

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**LA CAPTURA EN FLAGRANCIA: UNA POTESTAD DEL OFICIAL DE
CUMPLIMIENTO DE LA LEY CON IMPLICACIONES EN MATERIA
PROCESAL PENAL**

**HÉCTOR ALFREDO AMAYA CRISTANCHO
FERNANDO CAÑÓN BELTRÁN**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TITULO DE MAGISTER EN
DERECHO PROCESAL PENAL**

Director: CARLOS ANDRES BERNAL CASTRO
Magister en Derecho
Coordinador Maestría Derecho Procesal Penal

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTA DE DERECHO
DIRECCION DE POSGRADOS
Bogotá 2013**

LA CAPTURA EN FLAGRANCIA: UNA POTESTAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY CON IMPLICACIONES EN MATERIA PROCESAL PENAL

HÉCTOR ALFREDO AMAYA CRISTANCHO¹

FERNANDO CAÑÓN BELTRÁN²

RESUMEN

En Colombia la captura en flagrancia es una actuación prevista en la Constitución Política y la ley, constituye la única excepción a la privación de la libertad que se puede producir sin orden judicial. Las situaciones previstas normativamente como flagrancia no deben ser el único criterio a tener en cuenta por parte de la autoridad policial para proceder a su ejecución también deben valorarse los moduladores de la actividad procesal como criterios que han de ser aplicados y observados por los oficiales de cumplimiento de la ley, máxime que en la actualidad la flagrancia ha sido reglada para agravar las consecuencias punitivas.

Palabras clave

Captura, flagrancia, moduladores, ponderación, debido proceso, libertad, necesidad, policía, víctimas, derechos, decisión.

¹ HÉCTOR ALFREDO AMAYA CRISTANCHO, es administrador policial, abogado e investigador criminal, actualmente se desempeña como consultor del International Criminal Investigative Assistance Program. ICITAP

² FERNANDO CAÑÓN BELTRAN, es abogado, actualmente se desempeña como consultor del International Criminal Investigative Assistance Program. Este trabajo es el resultado de una investigación y hace parte del trabajo de grado para optar por el título de Maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

ABSTRACT

THE FLAGRANCY ARREST: LEGAL AUTHORITY OF LAW ENFORCEMENT PERSONNEL

The flagrancy arrest in Colombia, which is a legal procedure defined by the Constitution and law. Flagrancy is the only exception authorized by law to deprive a person of his/her freedom in the absence of a court order. The circumstances legally established as flagrancy are not the only factors that law enforcement officers must consider before proceeding with the arrest. Other procedural factors must be assessed and these criteria must be implemented and observed by law enforcement officers. Flagrancy has been currently regulated as an aggravating factor to be taken into account when imposing punishment.

Key words

Capture, arrest, flagrancy, weigh up, due process, liberty, need

INTRODUCCIÓN

El Código de Procedimiento Penal vigente en Colombia desde el año 2004, trajo cambios en las actuaciones relacionadas con la captura, como instrumento utilizado por las autoridades para garantizar el acceso a la administración de justicia de la víctima y el victimario en circunstancias previamente descritas. Un primer cambio para las autoridades policiales es que en las diligencias de captura en flagrancia, la persona aprehendida será puesta a disposición de forma inmediata o en el término de la distancia ante la Fiscalía General de la Nación; este procedimiento tiene descripción legal en los artículos 301 y 302 del C.P.P. de los eventos a tener en cuenta por la autoridad o el particular que decida llevar a cabo la captura en flagrancia.

La posibilidad de decidir si capturar o no, frente a los casos de flagrancia por parte del policía o del particular surge a partir del vocablo “podrá” consagrado por el legislador; lo anterior implica la observancia de otros criterios legales inaplicados comúnmente en la práctica policial, como son los moduladores de la actividad procesal. Así, un segundo cambio en el nuevo ordenamiento procesal, fue la incorporación en el Título Preliminar de los Principios Rectores y las Garantías Procesales, a los cuales se deben ceñir todos los servidores públicos que actúan en el proceso penal.

El Oficial de Cumplimiento de la Ley, entendido como la figura universal de policía, al tomar la decisión de capturar en flagrancia, como primera actuación debe sopesar si es necesaria, ponderada, legal y si es posible realizar otro procedimiento que no implique la afectación de la libertad, pero que garantice el acceso de los interesados y el correcto funcionamiento de la administración de justicia. La anterior argumentación permite aseverar que los oficiales de cumplimiento de la ley no están obligados a capturar en flagrancia, si no que es una potestad con múltiples factores a tener en cuenta.

La pregunta problema a resolver con el presente documento es, sí la captura en flagrancia es potestativa, sobre qué fundamentos puede tomarse o no la decisión de capturar, pese a cumplirse los requisitos y situaciones establecidos legalmente como flagrancia; para resolverla se recurrió a la hermenéutica y el método de análisis de caso, y así concluir que en Colombia la captura en flagrancia es una decisión autónoma del oficial de cumplimiento de la ley, que ha de sujetarse a la aplicación de los Moduladores de la Actividad Procesal consagrados en el artículo 27 del C.P.P.

Para analizar los fundamentos a tener en cuenta por parte del servidor que se encuentra avocado a la realización de una captura en flagrancia, es necesario establecer cuál es la descripción consagrada en las fuentes del derecho para regular el procedimiento de la autoridad de policía y sus implicaciones en materia procesal penal para los procesados y los fines de la administración de justicia. De igual forma contrastar los principios de Libertad, Debido Proceso y los Moduladores de la Actividad Procesal como garantías frente a la potestad de capturar en flagrancia, con unas situaciones propias frecuentes en el transcurrir de las actividades de policía.

Finalmente, se propone un ajuste a la descripción narrativa de la flagrancia en el procedimiento denominado “Realizar Captura”, previsto en el Protocolo de la Policía Nacional, mediante un marco de doctrina que permita contribuir con unos criterios a tener en cuenta al momento de asumir este significativo procedimiento, que además afronta una revisión de legalidad por parte de un juez de control de garantías.

LA FLAGRANCIA EN LAS FUENTES DEL DERECHO

El derecho a la libertad tiene una protección especial con origen en los tratados y convenios internacionales de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, en ellos se contemplan las dos situaciones en que se puede afectar este derecho, las garantías judiciales previstas en estos casos, como se evidencia en los artículos 9 y 14 del (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966), y en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969), en ninguno de estos tratados se hace alusión al tema de flagrancia, en ellos se dan indicaciones para remitirse a la constitución y la ley de cada Estado, siendo este el motivo para realizar un análisis de la normatividad existente en algunos países de la región.

El concepto de libertad en Colombia se describe clara y detalladamente, y se establecen los requisitos y el procedimiento para afectarla de manera excepcional en los artículos 28 y 32 de la Constitución Política de Colombia.

El artículo 28 C.N. es el marco de protección de la libertad y consagra su afectación exclusivamente a las autoridades judiciales, en cuanto a la detención preventiva determina una delimitación del tiempo y la autoridad a la cual se dejará a disposición la persona capturada.

El artículo 32 C.N. por su parte tiene dos componentes, el primero hace alusión a la figura jurídica de la flagrancia desarrollada en el artículo 301 del C.P.P., inicialmente con una serie de tres eventos que fueron ampliados a cinco en la ley 1453 de 2011; el segundo componente hace referencia al procedimiento que determina que la aprehensión y conducción ante el juez de la persona sorprendida en flagrancia la puede realizar cualquier ciudadano, no obstante esta segunda parte fue objeto de reglamentación en el artículo 302 del C.P.P.

