

LA FLAGRANCIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL
EFFECTOS PROCESALES Y PUNITIVOS

TRABAJO REALIZADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

CARLA VILLADA DÍAZ

JORGE EDUARDO MISSAS GÓMEZ
DIRECTOR

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
MANIZALES 2016

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN DEL PROYECTO	v
SUMMARY OF THE PROJECT.....	vii
1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN	1
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	4
3. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.....	7
4. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL.....	9
4.1. Antecedentes históricos	10
4.2. Elementos básicos estructurales de la institución de la flagrancia	10
4.3. Libertad Personal	11
4.3.1 Libertad como derecho fundamental	11
4.3.2 La Libertad Personal en el Estado Social de Derecho y el Principio de Reserva Judicial.	12
4.3.3 Instrumentos internacionales que defienden la libertad personal.	15
5. HIPOTESIS, CATEGORIAS Y VARIABLES	16
5.1. Hipótesis.	16
5.1.1 Hipótesis Principal	16
5.1.2 Hipótesis Secundaria	16
5.2. Variables	16
5.2.1 Variable Independiente:	16
5.2.2 Variable dependiente:.....	17
6. OBJETIVOS.....	18
6.1. Objetivo General.....	18

6.2. Objetivos Específicos	18
7. METODOLOGIA	19
7.1. Tipo de Investigación.....	19
7.2. Método	19
7.3. Población y Muestra	20
7.4. Fuentes de Información Primaria y Secundaria	20
7.4.1 Fuentes de Información Primarias:	20
7.4.2 Fuentes de Información Secundarias:	20
7.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Información.....	20
7.6. Depuración y Sistematización de la Información	20
7.7. Resultados Esperados	21
8. CRONOGRAMA	22
9. CAPITULO I.....	23
9.1. Las Consecuencias Jurídicas Procesales de la Configuración del Instituto de la Flagrancia.....	23
9.2. Verificación del Cumplimiento de los Requisitos Materiales y Formales de Privación de la Libertad	31
9.3. Respeto de Derechos y Garantías Ciudadanas.....	35
9.4. Obligatoriedad de Dejar a Disposición de la Autoridad Competente a la Persona Privada de la Libertad Capturada en Situación de Flagrancia	40
9.5. Análisis de las Consecuencias Jurídicas de la Conducta Punible	42
9.6. Consecuencias Punitivas de la Captura en Flagrancia.....	45
10. CAPITULO II.....	53
10.1. Elementos Básicos Estructurales de la Institución de la Flagrancia. Características que Distinguen al Nuevo Procedimiento de Flagrancia	53
CONCLUSIONES.....	59

BIBLIOGRAFIA 69

RESUMEN DEL PROYECTO

La presente propuesta tiene como propósito, analizar los antecedentes jurisprudenciales y normativos de la institución de la flagrancia en el proceso penal colombiano.

Lo anterior, surge la innegable importancia que concita la actualización de los componentes dogmáticos de la flagrancia, pues a partir de su comprensión se derivan importantes consecuencias jurídicas tanto en el plano del derecho sustantivo como en el derecho adjetivo.

Por lo primero, en tanto la configuración de la flagrancia conlleva necesariamente al establecimiento de si existe o no la posibilidad de adecuar un comportamiento a la estructura básica de un tipo penal, esto es, a actualizar el juicio de tipicidad; en tanto que por lo segundo, la estructuración o no de los requisitos de la flagrancia, conllevan a la posibilidad de que el Estado (o incluso los particulares), puedan limitar derechos fundamentales y, además, de la institución de la flagrancia se desprenden importantes consecuencias desde el plano de lo punitivo, en consideración a las posibilidades de rebajas de pena en casos de aceptación de cargos.

De igual manera, el planteamiento del texto tiene que ver con la dificultad que se presenta para quienes tienen que determinar si en un caso determinado, se encuentran

presentes los requisitos de la flagrancia, estado este que supedita o no la posibilidad de afectar derechos fundamentales, dificultad que se presenta no solo en quien realiza una aprehensión, sino en quien tiene que calificar la actualización de las exigencias legales de la flagrancia.

Palabras clave: flagrancia, captura, rebaja de penas.

SUMMARY OF THE PROJECT

The present proposal aims, analyze the jurisprudential and policy background to the institution of the flagrancy in the Colombian criminal proceedings.

