C-295 de 1996. Corte Constitucional (M. P. Hernando Herrera Vergara), 5 de julio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-295-96.htm>

- Sentencia C-364 de 1996. Corte Constitucional (M. P. Carlos Gaviria Díaz), 14 de agosto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-364-96.htm>
- Sentencia C-199 de 1998. Corte Constitucional (M. P. Hernando Herrera Vergara), 13 de mayo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-199-98.htm>
- Sentencia C-189 de 1999. Corte Constitucional (M. P. Carlos Gaviria Díaz), 24 de marzo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-189-99.htm>
- Sentencia C-530 de 2003. Corte Constitucional (M. P. Eduardo Montealegre Lynett), 3 de julio. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13917>
- Sentencia C-740 de 2003. Corte Constitucional (M. P. Jaime Córdoba Triviño), 28 de agosto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>
- Sentencia C-1092 de 2003. Corte Constitucional (M. P. Álvaro Tafur Galvis), 19 de noviembre. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1092-03.htm>
- Sentencia C-237 de 2005. Corte Constitucional (M. P. Jaime Araújo Rentería), 15 de marzo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-237-05.htm>
- Sentencia C-591 de 2005. Corte Constitucional (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), 9 de junio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>
- Sentencia C-730 de 2005. Corte Constitucional (M. P. Álvaro Tafur Galvis). <https://tinyurl.com/yrdbbmf9>
- Sentencia C-850 de 2005. Corte Constitucional (M. P. Jaime Araújo Rentería), 7 de agosto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-850-05.htm>
- Sentencia C-336 de 2007. Corte Constitucional (M. P. Jaime Córdoba Triviño), 9 de mayo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-336-07.htm>
- Sentencia C-720 de 2007. Corte Constitucional (M. P. Catalina Botero Marino), 11 de septiembre. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-720-07.htm>
- Sentencia C-025 de 2009. Corte Constitucional (M. P. Rodrigo Escobar Gil). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm>
- Sentencia C-928 de 2009. Corte Constitucional (M. P. Juan Carlos Henao Pérez), 10 de diciembre. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-928-09.htm>
- Sentencia C-334 de 2010. Corte Constitucional (M. P. Juan Carlos Henao Pérez). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-334-10.htm>
- Sentencia C-879 de 2011. Corte Constitucional (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-879-11.htm>
- Sentencia C-366 de 2014. Corte Constitucional (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), 11 de junio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-366-14.htm>
- Sentencia C-881 de 2014. Corte Constitucional (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-881-14.htm>
- Sentencia C-411 de 2015. Corte Constitucional (M. P. María Victoria Calle Correa), 1 de julio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-411-15.htm>
- Sentencia C-342 de 2017. Corte Constitucional (M. P. Alberto Rojas Ríos). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-342-17.htm>
- Sentencia C-014 de 2018. Corte Constitucional (M. P. Diana Fajardo Rivera). <https://tinyurl.com/2hy8dyhv>
- Tortolero, F. (2006). La reserva judicial en Alemania. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 1(7), 227-244. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487929e.2006.7.8658>

Uribe, S. (2018). Protección, limitación y vulneración del ejercicio de derechos fundamentales en la persecución penal. *Ratio Juris*, 13(27), 173-208. doi: .24142/raju.v13n27a7

Zuluaga Taborda, J. (2014). De los motivos “fundados” para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano. *Nuevo Foro Penal*, 10(83), 167-211. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.83.6>