

Artículo de Investigación

La captura excepcional realizada por la fiscalía vulnera el derecho fundamental a la libertad

Betty Sulay Moreno Herrera

4010637

Presentado a: Med. Josué Otto de Quesada Varona
Docente y asesor metodológico



Universidad Militar Nueva Granada
Facultad de Derecho
Diplomado de Investigación Jurídica y Sociojurídica
Bogotá D.C.
2016

La captura excepcional realizada por la Fiscalía vulnera el derecho fundamental de la libertad

Betty Sulay Moreno Herrera

Resumen

El presente artículo de investigación contiene el análisis realizado de la aplicación de la captura excepcional realizada por la Fiscalía General de la Nación, señalada en el art 300 de la ley 906 del 2004, en lo que se refiere a los allanamientos y registros y las capturas, ante la nuevas normas que modifican los preceptos legales para la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y su incidencia en principios fundamentales como el de la libertad y la intimidad, consagrados en el art 28 de la Constitución Nacional. En ese orden de ideas, la pregunta de investigación que se abordó en el escrito corresponde al interrogante: ¿En qué medida se afecta el principio fundamental a la libertad con las capturas excepcionales realizadas por la fiscalía?, el cual se analizó desde la dimensión jurídica de la validez de la norma y la función que debe desarrollar la misma dentro del nuevo sistema procesal penal, el cual es de naturaleza adversarial y por ende, los derechos fundamentales que se encuentran afectados con esta disposición.

Palabras clave: captura excepcional de la fiscalía, sistema adversarial, principio fundamental a la libertad e intimidad, registros y allanamientos.

Abstract

This research paper contains the analysis of the application of the exceptional catch by the General Prosecutor's Office, indicated in article 300 of Law 906 of 2004, which refers to the raids and searches and catches, before the new rules that modify the legal provisions for the imposition of custodial assurance of freedom and its impact on

fundamental principles such as freedom and privacy, enshrined in Article 28 of the Constitution. In that vein, the research question that was addressed in the letter corresponds to the question: To what extent the fundamental principle of freedom is affected by the exceptional catches made by the prosecution?, which was analyzed from the legal dimension the validity of the rule and the role it must develop within the new criminal procedure system, which is adversarial and therefore the fundamental rights that are affected by this provision.

Keywords: exceptional capture the prosecution, adversarial system, a fundamental principle of the freedom and privacy, records and searches.

Introducción

Teniendo en cuenta que el derecho a la libertad es inalienable, actualmente con el nuevo sistema penal acusatorio, (ley 906 del 2004) el Fiscal excepcionalmente está facultado para ordenar la captura de una persona, esto cuando sea imposible obtenerla del Juez de Control de Garantías, no obstante, a pesar de ser una medida excepcional (Acto Legislativo 003 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diciembre 19 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Constitución Nacional); precepto que fue regulado en el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 C.P.P.

El legislador promulgó la Ley 1760 del 6 de julio del 2015 (Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad). y la Ley 1786 del 2016 (Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015. Mediante las cuales se impone una mayor carga probatoria a la Fiscalía, para la imposición de una medida de aseguramiento, de las señaladas en los artículos 308, 310 y 312 del C.P.P., siendo los mismos requisitos, que estableció la Corte Constitucional, se deben tener en cuenta para que la Fiscalía emita una orden de captura de manera excepcional.

Igualmente es requisito indispensable, para que se ordene la captura excepcional por parte de la Fiscalía, que no exista un juez de garantías (sentencia, C-730 de julio 12 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis), esta circunstancia se encuentra hoy día superada, no existiendo motivo para que siga sirviendo de requisito para la captura excepcional de la Fiscalía.

Esta facultad excepcional que tiene la Fiscalía General de la Nación, genera una situación problemática para el Derecho Procesal penal, por cuanto si bien es una excepción a la reserva judicial en cuanto a capturas, que está consagrado en la C. N., se considera infringe varios derechos fundamentales, pero principalmente el de la libertad, consagrado en el Art 28 de la C. Nacional, y por ende otros, como el debido proceso, de legalidad, la igualdad de armas, por cuanto el sistema penal acusatorio es de naturaleza adversarial, por tanto la Fiscalía no puede ser Juez y parte y el control de legalidad que realiza el Juez de garantías es posterior a la captura y dentro del término de 36 horas.