The above, arises the undeniable importance, which arouses the dogmatic of the flagrante delicto components update, because important legal consequences both in terms of substantive law and adjective law are derived from their understanding.

For the first thing, as the configuration of the flagrante delicto necessarily to establishing whether or not there is the possibility to adapt behaviour to the basic structure of a criminal type, that is, to update the trial of typicality; While by the latter, the structuring or not by the requirements of the Act, lead to the possibility that the State (or even individuals), can limit fundamental rights and, in addition, important implications emerge from the institution of the Act from the plane of the punitive, in consideration of the possibilities of sales of punishment in cases of acceptance of charges.

Similarly, the approach of the text has to do with the difficulty that arises for those who have to determine whether in a given case, are present the requirements of the Act, this state that subject or not the possibility of affecting fundamental rights, difficulty that arises not only in who made an arrest, but who have to qualify the update of the flagrante delicto-legal requirements.

Key words: flagrancy, capture, reduction of penalties.

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN

No obstante que la figura de la flagrancia, como excepción al principio de reserva legal y reserva judicial, cuyos referentes Constitucionales en Colombia se rigen bajo la estructura de los artículos 28 y 32, los cuales sustentan:

“ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

ARTICULO 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador” (Corte Constitucional de Colombia, 1993)

Estos contenidos que refieren a dos aspectos fundamentales a saber: mandamiento escrito de autoridad judicial competente – principio de reserva judicial - , con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley – principio de reserva legal, es un tema de vieja data, la definición y la comprensión de los elementos que la integran, siguen siendo motivo de discusión académica, a punto tal que los referentes

normativos y jurisprudenciales en nuestra legislación, han sido objeto de profundos análisis y re conceptualizaciones normativas.

Se ha discutido incluso, qué cualificación tiene el particular o el agente estatal que al momento de realizar una aprehensión, esto es, de limitar un derecho fundamental (la libertad personal), para determinar si en el momento de realizar dicha actuación se encuentran presentes los elementos básicos estructurales que demanda la norma para actualizar la situación de flagrancia.

Ello, sin duda alguna, tiene profundos efectos desde la perspectiva procesal penal, en tanto, desde ese preciso momento, la persona sobre la cual recae la limitación de su derecho fundamental adquiere un status vinculante al proceso, con las consecuencias jurídicas y punitivas que ello refiere.

Múltiples han sido los antecedentes jurisprudenciales en materia de la flagrancia, los requisitos y sus efectos procesales¹.

En materia de principio de reserva legal, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-024 de 1994², establece que lo que justifica la excepción al principio de reserva

¹ Ver , entre otras las sentencias de la Corte Constitucional: C-239/12; C-366/14; C-1198/08; C-425/08 -

² La Constitución establece una estricta reserva legal en materia de libertad personal, por lo cual un mandamiento de captura sólo puede fundarse en motivos previamente definidos en la ley en sentido formal y no en una norma administrativa aun cuando ésta sea general. No pueden entonces las ordenanzas de las Asambleas ni los reglamentos de policía establecer causales de privación de la libertad, por cuanto ésta es una órbita privativa del legislador.

legal es la inmediatez del comportamiento delictivo y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible obtener la expedición de la orden judicial.

Con posterioridad a ello, y tocando el tema de la posibilidad de retención por parte de autoridades de policía, la misma jurisprudencia ha fijado los baremos que posibilitan la actuación policiva para proceder a la restricción del derecho a la libertad; ha sido pacífica y reiterada la postura de la Corte en cuanto a los estrictos requisitos de legalidad que deben rodear el tema de la posibilidad de excepcionar entonces ese principio de reserva legal y reserva judicial cómo queda frente al código de policía y convivencia, en especial a la facultad otorgada para retenerse a una persona hasta por 12 horas.

Para ello se tendrá en cuenta el concepto de reserva legal, el artículo 28 C.P.C y la sentencia C-024/94.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El más reciente pronunciamiento legislativo referente a la flagrancia, lo encontramos en la novedosa ampliación de la estructura de la misma, contenida en el texto del artículo 301 el cual define:

“Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004” (Congreso de la Republica, 2004)

Dos son las novedades que expone la referida codificación, a saber: 1.- La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo. Y 2.- La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

Adicional a lo anterior, el parágrafo del referido artículo, modifica el reconocimiento de rebaja punitiva en caso de aceptación de cargos.