Existe concordancia entre la Constitución Política de Colombia y la descripción actual del código de Procedimiento Penal, por cuanto el constituyente y el legislador utilizaron el vocablo “podrá” para determinar el actuar de quien realice el procedimiento; dicha expresión tiene carácter facultativo, de haberse consagrado la palabra “deberá”, en lugar de “podrá” las condiciones de los criterios de los moduladores de la actividad procesal penal serían otros.

En el artículo 302 del C.P.P. el legislador estableció que en la Audiencia de Control de Legalidad de captura deben participar, el fiscal, el juez de control de garantías, opcionalmente el ministerio público y un abogado que represente la defensa de la persona aprehendida, con lo que se evidencia, que el procedimiento excepcional de afectación de la libertad sin orden judicial, goza de supervisión y control dada la magnitud del derecho a afectar, pese a que el constituyente en los artículos 28 y 32 C.N. ha previsto que la persona que realizaba la aprehensión podía dirigirse de manera directa ante el juez. En dicha audiencia son dos los aspectos a revisar, la decisión la autoridad policiva de capturar en flagrancia y el procedimiento de la captura,

Así mismo se establecen dos periodos de tiempo para el procedimiento, un primer lapso para quien realiza la aprehensión que está sujeto a dos criterios, inmediatez y distancia a recorrer hasta el despacho de la fiscalía, un segundo lapso que parte desde el momento en que el fiscal lo recibe hasta que lo presenta ante el juez de control de garantías, sin que supere treinta y seis horas contadas desde el momento de la aprehensión.

LA CAPTURA EN FLAGRANCIA EN COLOMBIA

Como antecedentes legales resulta indispensable tener en cuenta que en materia de libertad y garantías uno de los cambios más evidentes en la Constitución

Política de 1991 y la ley 906 de 2004 está en la captura en flagrancia donde se recurre a la palabra “podrá”, a diferencia de lo existente en normas precedentes, ejemplo de ello es el artículo 394 del código procedimental de 1987, Captura en Flagrancia, “quien sea sorprendido en flagrancia será capturado por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial o por cualquier otra autoridad o persona y conducido en el acto.” (Código de Procedimiento Penal, Republica de Colombia, 1987)

Así mismo en el artículo 371 Captura en flagrancia del Decreto ley 2700 de 1991 se observa “Quien sea sorprendido en flagrancia será capturado por cualquier autoridad o persona y conducido en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el fiscal o funcionario competente para iniciar la investigación, a quien deberá rendir informe sobre las causas de la captura.” (Código de Procedimiento Penal, Republica de Colombia, 1991)

El vocablo “será” consagrado en estas normas, tiene carácter impositivo, en tanto que el actual “podrá”, implica un punto de decisión dentro de un procedimiento, siendo necesario destacar que en el artículo 24 de la Constitución Nacional de 1886, estableció:“El delincuente cogido *in fraganti*, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona...” Se empleaba también la palabra “podrá”, no obstante que el artículo 39 de la ley 2 de 1984 prohibía a las autoridades de policía judicial, en tratándose de casos de flagrancia o cuasiflagrancia, capturar al inculpado cuando fuere evidente que había actuado en legítima defensa, o cuando se trataba de homicidio o lesiones personales, ocurridos en accidente de tránsito y fuera evidente que el imputado había actuado con culpa, (Bernal Cuellar & Montealegre Lynnet, Captura medidas de aseguramiento y libertad provisional, 1985) estos aspectos no han sido abordados por la doctrina ni la jurisprudencia en el nuevo ordenamiento.

En Colombia, hoy existe concordancia entre la disposición constitucional y la ley, no ocurría así antes del año 1991, sin embargo en la reglamentación actual desaparecieron normas que determinaban en que situaciones no se debía

capturar pese a existir situación de flagrancia, hoy dichas situaciones solo pueden ser valoradas desde la aplicación de los criterios establecidos en los moduladores de la actividad procesal.

En concordancia con los principios del debido proceso y la posibilidad de capturar en flagrancia el legislador estableció como garantía procesal los moduladores de la actividad procesal el artículo 27 “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia” (Código de Procedimiento Penal, Republica de Colombia, 2012), estos criterios han de ser exigibles a todos los servidores públicos al momento de tomar sus decisiones, en especial en los procedimientos discrecionales que realiza la Policía Nacional y los servidores de Policía Judicial.

La Jurisprudencia en la Sentencia C- 024 de 1994, en desarrollo del concepto de flagrancia, estableció unos criterios de valoración a tener en cuenta al momento de tomar de la decisión de capturar o no por parte de la autoridad policiva, criterios cuya filosofía fue recogida en los actuales moduladores de la actuación procesal, así:

“Considera la Corte que a pesar de los requisitos que jurisprudencialmente se han considerado como característicos de una situación de flagrancia, subsiste en su valoración una cierta **discrecionalidad** del funcionario de policía que realiza la captura. Pero este acto discrecional de valorar el comportamiento de la persona para colegir que se amerita su captura no puede ser arbitrario; debe estar rodeado de **razonabilidad y de proporcionalidad**.

Es pues necesario distinguir la arbitrariedad y la discrecionalidad. Lo discrecional, para ser legítimo, se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables en todo caso, mientras que lo arbitrario no tiene motivación respetable, sino que es simplemente fruto de la mera voluntad o del puro capricho de los administradores, la conocida *sit pro rationevoluntates*.

La conciencia de que la privación de la libertad de una persona es una situación extraordinariamente grave, ha llevado a la jurisprudencia a imponer también -

además de otros principios del derecho penal-, la vigencia del principio de **proporcionalidad**. De esta forma se limita una inadmisiblemente total discrecionalidad administrativa, que queda así moderada en función de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a la toma de decisión.

Considera la Corte que el principio de proporcionalidad que debe existir entre los hechos acreditados y la decisión que con base en ellos se adopta -captura de una persona-, debe ser **adecuada** a los fines perseguidos por el Constituyente, es decir, que en lo posible, no se presenten excesos en los medios empleados. (Corte Constitucional Sentencia C-024, 1994)

Este pronunciamiento jurisprudencial desde el año 1994 precisó que la decisión es discrecional y no imperativa, y que debe sujetarse a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuarse a los fines de protección del constituyente, que han de ser tenidos en cuenta por la autoridad de policía al momento de afectar el derecho de la libertad, también tiene por objeto asegurar la protección de los elementos necesarios para la administración de justicia y los intereses de la víctima.

La misma jurisprudencia retomó un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que abordó el concepto de flagrancia y que es relevante al momento de tomar la decisión de capturar o no en flagrancia:

La Jurisprudencia colombiana ha determinado los requisitos que deben presentarse para establecer si se trata de un caso de flagrancia. Así, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, mediante Auto de diciembre 1º de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una "evidencia procesal", en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible. Ha dicho la Sala:

"Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la **actualidad**, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término **la identificación o por lo menos individualización** del autor del hecho"

Para la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad, requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si

vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial. (Corte Constitucional Sentencia C-024, 1994)

De aquí es posible extraer que son dos los fines del procedimiento a realizar en una situación de flagrancia, la individualización del autor y el aseguramiento de la evidencia que permitan establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Retomando la anterior sentencia ha resaltado la ponderación como uno de los aspectos a tener en cuenta ante la privación de la libertad y fija la siguiente conclusión: “Sin embargo, esta ponderación se invierte en caso de flagrancia. En razón de la necesidad de prevenir la comisión del delito y de recolectar las pruebas en la escena de los hechos, el constituyente ha permitido la intervención de la policía sin orden judicial.” (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, 2004)

Siendo evidente que uno de los fines de la captura es asegurar las evidencias, es necesario tener en cuenta si la conducta punible es de ejecución instantánea o permanente, aspecto a considerar en una situación de flagrancia como lo estableció la jurisprudencia “Sin embargo, hay que advertir que la definición del estado de flagrancia, en tratándose de delitos como la violación de la Ley 23 de 1982,(derechos de autor) no siempre será tan clara como puede ser la flagrancia en los delitos contra la integridad personal”, así las cosas en la práctica judicial estos criterios (Corte Constitucional, Sentencia T-211 , 1993) actualidad en la flagrancia y algunas de carácter permanente no son asociadas con la flagrancia.