En ese orden de ideas el problema de investigación que se busca abordar en este artículo se resume en el siguiente interrogante: ¿En qué medida se afecta el principio fundamental a la libertad con las capturas excepcionales realizadas por la Fiscalía?, los derechos fundamentales de las personas, como es el de la libertad está consagrado en el art 28 de la C.N. el cual se ve vulnerado, con la captura excepcional que realiza la Fiscalía.

Metodología.

De acuerdo con lo anterior, el objetivo general que orientó esta investigación, fue el de determinar, como se afecta el principio fundamental a la libertad, con la captura excepcional realizada por la Fiscalía, señalada en el Art 300 del C.P.P., art 21 ley 906 del 2004.(modificado por la ley 1142 del 2007).

El método utilizado para la elaboración de este artículo es de carácter descriptivo y analítico, acudiendo para ello a una revisión documental de la norma y la jurisprudencia relacionada con el tema propuesto, donde se tuvieron en cuenta como categorías de análisis: el

desarrollo jurisprudencial de la norma, la vulneración a derechos fundamentales como la libertad, la intimidad, la legalidad y el debido proceso.

Con la Ley 600 del 2000, los jueces investigaban, acusaban y dictaban sentencia dentro de un proceso inquisitivo, el fiscal instruía y el juez fallaba, pero tanto el fiscal como el juez estaban investidos de facultades que desbordaban el sentido de un sistema acusatorio, en la etapa del juicio, el Fiscal podía tomar decisiones sobre el proceso y el juez por su lado en la etapa del fallo podía decretar pruebas como si fuera un Fiscal, las actuaciones como en todo sistema inquisitivo eran por escrito. Solo la audiencia pública para dictar sentencia era oral, pero esto no caracterizaba el sistema de juicio oral.

En el nuevo contexto de Estado Social y Democrático de Derecho, nace el sistema penal acusatorio con la Ley 906 de 2004 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. el cual tiene por finalidad que la Fiscalía General de la Nación se ocupe de la investigación de los delitos

y los jueces de Control de Garantías, del ejercicio de velar por la legalidad de aquellas actuaciones de la fiscalía que tengan por finalidad la limitación de derechos fundamentales y los Jueces de Conocimiento desarrollar las actuaciones durante el juzgamiento. Este es un sistema de partes por ello es adversarial.

La Ley 1142 del 2007 (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), que se encuentra vigente en nuestro ordenamiento procesal penal, se tiene que esta vulnera el artículo 28 superior, que consagra *“la cláusula general del derecho a la libertad personal”* (Art 28. C. Nal). En dicho artículo se reconoce de forma clara y expresa que toda persona es libre, que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino: i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las

formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto agrega que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

Esta ley vulnera el trámite de la Ley Estatutaria, artículo 152 Constitucional donde el constituyente del 91 determinó que mediante una ley estatutaria se reglamentaría el tema de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. Dado que el ya referenciado artículo 28 Constitucional, establece el núcleo del derecho fundamental a la libertad y sus limitaciones, reconocido por la misma Corte Constitucional, en donde señala, que cualquier restricción de este derecho a través de una ley, debe seguir el trámite de formación y aprobación de las leyes estatutarias, y no como lo hizo el legislador mediante una ley ordinaria.

Así mismo, el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1001 de 2005 (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1001 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis, del 3 de octubre del 2005, éste no se encuentra vigente, pasando a ser inexistente para el ordenamiento jurídico. Por tanto, cuando la Ley 1142 de 2007, en su artículo 21 lo reforma, vulnera el artículo 158 constitucional pues la ley busca modificar un precepto carente de objeto material.

Por otro lado el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, revivió el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Evento que configuraría una vulneración de la prohibición de reproducción del contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, consagrada en el artículo 243 de la Constitución.

El tema de la captura excepcional por parte de la Fiscalía, visto desde el nuevo contexto de Estado Social y Democrático de

Derecho y el nuevo sistema penal Acusatorio (Ley 906 de 2004) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, a la luz de los derechos fundamentales en especial el derecho a la libertad se vulnera, debido a su restricción por parte del Fiscal, lo que genera un desequilibrio en el sistema procesal penal.