Frente a la situación que plantea la reforma normativa, y dada la importancia del concepto de flagrancia, nos planteamos los siguientes problemas de investigación:

- ¿Las limitaciones al derecho de libertad (como derecho fundamental) por parte de quien confronta los requisitos de la flagrancia, son realizadas con la plena verificación de la existencia los requerimientos Constitucionales y legales?
- ¿Como consecuencia de la legitimación Constitucional y Legal, de la excepción al principio de reserva legal y reserva judicial, se garantizan los derechos fundamentales de aquél sobre quien recae la restricción del derecho?

- ¿Se altera la tradición jurídica, dogmática, conceptual, normativa y jurisprudencial del instituto de la flagrancia, construida a lo largo de la historia, con la incorporación de los numerales 4 y 5 del artículo 301 de la Ley 906 de 2004?
- ¿Está correctamente aplicada y entendida la consecuencia punitiva referida en el párrafo del referido artículo 301 de la Ley 906 de 2004?

3. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

La concepción dogmática y normativa de la flagrancia ha sido quizás – dentro del ordenamiento penal – una de las temáticas que más discusión ha concitado. Lo anterior, teniendo en cuenta las implicaciones que de su adecuado entendimiento se tiene de cara a la posibilidad de poder atribuir responsabilidad a una persona como concurrente a la comisión de una conducta punible.

De otro lado, la legalización de la captura de una persona capturada en situación de flagrancia se enlaza directamente a la rebaja de pena que resulta en caso de allanamiento los cargos formulados en la imputación.

Si ello es así, como en realidad de verdad lo es, justo resulta indicar que la justificación de este trabajo, tiene como punto de partida las siguientes consideraciones.

La comprensión concreta de los requisitos de la flagrancia, en tanto las implicaciones de ésta se evidencian en: La posibilidad de restringir el derecho fundamental de la libertad; la posibilidad o no de dar inicio al ejercicio de la acción penal (en tanto en los delitos querellables no aplicaría la misma ya que el sujeto pasivo del delito no active dicho ejercicio), “El hecho de que el proceso penal se inicie de oficio cuando el autor del delito es capturado en flagrancia, no significa que éste necesariamente debe finalizar con sentencia condenatoria o deba surtir todas las etapas procesales que la ley prevé para el

efecto, pues es perfectamente posible que el proceso termine de manera anticipada con la aplicación de fórmulas como la conciliación, el desistimiento por el pago de la indemnización de perjuicios (artículo 76 del Código de Procedimiento Penal), la aplicación del principio de oportunidad (artículos 321 y siguientes de la Ley 906 de 2004) o los casos de extinción de la acción penal (artículo 77 del estatuto procesal penal). Ello, por cuanto el proceso penal es idéntico respecto de los delitos que deben investigarse de oficio o para los que requieren instancia de parte, pues, como se dijo en precedencia, la querrela es un requisito de procedibilidad de la acción penal y no hace parte de la naturaleza del delito” (Sentencia, C- 425 de 2008), las consecuencias punitivas en caso de aceptación de cargos, e incluso, la posibilidad de que aún en el caso de darse los requisitos de la flagrancia, el Estado (a través del órgano judicial), dispusiera la absolución del acusado, en el evento de demostrarse alguna causal de ausencia de responsabilidad de aquéllas previstas en el estatuto sustantivo.

Adicional a lo anterior, téngase en cuenta que – como se verá en el trabajo final – de los requisitos exigidos en el artículo 301 (sobre todo en los numerales 1º; 2º; y 3º), existen escenarios en los cuales deberá acudir al análisis probatorio, para desde allí determinar si se dan o no los presupuestos previstos en la norma mencionada; donde se hace indispensable ejecutar toda una serie de despliegue probatorio ex post, con el fin de establecer por ejemplo si los objetos, instrumentos o huellas (que permitieran la aprehensión), tienen vinculación directa y circunstancial con el delito que se presume cometido, en tanto no siempre es posible estos en sí mismos considerados establezcan la conexidad temporal del acometimiento de una conducta delictiva.

4. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

La flagrancia, como creación normativa de carácter adjetivo, cobra especial importancia en el acometimiento de actividades propias del sistema procesal Colombiano.

En nuestro esquema adversarial (Ley 906 de 2004), tiene su apoyo en el desarrollo jurisprudencial (Corte Constitucional y Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) que han venido ajustando la comprensión del tema a partir de los ajustes normativos que la precitada ley ha ido alcanzando.