Por su parte el doctrinante Fabio Espitia Garzón afirma: “La captura en flagrancia es una medida de coerción de carácter personal que ha sido siempre de connotación legal, supone identificación o por lo menos, individualización del agente y un requisito cronológico. (Espitia Garzón, 2011) La individualización ha de ser entendida como toda aquella información que permite diferenciar a un individuo de los demás del colectivo social, incluye no solo rasgos morfo cromáticos sino toda la información relacionada con su ámbito social, familiar, laboral y hábitos en particular, que han de recolectarse en el sitio y momento donde se tiene la oportunidad de aprehenderlo o no en flagrancia.

La flagrancia históricamente ha tenido connotaciones de orden probatorio, de oportunidad procesal para identificar, individualizar y endilgar responsabilidad, actualmente con la expedición de la ley 1453 de 2011, se tienen en cuenta los mismos fines y adicionalmente fue considerada como un aspecto que genera pérdida de beneficios. Esta norma incorpora una modificación respecto de las consecuencias de ser capturado en flagrancia; tal como quedó establecido en el párrafo del artículo 301 del C.P.P., al reducir a un cuarto la rebaja consagrada en el artículo 351 del C.P.P. que concede una disminución punitiva hasta de la mitad de la pena imponible en los casos que se acepten cargos en la audiencia de formulación de imputación. Esta modificación es un aspecto que agrava las consecuencias jurídicas de quien es capturado en flagrancia, versus quien opta por acudir voluntariamente o esperar a la expedición de una orden judicial para ser presentada ante las autoridades.

Jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia en fallo de casación 36502 del 5 de septiembre de 2011 realizó precisiones importantes respecto a las diferencias entre la aceptación de los cargos en la imputación y los preacuerdos, siendo necesario tener en cuenta las implicaciones que tiene para la persona que ha cometido una conducta y que acude de manera voluntaria ante la fiscalía, esto le permite que el juez le pueda conceder un beneficio consistente en un descuento

de hasta de la mitad de la pena a imponer, en tanto que si se celebra audiencia de control de legalidad de la captura en flagrancia solo puede ser hasta de una cuarta parte de dicha rebaja. Siendo de resaltar el siguiente aparte del pronunciamiento citado:

Por el contrario, resulta oportuno recordar que aun cuando el consenso y el derecho premial son características del sistema acusatorio, las distintas formas de terminación anticipada del proceso previstas en la ley 906 de 2004 tienen origen en una u otra de ella; mientras los preacuerdos son producto de la primera, el allanamiento o la aceptación de cargos son propios de la segunda.

Por eso, mientras el órgano de la persecución penal puede negarse a adelantar negociaciones, pues la *“Fiscalía y el imputado o acusado **podrán**”* celebrar preacuerdos o negociaciones que conduzcan a la terminación del proceso, lo cual no constituye irregularidad alguna conforme a lo dicho por la Sala en la decisión citada; cosa distinta ocurre en la audiencia de formulación de la imputación, en la que el Fiscal está obligado a expresar oralmente la posibilidad del indiciado de allanarse a la imputación y de obtener la rebaja de pena prevista en la ley, siendo suficiente la manifestación consciente y libre del imputado para que el juez de conocimiento proceda a su aprobación. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 36502, 2011)

Es posible concluir que la previsión legal de la ley 1453 de 2011 es contraria a la característica premial propia de un sistema acusatorio, así que la decisión que toma la autoridad de capturar, le cercena al procesado la posibilidad de acceder a un beneficio mayor en la rebaja de la pena, así esté dispuesto a colaborar con las autoridades y aceptar su responsabilidad, lo cual siempre será benéfico para la administración de justicia.

En esta misma línea la jurisprudencia respecto de la aplicación de la ley 1453 de 2011 ha confirmado las implicaciones que conlleva en la dosificación de la pena, el hecho de que la persona sea aprehendida en flagrancia, como lo determinó la Corte al establecer la diferencia en las rebajas de los dos ordenamientos, mediante la siguiente tabla:

Etapa procesal	Ley 906 Rebaja original	Reforma ley 1453 Rebaja actual (flagrancia)
----------------	----------------------------	---

Audiencia de formulación Imputación Art. 351	½ (50%)	1/4 de la mitad (12.5 %)
Audiencia preparatoria Art.356 N.5	1/3 (33.3%)	1/4 de la tercera parte (8.33%)
Audiencia juicio oral Art. 367	1/6 (16.6%)	1/4 de la sexta parte (4.16%)

Si la persona capturada en flagrancia, en la audiencia de imputación se allana a los cargos atribuidos por la Fiscalía General de la Nación, según el parágrafo del artículo 301, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, sólo obtendrá un cuarta parte del beneficio allí reglado, esto es, el 12.5%, lo cual lleva a inferir que el descuento punitivo es de 30 meses, arrojando como sanción definitiva 210 meses de prisión.

Ahora, si la mencionada manifestación se realiza en la audiencia preparatoria, el acusado que fue capturado en flagrancia, únicamente tendrá derecho a la cuarta parte del beneficio estatuido en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, es decir, un 8.33%, porcentaje que aplicado al ejemplo, únicamente le reducirá la pena en 20 meses, para un total definitivo de 220 meses. (Corte Suprema de Justicia, Acta 253, 2012)

De estas reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia para la interpretación de los beneficios por la aceptación, cuando hay condición de captura en flagrancia es posible observar que afecta significativamente el beneficio previsto, es decir que la decisión de aprehender a la persona en flagrancia trae implícitas unas consecuencias graves para el procesado, aspecto que puede tener en cuenta la autoridad policiva para la toma de la decisión y las posibilidades que esto puede implicar para que la persona colabore con la administración de justicia. Revisada la motivación de la expedición de la ley 1453 de 2011 no es posible identificar que tal agravación obedezca a la formulación de una política criminal, en la cual se deba reprimir con más severidad a la persona sorprendida en flagrancia, máxime si es posible que la persona sea capturada en flagrancia por la comisión de un

delito culposo, bajo un estado de ira, necesidad, o de una de los causales de ausencia de responsabilidad.

En algunas audiencias hoy es posible observar que el juez de control de garantías le indica al imputado que los descuentos por la aceptación de los cargos, puede diferir de acuerdo al despacho que le corresponda la tasación de la pena, por cuanto algunos jueces aplican excepción de inconstitucionalidad respecto de la ley 1453 de 2011 y le conceden hasta la mitad de descuento de la pena y otros siguen la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y solo conceden una octava parte, aspecto que deriva en inseguridad jurídica.

En reciente pronunciamiento la Corte Constitucional mediante Comunicado de Prensa N° 33 del 23 de Agosto que anuncia la sentencia C-645/2012, en el aparte de síntesis del fundamento de la decisión, estableció:

“La Corte...observó que la iniciativa del legislador, se encaminó a luchar contra la criminalidad y eliminar la impunidad y, en particular, tratándose de la norma demandada, a evitar que la persona sorprendida en flagrancia que acepta cargos o preacuerda con la Fiscalía, obtenga el mismo beneficio que aquella que no lo es, pero decide colaborar con la administración de justicia.