Sin embargo el Artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por la Ley 1142 del 2007, Artículo 21, 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 participe de la conducta investigada y concurra cualquiera de las siguientes causales: *i. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación. ii. Probabilidad fundada*

de alterar los medios probatorios iii. 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 imposibilidad 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 (Ley 1142 del 2007.). Artículo. 250-1 C.P.” (Corte Constitucional Sentencia C-730/05. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. 12 de julio 2005).

La Corte Constitucional en Sentencia C-185 del 27 de febrero del 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, hizo pronunciamiento de constitucionalidad sobre la norma, en donde dice: i. que se declara exequible el Art 21 de la ley 1142 del 2007, salvo las expresiones “*por motivos serios y de fuerza mayor*” y

“disponible” que se declaran *inexequibles*. ii. la expresión “cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla”, que se declara *exequible*, en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante. iii. La expresión “o información”, que se declara *exequible*, en el entendido que la información fue obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 del C.P.P.

Obsérvese, que la Corte Constitucional con el ánimo de dar mayores garantías al procesado y buscar limitaciones a esta facultad excepcional que tiene la Fiscalía, declaró *inexequible* “por motivos serios y de fuerza mayor”, que le daba mayor amplitud para que no fuera por sospechas si no por motivos fundados como son elementos materiales probatorios, se ordenara un allanamiento y registro. También se declaró *inexequible* en dicha decisión, cuando no se encuentre “disponible” un juez de garantías, entendiéndose solo que no se encuentre un juez de garantías, el

cual como se ha señalado en la presente investigación, esta circunstancia hoy día se encuentra superada.

La Corte Constitucional en sentencia C-479 de junio 13 del 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis, insistió, como lo ha hecho reiteradamente la jurisprudencia Constitucional, que toda medida restrictiva o privativa de la libertad no solo tiene un carácter excepcional, sino que debe ser interpretada restrictivamente y su aplicación debe ser *necesaria, adecuada, proporcional y razonable*. (art 295 C.P.P).

Es así como el legislador para conjurar esta situación, promulgó la ley 1760 del 06 de julio del 2015,

“(…) por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 906 del 2004, en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad” que establece entre otros, lo siguiente: *Artículo 1º. Adicionase dos párrafos al Art 307 de la Ley 906 del 2004. Párrafo 2º: Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de*

Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. Artículo 2°, Adicionase un párrafo al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor: Párrafo: La calificación jurídica provisional contra el procesado, no será en sí misma determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.

Así mismo, el legislador promulgó la ley 1786 del 01 de julio del 2016, por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la ley 1760 del 2015, que *modifica el Art 307 del C.P.P, señala en su Párrafo 2°. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita*

pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. (Ley 1786 del 2016 (Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015).

Estas nuevas leyes, ya se están aplicando y obliga a la Fiscalía General de la Nación a tener un mayor caudal probatorio, ya que no es suficiente la gravedad y modalidad de la conducta investigada o la naturaleza del delito para la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, pero además de esto, debe demostrarse ante el juez de garantías, que no son suficientes las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, las cuales son más flexibles y por ende conceden muchas más garantías al procesado en cuanto al derecho fundamental a la libertad.

Esta garantía de derechos fundamentales como la libertad principalmente, dejan sin presupuestos jurídicos, los señalados en el Art 300 del C.P.P, que

corresponden a la facultad excepcional de la Fiscalía para ordenar capturas; situación que se presenta con los registros y allanamientos que ordena, por cuanto son los mismos requisitos que tiene en cuenta la Fiscalía para la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad ante el juez de garantías y que están señaladas en el Art 308 del C.P.P.

En el artículo 28 de la Constitución Política (1991) se consagra el derecho a la libertad personal y dice “*toda persona es libre*”(…) “*la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las (36) horas siguientes* (...) el Dr. Yesid Ramírez, en conferencia, señaló que se debe vigilar la facultad del Fiscal de librar ordenes de captura en casos excepcionales, en donde el control de legalidad lo ejerce el juez solo 36 horas después, por tanto debe dársele aviso con el propósito de garantizar la legalidad de la ejecución y respeto del término de traslado al juez de garantías. Ramírez (2005) lo anterior nos indica que el derecho a la libertad no es absoluto, puesto que

todas las personas deben respetar la esfera personal de los demás y lo que la ley ordena, así como las autoridades deben regirse sólo por lo que les indique la ley.