De igual manera, la doctrina ha sentado sus criterios respecto a la jurisprudencia misma, para dar un concepto mucho más cercano a la estructuración del tema.

De allí entonces, que el acaecimiento de hechos y situaciones que la cotidianidad judicial nos presenta (en un País con facilidades delictivas para ello) corresponde su aplicación a particulares y agentes estatales, siendo importante entonces, como ha venido plasmándose, tener claro conocimiento de las posibilidades que se muestran permitidas para proceder a la captura de una persona en tales condiciones.

Pero el ejercicio no se agota con quien de manera inicial ejecuta la aprehensión personal; el escenario trasciende luego, para que operadores judiciales (fiscales inicialmente, le asiste responsabilidad frente al deber de garantizar los derechos y luego a

jueces de control de garantías – en el evento de mala interpretación por parte de aquéllos) determinar si tales privaciones de libertad se ajustan a las exigencias Jurisprudenciales, doctrinales y normativas.

Es esto lo que da respaldo al presente trabajo, aplicando para ello el análisis a través de los referentes jurisprudenciales y jurídicos, para tratar de aclarar los problemas que se han planteado.

4.1. Antecedentes históricos

Como se ha indicado, el tema de la flagrancia, sus antecedentes, requisitos y consecuencias, son asuntos tan añejos como la propia tradición jurídica, siendo ello así, resulta estrictamente necesario abordar los orígenes de la institución y el desarrollo legislativo que ha tenido en nuestra tradición jurídica.

4.2. Elementos básicos estructurales de la institución de la flagrancia

Elemento fundamental en la comprensión del tema es aquél que resulta del análisis profundo y crítico de los elementos que componen la figura de la flagrancia; ello permitirá dar unas pautas concretas a cerca de el necesario y siempre infaltable juicio de análisis ex ante para determinar la actualización de las exigencias que permitan configurar la figura de la flagrancia, amén de las consecuencias procesales que ello tiene.

4.3. Libertad Personal

4.3.1 Libertad como derecho fundamental

“Si se investiga en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, que debe ser el fin de todo sistema legislativo, se hallará que se deduce a estos dos sistemas principales la libertad y la igualdad”

La libertad es uno de los derechos inalienables del ser humano, tanto o máspreciado que la vida misma, pues hay quienes afirman que ésta sin aquella carece de todo sentido.

La libertad es un derecho complejo que no sólo abarca la facultad de movilización, sino también la de determinación personal, de trabajo, religión, ideas políticas y otra serie de libertades, que están consagradas y reconocidas por los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución Nacional.

Podría brevemente definirse la libertad como la capacidad que tiene todo ser humano para auto determinarse frente a su propia persona, sin que pueda ser privado de ningún tipo de libertad, menos aún de su libertad física, sólo y exclusivamente por causas fijadas por la Constitución y la ley.

El derecho fundamental a la libertad está consagrado entre otros por el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, El pacto internacional de derechos civiles y políticos, la D.V.D.H, artículos 13, 24 y 28 de la Constitución Nacional y artículo 2 de la ley 906 de 2004 nuevo Código de Procedimiento Penal.

Es así que uno de los principales deberes de un Estado Social de Derecho, es el de garantizar la libre determinación de sus asociados, siempre y cuando ésta se enmarque dentro del respeto a las normas constitucionales y jurídicas.

4.3.2 La Libertad Personal en el Estado Social de Derecho y el Principio de Reserva Judicial.

La libertad personal comprende "la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente".

Pues bien, un logro fundamental del Estado de Derecho fue obtener el respeto de la libertad personal. Característica que se ha trasladado al Estado Social de Derecho. Dicho derecho fundamental ha vivido un proceso de constitucionalización que también ha tocado los convenios y tratados internacionales.

En efecto, en vigencia del "Antiguo Régimen" existía una confusión de poderes al interior del estado, lo que permitía que quien detentaba el poder dispusiera a su antojo de los derechos fundamentales de las personas, en especial de la libertad personal. No obstante, fruto de las revoluciones liberales, en especial de la Revolución francesa, dicho poder absoluto fue dividido y se establecieron controles con el propósito de evitar nuevos

abusos. “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”, obviamente en su sentido dogmático y además práctico, la constitución existirá en la medida que no sea simplemente un compendio de papel y tinta, sino que con dicho mecanismo se garanticen los lineamientos de un estado.