Para la Corte, tal medida, prima facie, no desconoce el principio de igualdad al establecer esa limitación de los beneficios para las personas sorprendidas en flagrancia, pues no es equiparable su colaboración, para reducir el desgaste en la labor del Estado, frente a quien voluntariamente adelanta la misma actuación, sin existir dicha flagrancia. En consecuencia y según el legislador, los beneficios punitivos no pueden ser equiparables entre el individuo sorprendido en flagrancia y aquel que no lo es, cuando hay allanamiento o aceptación de cargos, y preacuerdos o negociaciones, toda vez que en el primer evento el eventual desgaste de la administración de justicia, en principio, sería menor al existir como evidencia probatoria la flagrancia. Igualmente, la norma objeto de censura debe ser coherente con uno de los principios del derecho premial y la negociación

propia de la Ley 906 de 2004, según la cual, a mayor compromiso hacia la colaboración con la administración de justicia y la economía procesal, más significativa debe ser la disminución en la sanción.

Así las cosas, el legislador y la Corte desconocen la posibilidad que tienen todas las personas que han cometido una conducta punible, de manifestar su intención de aceptar y cumplir con el deber constitucional de colaborar con la administración de justicia desde el mismo momento de los hechos, omitiendo la observancia de los principios de consenso y premial de un sistema penal acusatorio.

Esta norma da otra connotación a la captura en flagrancia convirtiéndola en un agravante, siendo posible que esto genere un mensaje errado en la comunidad en el cual resulte mejor huir del lugar y presentarse con posterioridad para obtener beneficios que no le serían reconocidos en el evento de permanecer en el sitio, colaborar con las autoridades y ser capturado en flagrancia.

Visto lo anterior vale la pena revisar la posibilidad de dotar al policía de argumentos para que al tiempo de realizar el procedimiento indague con la persona sorprendida en flagrancia si está dispuesta a colaborar con la administración de justicia, facilitar las diligencias de recaudo de evidencias y presentación ante las autoridades judiciales de inmediato, o si es inminente la necesidad de afectar su libertad para obtener los mismos resultados y perder beneficios.

Revisados los códigos penal, penal militar y disciplinarios, se encontró que no preexiste descripción típica que permita sancionar al servidor público cuando se den situaciones de flagrancia y no capture, sin embargo en el inconsciente colectivo siempre las autoridades de policía estarán obligadas a capturar. En las normas vigentes a 2012 el legislador no ha previsto una conducta omisiva respecto del procedimiento de captura en flagrancia, como si se puede tipificar en

fraude a resolución judicial, cuando no se capture a una persona sobre quien pese orden judicial de captura, pese a que existan posiciones en contrario a este respecto:

Quien recibe la orden de capturar, puede negarse a cumplirla, la orden de captura que el servidor público judicial imparte a la autoridad encargada de hacerla efectiva no es un mandar categórico irreflexivo, ni una orden perentoria en si misma considerada. Por tanto corresponde a la autoridad comisionada para llevarla a cabo, verificar que esta se ajuste a derecho. Pues no es por la única circunstancia de provenir de un funcionario judicial, que ella debe acatarse.

La responsabilidad de una orden ilegal, puede, en algunas circunstancias llegar a ser compartida entre quien la emite y quien la ejecuta. (Fierro Mendez, 2004)

Las conductas omisivas deben estar claramente descritas y no es posible inferir una posición de garante exigible respecto del deber de capturar. Tal como lo afirma el doctrinante español Esteban Sola Reche “Si se tiene en cuenta que solo omite quien tiene capacidad concreta de acción, pues quien no la tiene no omite, no resulta correcto tener que esperar al juicio de culpabilidad (reprochabilidad) para dilucidar si el sujeto no es responsable (penalmente) porque no le era exigible la acción ordenada teniendo eficacia, entonces, a nivel de la tipicidad” (Sola Reche, 1999)

En la doctrina nacional también encontramos que la decisión de afectar la libertad de alguien no se ha de sujetar solamente a cumplir con la descripción legal, al respecto, sino que resulta necesario acompañarla de unos criterios que han sido enunciados por el tratadista Heliodoro Fierro Méndez, así:

Ante la disyuntiva de privar o no de la libertad emergen la razonabilidad y la razonabilidad. Postulados que ineludiblemente han de tenerse en cuenta. El primero se orienta hacia el cotejo de los requisitos sustanciales y formales que vienen dados en la ley a tal efecto; el segundo es el de reflexionar prudencialmente si la finalidad propuesta en la ley, para la detención o libertad, se hacen realidad al ejecutar lo uno o lo otro. Todo ello obliga a examinar un contexto no solo legal sino doctrinal y jurisprudencial del cual extraer las conclusiones en cada particular asunto. (Fierro Mendez, 2004)

Dentro de los manuales dirigidos a los oficiales de cumplimiento de la ley en

Colombia se halló el Manual de la Policía Judicial, en el cual aparece solamente la transcripción del artículo 301 del C.P.P., y un aparte que establece: “en los casos de flagrancia, la Policía Judicial y Policía Nacional pueden recaudar información pertinente EMP y EF, en el lugar de los hechos, en la ruta de escape y en el lugar donde es aprehendido o capturado el sujeto.” (Consejo Nacional de Policía Judicial, 2005) Así mismo, revisado el manual de procedimientos de la Policía Nacional de Colombia, la descripción respecto del tema es muy vaga y se limita a enunciar dos de los pasos que sigue el policial que asume la decisión.

Esto permite evidenciar la necesidad de determinar unos criterios sólidos que puedan ser incorporados en la descripción de los procedimientos, protocolos estandarizados y en el entrenamiento de los oficiales de cumplimiento de la ley, aspectos que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades judiciales. Revisada la normatividad jurídica existente en la región es posible encontrar diferencias significativas en la descripción legal, en especial respecto del accionar esperado, no obstante que estos Estados están regidos por los mismos tratados y convenciones.

LA CAPTURA EN FLAGRANCIA EN OTROS CONTEXTOS DEL CONTINENTE AMERICANO

En la República de Perú la captura en flagrancia está descrita de la siguiente forma “Artículo 259°.- Detención Policial “La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.” (Republica del Peru, 2009) El vocablo “detiene” no le posibilita a los oficiales de cumplimiento de la ley de ese país una decisión si no una acción a seguir, de manera que en este ordenamiento, los oficiales de cumplimiento de la ley no pueden aplicar unos moduladores procesales.

En el caso de Venezuela la descripción está prevista de la siguiente forma:

Artículo 248. Inciso 2 En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con la inmunidad de los diputados a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos de los Estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado. (Asamblea Nacional de la Republica Bolivariana de Venezuela, 2009)

Este ordenamiento legal describe dos acciones distintas, al oficial de cumplimiento de la ley le impone el deber de capturar, en tanto que con el particular utiliza la palabra “podrá”, siendo necesario destacar que el legislador en ese país estableció una diferencia de acción esperada de la autoridad frente a la del particular.

De la misma manera el código de procedimiento penal de Chile prevé procedimientos diferentes para la policía y los particulares, así como para los delitos y las faltas:

Art. 260. (282) Los agentes de policía están obligados a detener:
1°. A todo delincuente de crimen o simple delito a quien se sorprenda in fraganti;
2°. Al sentenciado a las penas de presidio, reclusión o prisión que hubiere quebrantado su condena, y
3°. Al detenido o preso que se fugare.

En los casos señalados, la detención podrá hacerse, en los lugares o establecimientos a que tenga acceso público, como los locales de espectáculos, cafés, restaurantes, hoteles, prostíbulos y otros semejantes, sin la necesidad de la orden correspondiente para la entrada a dichos sitios.