A pesar de lo anterior, son muchos los casos en los que se priva legítimamente la libertad de las personas por una orden dictada excepcionalmente por un fiscal. No obstante la persona detenida tiene el derecho a invocar la figura del habeas corpus (artículo 30 C.N), si en el tiempo estimado no se le resuelve su situación jurídica y considera que ha sido arbitrariamente detenida, Alarcón (2004) de no ser así, resultaría ampliamente pernicioso o nocivo para el impulso integral de la investigación penal, un alcance que no concuerda con los elementos de defensa constitucional y procesal. La consagración y afirmación constitucional del conjunto de derechos y libertades propios del ser humano, resultarían exiguos, si no existieran elementos adecuados para una rápida y eficaz tutela que permita el control, unificación y sanción de sus violaciones, sin los cuales, serían superficiales los esfuerzos

encaminados a lograr un clima de respeto y seguridad sobre estos derechos humanos, Cárdenas (2009).

Al hablar de libertad en el Sistema Penal Acusatorio nos referimos a la libertad desde el orden jurídico-penal, no al concepto de libertad desde el punto de vista filosófico, político, moral, ó metafísico, sino al concepto de libertad física como el derecho individual de la persona a su libre movilización, que se consagra en la Constitución, Camargo (2012).

La restricción a la libertad se puede realizar siempre que obedezca a causales previamente definidas en la Constitución o la ley. Según Alarcón (2004) doctrinariamente se tiene que para la adopción de una medida restrictiva de la libertad personal deben concurrir dos presupuestos, a saber: 1) Justificación probatoria (*fomus boni iuris*), es decir, indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, 2) Persecución de fines concretos y determinados (*periculum in mora*), que consiste en la necesidad encaminarse a la consecución de fines

constitucionalmente legítimos, como evitar el entorpecimiento de la acción de justicia o del descubrimiento de la verdad y la evasión del sindicado. No obstante en aras de preservar la administración de justicia, se cometen abusos, puesto que finalmente se ha convertido en un factor de distanciamiento entre las clases sociales, es decir las personas del común generalmente terminan siendo las más perjudicadas.

El carácter excepcional de la medida ha sido tratado por la jurisprudencia internacional, que reseña de manera particular la necesidad, la razonabilidad y la pertinencia de la medida. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2004). El autor realiza un análisis respecto al concepto de la privación de la libertad y sus límites, haciendo énfasis como se concibe el proceso penal y las medidas de aseguramiento como una garantía para la sociedad y el Estado cuando debería ser un atributo para estos y una garantía para la persona, puesto que supone los límites al ejercicio de la persecución penal, límites a toda afectación de derechos fundamentales del procesado o de la

víctima, debe ser proporcional a los fines constitucionales de la medida, proporcionalidad que implica también razonabilidad, idoneidad, necesidad y adecuación, Robayo (2013). Cuando se captura una persona, la misma debe estar en condiciones dignas en su sitio de reclusión; situación que en nuestro país está muy lejos de cumplirse.

En ese mismo sentido considera el doctrinante *“La libertad continúa siendo el núcleo esencial y el logos de las diferentes declaraciones de derechos fundamentales y se completa y se complementa con los principios de igualdad, solidaridad y seguridad jurídica.* Gil (2013. p. 451). Lo anterior nos indica que la libertad es un derecho fundamental y debe primar en un estado social y democrático de derecho, en el cual las autoridades deben proteger a todas las personas residentes en Colombia, es decir, que si bien es cierto es válido que una persona pueda ser privada de la libertad, para que esta se de en forma legal, se requiere su previa legalización y de forma motivada.

La privación de la libertad puede ser justa, en tanto se pueda demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad, como también puede ser legal o ilegal, lo cual se determina si se cumplieron o no con las exigencias legales para que se lleve a cabo la captura excepcional Prato (2016) para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual, entonces las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión en un derecho fundamental Roxin (2000).

Las capturas sin fundamento jurídico afectan el derecho fundamental a la libertad, causando un daño a la persona que no está obligada a soportar, lo que posteriormente se convierte en una responsabilidad estatal en orden a obtener la indemnización que permita reparar los perjuicios ocasionados, Bernal J & Montealegre (2013) y es que tanto la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del ciudadano, se refirió al derecho a la libertad como inherente a la naturaleza humana y posteriormente en la Declaración Universal de los

Derechos Humanos (1948) se hace mención al derecho a la libertad de manera general prohibiendo en todo caso la detención o arresto arbitrarios. Desde el punto de vista comparado, se notan diferentes tradiciones jurídicas y diferentes mecanismos de control relacionados con el ejercicio de discrecionalidad Consejo Superior de la Judicatura (2011).