Pues bien, la cláusula general de la libertad personal así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6,17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona (cláusula general), su privación a través de autoridad judicial competente (límite).

El respeto por los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución el cual resulta vinculante y en los artículos del 1 al 10 del mismo texto, por los parámetros señalados en los principios del Estado Colombiano y por los fines del mismo (Art. 2 de la Constitución Política de Colombia, conllevan a que en determinados eventos se limite el derecho fundamental a la libertad personal y en consecuencia se prive o restrinja de éste a un ser humano.

En aras del respeto indicado, la propia Constitución determinó los requisitos indispensables para poder privar o restringir la libertad personal; estos consisten por medio de orden judicial: 1. Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2. Ajustado a las formalidades legales y 3. Por motivos previamente determinados por la ley y la Flagrancia.

En este orden de ideas, se estructura el límite a la libertad personal basado en mandamiento escrito proveniente de autoridad judicial (entendiendo autoridad judicial como aquél fiscal o juez que tienen facultades para emitir órdenes de captura), competente, con el lleno de las formalidades legales y por motivos previamente establecidos en la ley. En efecto, los motivos no pueden ser otros que los autorizados por la ley, y la autoridad no puede ser distinta de aquella que tenga competencia para ordenarla.

De lo expuesto, es claro que la Constitución establece una reserva judicial que beneficia al derecho fundamental a la libertad personal, debido a la exigencia de los requisitos ya señalados. Así las cosas, sólo las autoridades judiciales contaban con la competencia para privar de la libertad a las personas, con el nuevo código de policía recién sancionado y entrado en vigencia en el país dicha facultad en casos muy específicos será compartida con la Policía Nacional. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente.

“Por ende, dicha reserva judicial no es sino el resultado de la tridivisión del poder al interior de un Estado Democrático, en el cual se excluye la posibilidad que una autoridad administrativa limite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado Colombiano

4.3.3 Instrumentos internacionales que defienden la libertad personal.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Art. 13), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Colombia mediante la ley 74 de 1968 (Art. 12), la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, aprobada mediante la ley 16 de 1972 (Art. 22), aluden a los derechos de circulación y residencia y a la posibilidad de su restricción, cuando sea necesaria para hacer prevalecer valiosos intereses públicos y los derechos y libertades de las personas.

5. HIPOTESIS, CATEGORIAS Y VARIABLES

5.1. Hipótesis.

Consecuentes con el planteamiento del problema investigativo, resulta coherente trazar las siguientes hipótesis:

5.1.1 Hipótesis Principal

Se establece un conocimiento incompleto e inadecuado de los requisitos de la flagrancia, lo cual se estima como una de las principales causas de procedimientos declarados ilegales en la materialización de la captura.

5.1.2 Hipótesis Secundaria

Las reformas normativas relativas al tema de la flagrancia, dificultan la adecuada aplicación de los mecanismos alternativos de la terminación anticipada del proceso penal.

5.2. Variables

Del contexto de la hipótesis principal, se tiene:

5.2.1 Variable Independiente:

Excepción al principio de reserva legal y reserva judicial que permite la captura en casos de flagrancia.

5.2.2 Variable dependiente:

Efectos punitivos en casos de flagrancia

Presunción de inocencia.

6. OBJETIVOS

6.1. Objetivo General

Reconocer e identificar la naturaleza jurídica de la flagrancia, bajo el estudio de los referentes jurisprudenciales, doctrinales y legales, y su evolución en el ordenamiento jurídico Colombiano.

6.2. Objetivos Específicos

Establecer e identificar las consecuencias jurídicas procesales de la configuración del instituto de la flagrancia.

Reconocer y diferenciar los elementos básicos estructurales de la figura de la flagrancia y las características que distinguen al nuevo procedimiento de flagrancia, determinando si éste altera la estructura tradicional del concepto y sus elementos.

7. METODOLOGIA

7.1. Tipo de Investigación

De acuerdo a los planteamientos expuestos en los objetivos propuestos, la presente propuesta se enmarca dentro del tipo de investigación HISTÓRICO-JURÍDICO la cual pretende realizar se refiere un rastreo histórico de la institución jurídica de la flagrancia, así como dentro de un modelo de investigación JURÍDICO-PROPOSITIVO, en tanto se propone analizar los aciertos y debilidades de la figura procesal de la flagrancia, con el propósito de aportar elementos que propendan por la solución de las dificultades que se adviertan en su aplicación.