Artículo 261.- La policía podrá detener al que sorprenda infraganti cometiendo una falta, si no tuviere un domicilio conocido ni rindiere caución en la forma prevista por el artículo 266, de que comparecerá a la presencia judicial en la audiencia inmediata sin necesidad de otra citación.

Artículo 262.- Cualquiera persona puede detener a un delincuente a quien sorprenda infraganti, para el efecto de ponerlo de inmediato y directamente o por medio de la policía, a disposición del juez a quien corresponda el conocimiento del negocio. (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2007)

En la República de Chile la captura en flagrancia por parte de la policía es

obligatoria en los casos de crimen y delito simple, en tanto que en los casos de faltas o las capturas realizadas por particulares la palabra es “podrá”. El legislador en este país diferenció por la condición de quien realiza el procedimiento y la gravedad de la conducta al tenerlas clasificadas.

La legislación de Puerto Rico fue uno de los referentes para la reforma del código procesal penal colombiano, allí la descripción legal prevista en las reglas de procedimiento contempla:

Regla 11. ARRESTO POR UN FUNCIONARIO DEL ORDEN PÚBLICO. (34 L.P.R.A. Ap. II R 11)

Un funcionario del orden público podrá hacer un arresto sin la orden correspondiente:

(a) Cuando tuviere motivos fundados para creer que la persona que va a ser arrestada ha cometido un delito en su presencia. En este caso deberá hacerse el arresto inmediatamente o dentro de un término razonable después de la comisión del delito. De lo contrario el funcionario deberá solicitar que se expida una orden de arresto.

(b) Cuando la persona arrestada hubiese cometido un delito grave (*felony*), aunque no en su presencia.

(c) Cuando tuviere motivos fundados para creer que la persona que va a ser arrestada ha cometido un delito grave (*felony*), independientemente de que dicho delito se hubiere cometido o no en realidad. (Estado libre asociado de Puerto Rico, 2002)

Esta ley procesal utiliza el vocablo “podrá” al igual que la legislación colombiana, pero recurre a la expresión arresto como procedimiento policial, no como una de las formas de pena, que es como está previsto en Colombia, así mismo describe situaciones diferentes a la flagrancia en las que el oficial de cumplimiento de la ley puede proceder al arresto. La doctrina en el caso de Puerto Rico al describir los motivos fundados, para el arresto sin orden, indica que el agente debe hacer un juicio objetivo prudente y razonable y que deben tenerse en cuenta las características externas del delito:

Como hemos indicado anteriormente, el concepto de “motivos fundados” en la regla 11 debe entenderse como al menos tan riguroso como “causa probable,” en sentido constitucional, para la expedición de la orden judicial de arresto. De otra manera sería más fácil validar el arresto sin orden que el arresto con orden, en perjuicio del fundamento de la protección constitucional. De ahí que haya que aplicar, *mutatis mutandi*, lo dicho anteriormente sobre causa probable del magistrado. Se trata, en fin, de un juicio probabilístico de que determinada persona ha cometido determinado delito.

Se trata del juicio objetivo de una persona (agente) prudente y razonable: “la apreciación que haría una persona prudente y razonable de las circunstancias presentes. También se ha dicho que:

La existencia de “motivos fundados” para el arresto sin orden de magistrado es el resultado de una rápida evaluación de circunstancias, en el oficial de la policía llega a la conclusión de que la persona ha cometido un delito en su presencia. R.P.C. 11 (a) Para sí concluir el agente debe relacionar el comportamiento de la persona frente a él, con los hábitos de conducta y manera de actuar de infractores de la ley en circunstancias similares. Esto requiere el conocimiento de usos y costumbres de los infractores con los cuales el policía está familiarizado especialmente si se trata de delitos comunes de alta incidencia. Cada delito tiene unas características externas, una manera de realizarse, que la proyectan visualmente, tipifican las circunstancias delictivas y dirigen el raciocinio hacia la convicción de motivos fundados para el arresto. El intento de fuga completó el panorama circunstancial objetivo que producen en el agente la inferencia fundada de hallarse ante los sujetos partícipes en el delito. (Chiesa Aponte, 1992)

El derecho comparado permite evidenciar como en cada uno de los Estados que se citaron se han consagrado acciones distintas para el procedimiento en flagrancia; en Colombia el constituyente y el legislador optaron por un marco normativo que faculta la toma de la decisión para que quien realiza dicho procedimiento se sujete a los criterios de necesidad, ponderación y proporcionalidad previsto en los Moduladores de la Actuación Procesal.

Teniendo en cuenta las descripciones de captura en flagrancia que se encuentran consagradas en los tratados internacionales, la constitución política, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado, resulta necesario desarrollar un análisis de los derechos que se restringen y los principios que han de ser tenidos en cuenta en el procedimiento de captura en flagrancia.

LA CAPTURA EN FLAGRANCIA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES.

El modelo procesal actual propende por la libertad en oposición a la restricción de la misma, por tal motivo los aspectos a tener en cuenta para su afectación deben estar claramente definidos, para que los ciudadanos y autoridades revisen en que caso resulta ponderado afectar la libertad de las personas. “El postulado constitucional de la libertad conlleva a que cualquier restricción a ella sea excepcional, siendo lícita su privación solo en los eventos que la propia constitución lo permite”. (Espitia Garzón, 2011)

La realidad vivida a diario pareciera no tener en cuenta que el procedimiento es excepcional y por el contrario la afectación de la libertad termina decidiéndose con criterios que pueden ser personales, institucionales o con intereses diferentes a la administración de justicia, tales como la evaluación de resultados policiales por números de capturas y estadísticas en general. Sumado a lo anterior algunos delitos han sido desestimados para considerar la captura en flagrancia, pese a que no existe tal restricción, como ocurre con el caso de la inasistencia alimentaria, que es un delito de ejecución permanente, frente al cual los policías no realizan procedimientos de captura en flagrancia es necesario entrar a precisar normativamente estos temas como lo ejemplifica el profesor Fabio Espitia Garzón.

Aunque es lícita la captura en flagrancia en relación con hechos punibles que requieren querrela, hubiera sido recomendable reglamentar esta situación como lo hace el artículo 380 del Código de procedimiento penal italiano al afirmar que procede solo en el evento en que el perjudicado presente la querrela en el lugar de los hechos, mediante declaración efectuada en forma verbal o escrita ante el respectivo funcionario de policía judicial. (Espitia Garzón, 2011)

Nótese que la mayoría de los ordenamientos procesales han previsto un efecto diferenciador para los delitos querrelables en los cuales la ponderación para la afectación de la libertad es más simple.

La presunción de inocencia como uno de los principios inmersos en el derecho a un debido proceso, debió ser uno de los aspectos tenidos en cuenta por el legislador cuando utilizó el vocablo “podrá” en el artículo referente a la captura en flagrancia, como lo indica el Maestro Jairo Parra Quijano:

“Quien pretenda redactar una constitución o un código de procedimiento penal, por ejemplo, tiene que escoger la carnadura filosófica que utilizará. O parte de la inocencia de la persona para que pueda exigir garantías o de la sospecha y le niega esas garantías, o quizá de una posición neutra que apunta a quitarle el colorido a las garantías. Si opta por reconocer la experiencia y consagra la presunción de inocencia, estamos frente a un cumulo de garantías frente al poder punitivo del estado. Esta sería una primera significación de la presunción de inocencia: El hombre con el talante suficiente para exigir garantías. (Precisamente porque sabe se le presume inocente).