El tema de la captura en flagrancia, según Amaya & Cañón (2013), se evidencia en el artículo 27 del C.P.P, con los moduladores de la actividad procesal donde se deben tener en cuenta los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento a fin de evitar abusos de los servidores públicos. Se deben analizar los fundamentos a tener en cuenta por parte del Fiscal que solicita la captura y establecer cuál es la descripción consagrada en las fuentes del derecho para regular el procedimiento que se debe aplicar y sus implicaciones en materia procesal penal, frente al derecho fundamental de la libertad.

La persona capturada goza de las garantías procesales, entre ellos,

los derechos del capturado, consagrados en el Art 303 de la ley 906 de 2004, en cuanto a que toda persona tiene derecho a que se respete su libertad, a no ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. García. (2007).

El doctrinante Bobadilla (2006), hace referencia a la aplicación del principio de adecuación, el cual consiste en la justificación de la idoneidad de la captura para alcanzar los fines constitucionales. Muchas veces por falta de pruebas para sustentar una captura ante un juez, los argumentos del Fiscal, quedan sin sustento jurídico y corre el riesgo de ordenarse la libertad.

Zaffaroni (2015) argumenta en su revista que la Corte ha determinado la trascendencia de los “motivos fundados”, que debe sustentar el fiscal en la captura excepcional; por motivos fundados se debe entender como lo ha manifestado la Corte, en Sentencia C-024/94: que se refieren a hechos,

situaciones fácticas, que si bien no son inmediatos como los casos de flagrancia, sino una relación mediata, con el momento de la captura material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención, por tanto el motivo fundado que justifica una captura, es un conjunto de hechos que permite inferir de manera objetiva que la persona capturada es la probable autora o participe de una conducta punible.(C-024 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

La propuesta presentada en este trabajo está basada en el desarrollo de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad, desde el punto de vista de la implementación de nuevos requisitos para la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad. Para explicar la manera como están siendo afectados en Colombia los derechos a la libertad y la imparcialidad, pues según el autor, no es posible pregonar esta última, por parte del Fiscal cuando este también tiene interés en el resultado de la investigación, siendo su principal función la de investigar y acusar a los

presuntos infractores de la ley penal, tareas que resultan incompatibles con la de garantizar los derechos del procesado. Vélez (2012, p 36).

Como lo manifestó el doctrinante Martínez (2006, p 331) más allá de la concepción de captura, este no es un acto, sino un tiempo que transcurre entre la captura y la decisión judicial, mediante la cual se ordena la detención preventiva o se dispone la libertad de la persona. No obstante, de conformidad con el nuevo sistema con tendencia acusatoria, se redefine este concepto como un acto complejo que no puede confundirse con los motivos de la privación de la libertad o con la aprehensión en sentido estricto, porque ella sólo constituye un paso intermedio entre las motivaciones y el aseguramiento físico Meneces (2014).

Según las normas que se observaron en el desarrollo de las investigaciones consultadas, los Fiscales estarían ejerciendo un control sobre los procesos, López (2004) convirtiéndose en una potestad muy amplia que desborda los factores objetivo y subjetivo de su competencia. Debe reconsiderarse

por parte del legislador, dicha facultad discrecional que tiene la fiscalía con las capturas excepcionales y que el fiscal carezca de oportunidad para ordenar el mandamiento escrito.

Para dar respuesta a la pregunta de investigación debemos analizar en contexto la esencia del derecho a la libertad y es por ello que el doctrinante Torres (2012), manifiesta que los derechos fundamentales han cobrado cada vez mayor importancia en el escenario jurídico del país, dejando de ser perspectivas declarativas de lo que debería ser la protección del individuo, para convertirse en títulos jurídicos exigibles ante la administración de justicia, uno de ellos es el derecho fundamental a la libertad que se encuentra como mandato explícito dentro de la Constitución Política de Colombia del año 1991, sin embargo dicha positivización encuentra su origen histórico en Alemania, para ser más precisos en la constitución de Weimar del año 1918, esta teoría es desarrollada por Robert Alexy.