7.2. Método

Para el desarrollo de la propuesta se establece:

1. Definición del área de problematización, realizando una revisión de antecedentes, la enunciación de la pregunta de problematización, y la enunciación del tipo de
2. Clasificación de la población y muestra
3. Organización de instrumentos de recaudo de la información pertinente
4. Recaudo y análisis de información recolectada
5. Tabulación de información
6. Glosa de resultados obtenidos

7.3. Población y Muestra

Teniendo en cuenta el tipo de investigación, el rastreo de fuente de información, estará centrado en funcionarios de policía, así como en fiscales y jueces (penales) a quienes compete definir los conceptos de la estructuración de la flagrancia.

7.4. Fuentes de Información Primaria y Secundaria

7.4.1 Fuentes de Información Primarias: Conciernen a la obtención de información que se consigue de manera inmediata de la población objeto.

7.4.2 Fuentes de Información Secundarias: Las recolectadas a través de información de estudios anteriores (referentes jurisprudenciales, legales y doctrinales).

7.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Información

Para el desarrollo temático de la propuesta, se tiene establecido la aplicación de encuestas, a partir de formulación de pregunta cerrada, a profesionales del derecho en el área penal; miembros de policía, jueces y fiscales.

7.6. Depuración y Sistematización de la Información

Luego de obtenida la información se realizará una sistematización de la misma a partir de la estadística descriptiva, luego de lo cual se realizará una:

- Codificación abierta

- Codificación axial

7.7. Resultados Esperados

Con posterioridad a lo anterior, se llegará entonces al análisis de interpretación de datos.

8. CRONOGRAMA

ACTIVIDAD	MES							
	Octubre	Noviembre	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo
Elaboración de Anteproyecto								
Elaboración de Proyecto								
Ejecución de Proyecto								
Recolección y análisis de información								
Presentación y aprobación de propuesta de investigación								
Elaboración de informe final y presentación de resultados								

9. CAPITULO I

9.1. Las Consecuencias Jurídicas Procesales de la Configuración del Instituto de la Flagrancia

En punto a destacar cuáles son las consecuencias jurídicas y procesales de la captura en flagrancia, destaquemos inicialmente el referente o marco Constitucional sobre el cual descansa el atributo de la libertad en nuestro ordenamiento normativo.

Para tales efectos, debemos destacar primero, cuál es la ubicación del derecho a la libertad (física). Dentro de la escala de los derechos humanos, digamos entonces que encontramos la categoría de derechos de protección frente a la arbitrariedad estatal o privada, del cual se desprende el concepto de los derechos preponderantemente negativos (Derechos que permiten u obligan a no actuar de cierta manera en beneficio del titular del derecho), descendiendo luego a los derechos civiles, donde se ubica finalmente el derecho de libertad.

La flagrancia, como creación normativa de carácter adjetivo, cobra especial importancia en el acometimiento de actividades propias del sistema procesal Colombiano.

De conformidad con la norma adjetiva penal colombiana, el concepto de la flagrancia surge del contenido del artículo³. La concepción allí establecida (antes de la

³ ARTÍCULO 301. FLAGRANCIA. <Artículo modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Se entiende que hay flagrancia cuando:

reforma introducida por la Ley 1453 de 2011), mantuvo en sus concepciones básicas, la misma estructura del artículo 345 de la Ley 600 de 2000⁴, y del Decreto 2700 de 1991 en su artículo 370⁵

El artículo 28 de la Constitución Política, contiene los principios de libertad y de reserva judicial. El constituyente confió a los jueces la tarea de juzgar la aplicación de cualquier medida que limite el ejercicio de la libertad, consagrando únicamente dos excepciones: los casos de flagrancia y la facultad excepcional otorgada a la Fiscalía General de la Nación para llevar a cabo capturas sin orden judicial.

-
1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
 2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.
 5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.
- PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

⁴ ARTICULO 345. FLAGRANCIA. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible.
2. La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella.