La presunción de inocencia rige en el proceso penal que se adelante contra una persona. Ella obliga, por ejemplo, a que el juez exteriorice el proceso lógico que siguió *para construir una determinada conclusión o un determinado indicio;*” (Parra Quijano, 1998)

La decisión de privar de la libertad a una persona sorprendida en flagrancia, implica invertir el principio de presunción de inocencia, y considerar que se tienen todos los elementos necesarios para determinar una responsabilidad penal, máxime cuando en la legislación colombiana el procedimiento aplica para todas las conductas punibles descritas en nuestro ordenamiento, sin distinción de las penas previstas, ni de las causales de ausencia de responsabilidad, pues como lo afirma el tratadista, “solo por razones muy poderosas se puede ordenar que una persona sea privada de su libertad: en los delitos calificados de graves y con el fin de asegurar el éxito de la investigación y la aplicación de la ley. Este principio debe tener aplicación cuando se legisla y cuando se resuelve la detención de una persona.” (Parra Quijano, 1998)

Los principios son pilares que rigen la actuación procesal, son los llamados a dirimir conflictos normativos y evidencian la filosofía del sistema penal, así lo estima Robert Alexi “Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida, de acuerdo con las posibilidades

jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.” (Alexi, 2003)

Los principios y garantías procesales están consagrados en los primeros 27 artículos del C.P.P. siendo el último el denominado Moduladores de la Actividad Procesal que contempla como ideales la necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, con relación a la ponderación y la necesidad los Doctores JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET en su texto el proceso penal han precisado:

La ponderación es la manera de resolver estas colisiones entre principios y por consiguiente la forma de aplicarlos. La palabra ponderación deriva de la locución latina “pondus” que significa peso. Esta referencia etimológica es relevante porque cuando el juez o el fiscal ponderan su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Y es que, como aclara Ronald Dworkin, los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto cuál de ellos determina la solución para el caso.

Hay varios momentos en el procedimiento penal en que resulta imprescindible ponderar. Esa ponderación, por su parte, está a cargo tanto del fiscal como del Juez, y de la propia Policía Judicial. En el nuevo código de procedimiento penal se debe ponderar, por lo menos: siempre que se afecte un derecho fundamental y cuando se aplique el principio de oportunidad.

Ya es doctrina recurrente de la Corte Constitucional la tesis según la cual la Constitución prohíbe todas las afectaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales. Una afectación es desproporcionada, o bien cuando es gratuita, es decir, cuando carece de todo fundamento, o bien cuando no observa las reglas de la ponderación, es decir cuando generan leves beneficios para el principio que la justifica y correlativamente afecta de manera intensa al derecho fundamental.

Dentro del proceso penal hay varios ejemplos que reflejarían la existencia de una desproporción, que conduciría a la inconstitucionalidad de la medida en la ponderación. Piénsese por ejemplo en el caso en que un fiscal ordene la práctica de captura por un hecho insignificante. En este evento, el perjuicio de la libertad es grave y no justifica la protección penal que el derecho otorga al bien jurídico que es afectado por el hecho insignificante.

El principio de necesidad se funda también en la idea de que en el estado constitucional están prohibidas las limitaciones gratuitas a los derechos fundamentales y que, por tanto, si los beneficios que se obtienen mediante una

medida que afecta a los derechos fundamentales pueden obtenerse sin dicha medida o mediante una menos gravosa, resulta inconstitucional la medida adoptada. (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, 2004)

La decisión de capturar en flagrancia, no obedece solo a una regla que se debe seguir sino a un análisis de múltiples factores que sumados han de verse, como una decisión inicial en la acción penal que se ajusta al respeto de unos principios, como el de ponderación y necesidad que hoy están consagrados en el primer capítulo del código de procedimiento penal.

Al describir la flagrancia en la ley actual no se contempló que concurrieran simultáneamente los momentos de la flagrancia y las causales de ausencia de responsabilidad penal, caso en el cual la decisión debería revisarse también a la luz de los moduladores de la actividad procesal, como lo ha sostenido la corte:

“Aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto el, legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en qué consiste el derecho y los límites del mismo.

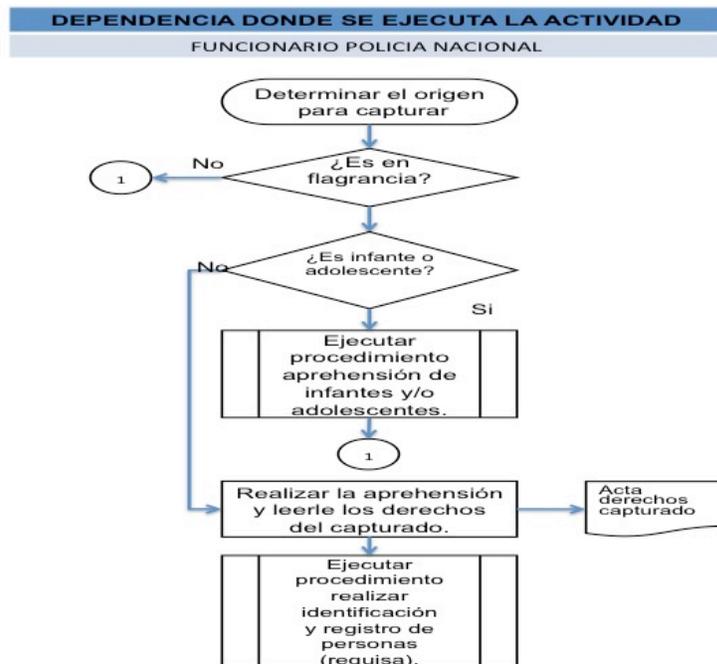
En síntesis, la restricción de la libertad personal por parte del Estado se legitima cuando encuentra fundamento en el conjunto de valores y principios que justifican su existencia. A contrario sensu, los límites establecidos a este derecho fundamental, sin causa que lo amerite, se erige como una clara afrenta al concepto de Estado Social de Derecho.” (Corte Constitucional Sentencia C-634, 2000)

Un ejemplo de lo anterior ocurrió en enero de este año en el departamento del Huila, como lo registraron los medios de comunicación “Durante un intento de asalto en el norte de Neiva un presunto delincuente fue asesinado por un ex policía al que pretendía hurtarle un bolso con 12 millones de pesos. Testigos aseguran que el asaltante recibió dos disparos en la espalda tras forcejear con el hombre víctima del intento del 'robo'.” (La Nacion, 2012) Caso en el que pese a que la persona se defendió, entregó su relato y elementos a las autoridades, fue capturado por el homicidio de su asaltante, teniendo la condición de víctima paso

a recibir un trato de victimario con la consecuente privación de la libertad, sin que fuese posible inferir intención o condición delictiva alguna o de eludir la acción de justicia.

PROPUESTA DE AJUSTE AL PROCEDIMIENTO DE “REALIZAR CAPTURA” DE LA POLICÍA NACIONAL E INCLUSIÓN EN EL MANUAL DE POLICÍA JUDICIAL.