El esquema del derecho a la libertad se ha construido con base a la

premisa del libre desarrollo de la personalidad, esto debido a que en el sistema alemán de la constitución de Weimar, señala en primera medida la exigibilidad del derecho a la libertad depende de un presupuesto como lo es la creación de una ley que permita la protección del derecho fundamental; en Colombia los derechos fundamentales son exigidos de forma directa.

El autor analiza el derecho general de libertad, establecido en el artículo 2o. párrafo 1 que establece: *"Cada persona tendrá el derecho a un libre desarrollo de su personalidad en tanto que no lastime los derechos de otros o lesione el orden constitucional o la ley moral"*. Para Alexy esta norma no carece de contenido, ya que la misma es una de las condiciones necesarias para garantizar la dignidad de la persona.

En cuanto al derecho a la libertad personal es uno de los derechos fundamentales con más desarrollo jurídico y fundamentación, es así como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en el artículo 3 plantea: *"todo individuo*

tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni arrestado o desterrado". Señala el autor que los derechos humanos constituyen la base del ordenamiento normativo de la sociedad. Son derechos morales debido a su especial importancia. Los derechos humanos también tienen una doble naturaleza: la real al momento de su positivización, y la ideal que existe de manera independiente a este hecho.

El autor señala, que la existencia de los derechos humanos depende de la posibilidad de justificarlos. Para ello sirve de sustento la teoría del discurso. En su protección están consagrados los valores de la igualdad y la libertad, que son la base de los derechos humanos.

Se refiere al principio de la dignidad humana, Alexy dice que el mismo no es absoluto. El hecho de que bajo determinadas condiciones, dicho principio preceda a todos los demás principios, no implica que éste sea absoluto, sino que "*significa que casi no existen razones jurídico-*

constitucionales inconstitucionales para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones". En cuanto a la dignidad de las personas, si es un derecho fundamental, no puede afirmar que no es absoluto ya que a pesar de que las personas puedan incurrir en un delito, esto no lo despoja de su condición de persona y más aún en los sitios de reclusión debe dárseles un mínimo de condiciones dignas como ser humano y no recibir un trato degradante por parte del estado que está a su cargo.

El autor analiza también las restricciones de los derechos fundamentales, En primer lugar una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Alexy, ha señalado que tomando la Ley Fundamental como un todo, los derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores (o principios) jurídicos pueden limitar los derechos fundamentales.

Alexy plantea que es necesaria una decisión jufundamental dotada de autoridad. Si al parlamento no le es dable ser juez de la propia legislación

que aprueba, corresponderá entonces a un Tribunal Constitucional realizar esta labor. La decisión que tome este Tribunal, deberá ser justificada y criticada en un discurso jusfundamental racional. El hecho de que toda decisión del legislador o de los tribunales deba estar fundamentada, según el autor, en un discurso ó en una justificación; sin embargo cae en la relatividad, es decir que de acuerdo a la coyuntura política, social, etc, en que se encuentre un estado, esto influirá en la toma de una decisión, ya sea por el legislador o por los tribunales, lo que crea una inseguridad jurídica, que últimamente es recurrente en nuestro país.

La Corte Suprema de Justicia, Rad. 28535 de 2008, M.P. José Leónidas Bustos Martínez. El Fiscal tiene la obligación de acudir al Juez de garantías a efecto de legalizar la incautación de elementos materiales probatorios que se hallen en el sitio allanado, so pena de que a futuro, queden excluidos de la actuación, con las consabidas consecuencias para la investigación.

Corte Suprema de Justicia,

Rad. N° 37733, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, 27 de junio 2012. Se puede observar que en ocasiones se abusa de dicha facultad discrecional que concede la captura excepcional consagrada en el Art 300 del C.P.P.

Corte Suprema de Justicia. Rad. 34867 de 2013, M.P. José Leónidas Bustos Martínez. La Corte consideró que la captura era legal. Por tanto desconoció que hubo violación del derecho a la libertad con un procedimiento que se podía haber realizado con las formalidades legales.

Corte Suprema de justicia, Rad 23327, noviembre 9 del 2006, M.P. Marina Pulido de Barón, la Corte, avaló dicha actuación, pero planteó se deben tener los motivos fundados para ingresar a una vivienda, si no es así, se propicia la práctica de actos arbitrarios en los que sin justificación alguna se invadiría el entorno íntimo de las personas con la consecuente vulneración de las garantías fundamentales, lo cual no corresponde con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que

señala la Constitución Política.