Revisado el Manual de Policía Judicial y en especial el Manual de Procedimientos de la Policía Nacional encontramos el procedimiento denominado “Realizar Captura” el flujograma que contiene el procedimiento a seguir en casos de captura contempla una actividad en la que se utiliza un rombo, figura que representa un punto de decisión, en la captura en flagrancia esta descripción es muy vaga, como ya se dijo, y se limita a enunciar dos de los pasos que sigue el policía que asuma la decisión de capturar en flagrancia, no se contempló nada respecto a la captura realizada por particular prevista en el artículo 302, así:



Fragmento del Procedimiento Realizar Captura
 CÓDIGO: 2IJ-PR-0022 versión 01
 Policía Nacional de Colombia

En el Manual de procedimientos de la Policía Nacional, los pasos graficados tiene una descripción que para el caso que nos ocupa es la siguiente:

- Determinar si el **origen** de la captura es la comisión de una conducta punible en flagrancia.
- Como se estableció que es en flagrancia, hacer claridad en cuál de las situaciones de flagrancia según el Art. 301 del C.P.P. se esta capturando; se adopta una posición defensiva, observando las medidas de seguridad (arma en la mano, cubierto por un obstáculo), luego se informa a la persona en tono fuerte y seguro que se encuentra en presencia de funcionarios de la Policía, indicándole que adopte una posición de indefensión (manos arriba, tendido, de rodillas, manos a la cabeza, etc.) dependiendo del grado de peligrosidad que revista el sujeto y de acuerdo a las circunstancias de modo tiempo y lugar, se asegura la persona indiciada, dar a conocer y garantizar los derechos del capturado o aprehendido. (Policía Nacional, 2009)

El procedimiento de realizar captura, fue diseñado teniendo en cuenta los motivos previstos en el ordenamiento legal, por orden judicial y en flagrancia, el análisis

realizado en el presente texto pretende ser el fundamento para sugerir algunos ajustes a la versión 1, así:

Respecto de la actuación inicial conviene cambiarla palabra “origen” por el término “motivo”, teniendo en cuenta que no estamos enunciando una fuente sino por el contrario a una acción externa que motiva el actuar policial para determinar una serie de actividades a seguir.

En el punto de decisión “¿es en flagrancia?” en el que se realiza la valoración de SI o NO se trata de una situación de flagrancia de las previstas en el artículo 301 del C.P.P., se deben incorporar otros criterios y aspectos a tener en cuenta por parte de los oficiales de cumplimiento de la ley, antes de afectar la libertad.

Con el fin de estudiar algunas situaciones específicas propias de las actividades diarias del ejercicio de la actividad de policía, se elaboró una matriz con el fin de analizar seis situaciones diferentes en las que hoy resulte posible el procedimiento de captura en flagrancia y contrastarlas con los principios y derechos anteriormente enunciados, ver anexo N° 1 (Matriz de Análisis de Situaciones).

Las seis situaciones corresponden a personas que han cometido un delito y son sorprendidas flagrantes, en concurrencia con otras condiciones, que deben tenerse en cuenta para ponderar y determinar la necesidad del procedimiento, resulta entonces indispensable revisar:

1. La persona se encuentra privada de la libertad en establecimiento carcelario: en todos los casos es necesario verificar el lugar donde ocurrieron los hechos y mediaron las circunstancias de flagrancia, por cuanto si se trata de un sitio de detención de personas, no resulta necesario capturar.
2. La persona comete el delito de inasistencia alimentaria. Antes de proceder en cualquier caso se revisará el tiempo de ejecución de la conducta punible, si

es permanente o instantáneo, aspecto vital para determinar las circunstancias previstas en el artículo 301. Teniendo en cuenta que en algunas ocasiones con los delitos de ejecución instantánea existen problemas de interpretación. Adicionalmente si la conducta es querellable y/o no comporta medida de aseguramiento.

3. La persona que comete el ilícito es sorprendida en flagrancia y debe recibir atención hospitalaria. En su actuación el servidor constatará las condiciones de integridad y conciencia de la persona a capturar, si la persona se encuentra lesionada y/o inconsciente y requiere atención médica urgente, se procede primero proteger su derecho a la vida y la integridad personal, sumado a que el procedimiento resultaría innecesario, por cuanto la persona no puede eludir la acción de la justicia en ese momento. En estas situaciones la policía puede disponer la protección de la persona para garantizar su integridad.
4. La persona desea comparecer ante las autoridades y asume su responsabilidad. Si la persona a capturar manifiesta asumir la responsabilidad en la ejecución de la conducta, desea colaborar con todos los actos de investigación necesarios y/o presentarse ante las autoridades de manera inmediata, aprehenderlo resultaría innecesario y desproporcionado, sumado a la afectación en los beneficios que puede recibir por colaborar con la administración de justicia.
5. Si la capturada fue realizada por un particular. el policía que la recibe analiza si la situación se enmarca o no dentro de las cinco anteriores descripciones, en todo caso deberá proceder a registrar todos los datos e información de quien realizó la captura, si se trata de la víctima recibir la querrela o denuncia y evaluar si asumirá el procedimiento de captura en flagrancia o le restablecerá el derecho.
6. En el actuar de la persona concurren la flagrancia y causales de ausencia de responsabilidad, se hace necesario un análisis muy detenido de cada caso

en particular, evitando situaciones como la de dar tratamiento de victimario a la víctima.

Analizadas estas seis situaciones es posible establecer que el procedimiento de captura en flagrancia en Colombia, para los oficiales de cumplimiento de la ley y los particulares implica una decisión que ha de tomarse teniendo en cuenta los moduladores de la actividad procesal.

EN CONCLUSIÓN...

La captura en flagrancia es un procedimiento que tiene serias implicaciones en materia procesal penal, lograr un desarrollo del tema redundaría en la protección de los derechos de los procesados y las víctimas, como de las posibilidades de mejorar las condiciones de un modelo penal acusatorio que tiene como principios el consenso y el derecho premial.

Ha de ser **autónoma** por cuanto es el funcionario de cumplimiento de la ley es quien toma la decisión, es a él a quien se le realizará un juicio de valor respecto a su procedimiento en la audiencia de control de legalidad de captura en flagrancia, por lo tanto él debe tener claro que él asume la responsabilidad derivada de los errores de la actuación, la cual no puede ser inducida o dispuesta por las víctimas. La legislación colombiana no exige puntualmente frente a una situación de flagrancia, capturar, por cuanto se utilizó por parte del legislador la palabra **podrá**, lo cual implica que es una decisión discrecional, una facultad, el vocablo utilizado por el legislador es una conjugación del verbo poder en indicativo futuro, (Wordreference.com Diccionario de idiomas en línea) de manera que no se puede inferir que es un deber o una obligación como comúnmente lo asocian la mayoría de las personas.

El procedimiento de captura en flagrancia **no es pre-requisito**, del inicio de la acción penal, no implica inacción penal, no es una condición previa para realizar una imputación e iniciar la acción penal, tampoco lo es para adelantar actos urgentes, rendir un informe ejecutivo o noticia criminal, estas entendidas como las formas de inicio de la acción penal.

No es exigible, la captura en flagrancia no es un procedimiento que pueda ser exigido al particular o a la autoridad de policía por el fiscal, juez, superior jerárquico o la víctima. En caso de que el fiscal tome la decisión de negarse a recibir las diligencias por no haber realizado la captura en flagrancia, debería proceder por la facultad del procedimiento excepcional que le otorga el artículo 300 del C.P.P. y emitir la correspondiente orden. En el caso del Juez, si lo estima necesario también tiene la atribución en virtud del artículo 297 del C.P.P. de generar el mandato de la orden y por lo tanto no puede ordenar que una persona aprenda en flagrancia. En el caso del superior jerárquico y tratándose de servidores públicos, ellos no deben ordenar a sus subalternos capturar en flagrancia por cuanto la decisión ha de ser asumida por quien observó la situación enmarcada en la descripción del artículo 301 del C.P.P.

Así mismo no sería posible procesar penalmente por la conducta punible de desobediencia prevista en el artículo 96 del código penal militar, en el caso de los miembros de la fuerza pública, por cuanto el superior no es una autoridad competente para expedir órdenes de captura. Además que quien considere que existe flagrancia es quien toma la decisión y no puede su convencimiento transferirlo a otros a través de una orden, pues la responsabilidad de asistir a una audiencia de control de legalidad de captura es indelegable, si el superior considera que tiene todos los elementos a él le corresponde asumir el procedimiento.