Corte Constitucional, sentencia C-519 del 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, dice que no se debe autorizar a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o con posterioridad a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, pretextando que se realiza con ocasión de la captura de alguno de los mencionados, lo que hace nugatoria la garantía constitucional del derecho a la intimidad y libertad.

Corte Suprema de Justicia N° 72437 de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. La Fiscalía está obligada conforme al Art 225 del C.P.P., a establecer los sitios o lugares a allanar y si no los conoce justificar dicha situación, en la orden de allanamiento y registro.

Corte Constitucional T- 409-2014, expediente T- 4.272.660, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 26 de junio del 2014. Señala la Corte Constitucional, que si la Fiscalía ordena un allanamiento, ya no podrá negar al indiciado el derecho de

ejercer su derecho de defensa controvirtiendo la decisión al interior de la audiencia de legalización.

Corte Suprema de Justicia, Rad. 45927 del 2015, M.P. Eugenio Fernández Carlier, la Corte recalcó, que no debe existir retardo ni omisión del fiscal en acudir al juez de garantías dentro del término de 36 horas, quedo demostrada la vulneración del derecho a la libertad, pues no se acudió al juez de garantías para resolver su situación jurídica.

Corte Constitucional N° 366 del 11 de junio del 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “o realizar la captura”, contenida en el artículo 219 de la ley 906 de 2004. La corte señala, que para que la Fiscalía haga efectiva una captura, se requiere cumplir con los presupuestos y requisitos señalados de manera taxativa en esta norma.

Corte Constitucional T-276 del 25 de mayo del 2016, M.P. Jorge Ignacio Preteld Chaljub, tuteló el derecho al amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la integridad personal, la salud, la

familia y la salubridad de las personas que se encuentran privadas de la libertad. Dejando una advertencia, en que tal y como lo ha evidenciado la comisión interamericana de derechos humanos, la detención preventiva en Colombia ha pasado de ser excepcional, a ser regla general de las medidas de aseguramiento, lo que lo está convirtiendo en un adelantamiento de la posible pena.

Conclusiones

De conformidad con lo anterior encontramos dos ítems, la ostensible vulneración del derecho a la libertad y el derecho a la dignidad humana el primero de ellos es un concepto amplio, desarrollado en el marco de la convivencia y atendiendo a los fines y valores del Estado, según el cual este derecho comprende la coerción física siempre y cuando sea de forma legítima, porque no sólo está previsto en la Constitución Política en su preámbulo y en su artículo 28, sino que su efectividad y alcance se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Es por ello que se estableció un término

mediante el cual la privación efectiva de la libertad personal debe ser sometida a control judicial, es decir, sin superar las 36 horas a partir de la aprehensión, y si no se somete a la detención ante el control de un juez de garantías, se tendrá que dejar a la persona en libertad.

La captura realizada por la Fiscalía atenta contra el derecho fundamental a la libertad y el derecho a la dignidad humana y por ende a los derechos humanos teniendo en cuenta que se deja al arbitrio del Fiscal los motivos fundados, por los cuales se ordenó el allanamiento y registro y posterior captura y en aplicación del Art 295 del C.P.P, la restricción a la libertad deja de ser una excepción para convertirse en regla general.

El problema de investigación se centra en establecer que con la captura excepcional que realiza la Fiscalía, están siendo afectados los límites al derecho fundamental a la libertad, los cuales no solo están sustentados, en que los motivos fundados para ordenar un allanamiento y captura, deben tenerse en cuenta los presupuestos de

razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y adecuación, sino también como política criminal, se hace necesario tener en cuenta los tratados internacionales sobre derechos humanos desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad y hacer una revisión a esta reserva judicial que tiene la Fiscalía en donde los requisitos en que se sustenta dicha norma, están devaluados y un requisito indispensable es la no existencia de Juez de Garantías, la cual hoy día se encuentra superada; siendo por tanto el juez de garantías quien debe ordenar la captura y no la Fiscalía como actualmente acontece.

Así mismo se vulnera de manera indirecta el derecho fundamental a la dignidad humana; pues el estado debe garantizar a la persona su desarrollo integral y a que pueda desenvolverse como un ser social, de ahí que se encuentre protegido de manera especial en instrumentos internacionales, por lo que deberían existir mecanismos jurídicos que impidan que autoridades estatales lo vulneren bien sea en el marco de sus funciones o de forma ilegal, reconociendo de esta manera que la persona humana es el fin del estado mismo y no un instrumento, esto a partir de su reconocimiento en el ámbito constitucional.