El oficial de cumplimiento de la ley toma una decisión trascendente cuando se encuentra con una situación de flagrancia, esta no puede circunscribirse únicamente a verificar que la situación se ajuste a lo previsto código de procedimiento penal, ha de tener en cuenta los moduladores de la actividad procesal, aspectos que deben ser desarrollados en los manuales de procedimiento con el fin de brindar herramientas a las autoridades, para aumentar la protección de derechos humanos tales como la vida, la integridad, la libertad, el acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

La decisión de captura en flagrancia es autónoma, no habrá de ser inducida (jefes, víctimas, curiosos), ni ordenada por funcionarios judiciales; la persona que asume el procedimiento de captura, tendrá en cuenta que estas decisiones han de soportarse ante un juez. La afectación de la libertad implica la restricción de varios derechos fundamentales, como la libertad de locomoción, la capacidad de autodeterminarse, el buen nombre y además restringe la posibilidad de cumplir con unas obligaciones familiares, laborales y académicas entre muchas otras que generan perjuicios.

Al no tener la certeza de las condiciones en que ha de tomarse la decisión, mejor será no recurrir a este procedimiento y optar por otros que pueden garantizar la protección de derechos fundamentales de la persona objeto del procedimiento y de la víctima, como por ejemplo, la plena identificación e individualización, de manera tal que se pueda aportar la información a la investigación criminal.

Es de anotar que los procedimientos de individualización e identificación, recolección y aseguramiento de evidencia se deben desarrollar independiente de la afectación de la libertad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 208 del C.P.P., de manera que se satisfaga las expectativas de las víctimas y se pueda apoyar la actividad que demandan las autoridades judiciales, información que debe quedar registrada en el informe que se rinda a la fiscalía.

La toma de la decisión de captura en flagrancia en Colombia no es una regla de derecho, sino por el contrario es la única excepción a la restricción de la libertad sin una orden judicial, por tal motivo al momento de asumirla es ineludible aplicarle los moduladores de la actividad procesal del artículo 27, y lo consagrado en los artículos 295 y 296 del C.P.P., para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso y la protección de la comunidad y de las víctimas, criterios que permiten determinar si resulta adecuada la medida.

Las autoridades de policía deben velar por evitar o reducir el impacto causado por la conducta punible, asegurar la evidencia, identificar e individualizar al presunto autor, pero es posible que todo esto se pueda realizar sin necesidad de afectar el derecho a la libertad y sí proteger el derecho al debido proceso del implicado.

No existe una descripción de un tipo penal o disciplinario por la omisión de captura en flagrancia, que conlleve la condena o sanción por no realizarla, aspecto que no puede ser utilizado para coaccionar al funcionario y determinarlo a afectar el derecho. No obstante resultara posible generar responsabilidad disciplinaria o penal si la acción de la autoridad al tomar la decisión de no capturar conlleva al encubrimiento de la persona señalada u otra actividad delictiva.

El policía tiene la posibilidad de conducir a la persona que voluntariamente lo desee ante el fiscal, para que esta pueda acceder a un descuento de hasta de la mitad de la pena por los delitos que le impute la fiscalía, aspecto que le resulta más favorable que ser capturado en flagrancia, pues esto le restringe los descuentos previstos en la ley.

Resulta necesario que la Policía Nacional y la Policía Judicial ajusten la descripción del procedimiento de captura en flagrancia previsto en sus manuales, pues no se ha elaborado un catalogo de las conductas punibles en que es posible

determinar las condiciones exigidas para la flagrancia, así mismo los aspectos que debe ponderar el policial al asumir esta decisión. Es posible que al modificar la vaga descripción de flagrancia en los protocolos, se optimice la protección de los derechos fundamentales, se reduzcan las capturas en flagrancia declaradas ilegales, y genere mayor compromiso por el aseguramiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, que en ocasiones son dejados de lado para poder cumplir el procedimiento de captura en flagrancia y los términos establecidos.

Bibliografía

- Bernal Cuellar , J., & Montealegre Lynnet, E. (1985). *Captura medidas de aseguramiento y libertad provisional*. Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Cuellar , J., & Montealegre Lynett, J. (2004). *El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio* (Quinta ed.). Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Universidad Externado.
- Parra Quijano, J. (1998). *Biblioteca jurídica virtual*. Recuperado el 15 de 04 de 2012, de <http://www.bibliojuridica.org>: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/745/25.pdf>
- Sola Reche, E. (1999). *la omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 del C.P.* Granada, España: Comares.
- Policía Nacional. (2009). *Manual de procedimientos*. Bogotá, Distrito Capital, Colombia.
- Consejo Nacional de Policía Judicial. (2005). *Manual de Policía Judicial*. Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Imprenta Nacional.
- Fierro Mendez, H. (2004). *Detención y libertad*. Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Leyer.
- Republica del Peru. (8 de Junio de 2009). <http://www.congreso.gob.pe>. Recuperado el 1 de Febrero de 2012, de <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29372.pdf>
- Asamblea Nacional de la Republica Bolivariana de Venezuela. (26 de Agosto de 2009). Recuperado el 27 de Enero de 2012, de Ministerio Publico Venezuela: <http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/guest/codigo-procesal-penal>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (15 de Noviembre de 2007). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Recuperado el 16 de Enero de 2012, de <http://www.leychile.cl/Consulta>: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>
- Estado libre asociado de Puerto Rico. (16 de Mayo de 2002). *Lexjuris.com*. Recuperado el 24 de Abril de 2012, de

<http://www.lexjuris.com/LEXLEX/lexotras/lexreglasdeprocedimientocriminal1.htm>:
<http://www.lexjuris.com/LEXLEX/lexotras/lexreglasdeprocedimientocriminal1.htm>
Espitia Garzón, F. (2011). *Instituciones del derecho procesal penal* (Octava ed.). Bogotá, Distrito Capital, Colombia: LEGIS.
Policía Nacional de Colombia. (5 de Octubre de 2009). Manual de procedimientos. *Procedimiento Realizar Captura CÓDIGO: 21J-PR-0022 versión 01* . Bogotá, Distrito Capital, Colombia.
La Nacion. (17 de Enero de 2012). Judicial. *Ex policía ultimó a fletero* .
Chiesa Aponte, E. L. (1992). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Vol. III). (T. M. Editores, Ed.) Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Forum.
Wordreference.com Diccionario de idiomas en línea. (s.f.). *Wordreference*. Recuperado el 17 de Abril de 2012, de
<http://www.wordreference.com/conj/EsVerbs.aspx?v=poder>
Código de Procedimiento Penal, Republica de Colombia. (2012). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Diario Oficial.
Constitución Política, Republica de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia* (Vol. 1). Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Impenta Nacional.
Código de Procedimiento Penal, Republica de Colombia. (1991). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Diario oficial.
Sentencia C-024, Sentencia C-024 (Corte Constitucional 27 de Enero de 1994).
Acta 253 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 11 de 07 de 2012).
Proceso 36502 (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal 2011 de Septiembre de 2011).
Código de Procedimiento Penal, Republica de Colombia. (1987). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial.
Alexi, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*. Bogotá, Distrito Capital, Colombia: Universidad Externado.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1966). *Naciones Unidas* . Recuperado el 10 de febrero de 2012, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos:
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). *DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*. Recuperado el 10 de febrero de 2012, de Organización de Estados Americanos:
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
Sentencia T-211, Sentencia T-211 (Corte Constitucional 8 de Junio de 1993).
Sentencia C-634 de 2000, Sentencia C-634 de 2000 (Corte Constitucional 31 de Mayo de 2000).