Referencias

- Acto Legislativo 003 de 2002 (Por el cual se reforma la Constitución Nacional. 19 de diciembre de 2002. Diario Oficial No 45.040 de Diciembre 19 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Constitución Nacional.
- 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.
- Alarcón, H. (2004). Las Garantías constitucionales en el proceso Penal y la Prueba Ilícita. Reforma al Procedimiento Penal. Sistema acusatorio. Ed. Nueva

- Jurídica. 1ª y 2ª edición. Colombia. Consultada el 11 de octubre de 2016. Recuperada de <https://sites.google.com/site/hectoralgabogado/home>
- Amaya, H. & Cañón, F. (2013). La captura en Flagrancia: una potestad del oficial de cumplimiento de la Ley con implicaciones en materia procesal penal. Bogotá D.C., Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Tesis Magister en derecho procesal penal. Consultada el 27 de octubre de 2016. Recuperada de: <https://sites.google.com/>
- Bernal, J. & Montealegre; E. (2013) Fundamentos constitucionales y teoría general el proceso. Sexta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. Consultada el 28 de octubre de 2016. Recuperada de: <https://books.google.es/>
- Bobadilla, J. (2006) Privación de la libertad en el sistema penal acusatorio: Carácter excepcional. Revista Jurídica Piélagus. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana. Número 3. Consultada el 30 de octubre de 2016. Recuperada de: <http://revistapielagus.com/articulo/>
- Camargo, E. (2012) Régimen de privación de la libertad en el sistema penal acusatorio. Corporación Universitaria Republicana. Revista Republicana. Issn: 19096-4450 N°6. Bogotá. Consultada el 10 de octubre de 2016. Recuperada de: <http://revista.urepublicana.edu.co/>
- Cárdenas, J. (2015). Régimen de Libertad y Habeas Corpus. Consultada el 3 de noviembre de 2016. Recuperada de: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/>
- Consejo Superior de la Judicatura (2011). Plan de formación Rama Judicial. Programa de formación especializada área penal. Principio de Oportunidad y Política Criminal. De la Discrecionalidad Técnica a la Discrecionalidad y Política Reglada.
- Constitución Política de Colombia. 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1001 de 2005. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de dos mil cinco (2005)
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-185 de 2008. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 27 de febrero de dos mil ocho (2008).
- Corte Constitucional, sentencia C-519/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad N° 366/14. 11 de Junio de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T- 276 del 25 de mayo del 2016. M.P. Jorge Ignacio Preteld Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-409, 26 de junio del 2014, expediente T-4.272.660, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Justicia, rad 23327, noviembre 9 del 2006, M.P. Marina Pulido de Barón

Corte Suprema de Justicia, Rad. N° 37733, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, 27 de junio 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Casación Penal N° 28535 de abril 09 de 2008, (M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Casación Penal N° 34867 de junio 5 de 2013, (M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Casación Penal N° 45927 de agosto 26 de 2015, (M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Casación Penal N° 72437 de marzo 27 de 2014, (M.P. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández)

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Artículo 3. Recuperado en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

García. H. (2007) La captura en el sistema penal acusatorio. Ley 906 de 2004. (Revista electrónica) Consultada el 28 de octubre de 2016. Recuperada de: <http://sistemacusatorio.blogspot.com.co/2007/12/captura.html>

Gil, E. (2013). Responsabilidad del Estado por la Administración de Justicia. Bogotá. Edición Temis.

Ley 600 del 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000).

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 31 de agosto de 2004. Artículo 300. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Ley 906 de 2004 Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)

- Ley 1142 del 2007 (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, del 28 de julio de 2007).
- Ley 1760 del 2015 (Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Publicada el 6 de julio de 2015)
- Ley 1786 del 2016 (Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015. Publicada el 1 de julio de 2016)
- López, D (2004). Nuevas tendencias en la dirección del proceso, módulo de formación, Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Marroquín, W. (2004) Presupuestos que deben concurrir para la orden de detención administrativa girada por la fiscalía general de la República. Trabajo monográfico para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. San Salvador.
- 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.
- 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.

- Roxin, C. (2000) Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- 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
- 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.edu>