⁵ ARTICULO 370. FLAGRANCIA. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

Dentro del contexto de nuestro sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), resulta clara la preponderancia que se otorga al derecho de libertad, aspectos éstos destacados de los contenidos de los artículos 2º , 295 y 296 respectivamente⁶, que consideran la posibilidad de restringir tal derecho una vez se hayan establecido la existencia de los requisitos que supeditan dicha limitación.

Dicho de otra manera, la privación de la libertad, debe responder a la existencia de ciertas garantías, radicadas en quien (por mandato Constitucional o legal), pueda ser sujeto de esa afectación.⁷ La posibilidad de restringir el derecho fundamental de libertad, implica la verificación y actualización de garantías procesales, a saber:

⁶ ARTÍCULO 2o. LIBERTAD. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá 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.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Ir al inicio

ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

⁷ Las garantías de la privación de la libertad, según la Corte Interamericana (caso Gangaram Panday, sentencia de 4 de diciembre de 1.991), son: 1) La existencia de causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en ley (aspecto material), 2) Estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma ley (aspecto formal). Para el caso 11.565, Informe 53/01 (2.000), Hermanas González contra México, la Comisión Interamericana establece que una privación de libertad que cumpla con 1) y 2) debe someterse al estudio de su eventual arbitrariedad. La Declaración Universal y la Americana contemplan, en términos generales, la protección al derecho a la libertad personal; pero sólo el PIDCP y la CADH establecen garantías para su protección. La libertad personal no figura dentro de la nómina de los derechos intangibles, o no derogables, alcance y contenido que no pueden ser modificados por medidas de excepción (artículos 4.2 del

1. El derecho de ser informado sobre los motivos de la privación de la libertad, Art. 303 del Código Penal Colombiano.
2. Derecho a ser presentado sin demora ante juez competente
3. Comunicar a quien el aprehendido indique, sobre su situación
4. Derecho a guardar silencio
5. Derecho de defensa

En cuanto a la posibilidad de restricción del derecho a la libertad (física), está consagrada desde la perspectiva Constitucional, en el contenido del artículo 28⁸.

PIDCP y 27.2 de la CADH). No obstante, el derecho a impugnar la legalidad de una privación de libertad es inseparable del Estado de Derecho y del sistema democrático y, por tanto, debe mantenerse vigente durante los estados de excepción. Si bien el artículo 14.3 del PIDCP y 8.2 de la CADH se refieren a garantías que deben respetarse «durante el proceso», la jurisprudencia aclara que ciertas garantías son aplicables no sólo durante el plenario sino también en el sumario, e incluso durante la investigación previa.. Manual del Defensor Público. El Defensor Público en el Sistema Acusatorio Colombiano. Defensoría del Pueblo. 1ª Edición. Página 44. Bogotá

⁸ ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

NOTA: El artículo 28 fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2003, el cual fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2004, por el vicio de procedimiento ocurrido en el sexto debate de la segunda vuelta.

El texto del Acto Legislativo 02 de 2003 era:

Artículo 3. El artículo 28 de la Constitución Política quedará así: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Del contenido formal de esta disposición, se entiende que éste consagra la libertad personal⁹ como cláusula general de libertad al indicar que “toda persona es libre”; de la misma manera, y aunque de forma no particular, el citado artículo 28 Constitucional establece algunos eventos que quebrantan la libertad personal, a saber:

1. Molestar a una persona o familia
2. Reducir a una persona a prisión o arresto
3. Detener a una persona o registrar su domicilio¹⁰

Cabe destacar, igualmente, que el derecho allí contenido no se muestra como derecho absoluto y que en eventos concretos y determinados, dichas actuaciones pueden ser consideradas como legítimas, motivo por el cual se legitima la limitación del derecho a la

⁹ Cuando los tratados sobre derechos humanos y las constituciones nacionales hacen referencia a la “libertad personal” y a la “seguridad personal”, ello significa —al decir de Faúndez Ledesma—, respecto a la primera noción, la libertad de movimiento efectiva de la persona; y, en lo atinente a la segunda noción, la condición de que esa libertad se encuentre protegida en la ley, la cual debe satisfacer ciertos estándares vinculados a hacer predecible cualquier privación de libertad y evitar la arbitrariedad en su interpretación.

En esta misma línea, Newman y Vasak indican que el derecho a la libertad es un estado que se disfruta en el momento presente, mientras que el derecho a la seguridad añade la certidumbre de que ese estado continuará disfrutándose, aunque aclaran que el Estado debe tener la capacidad de defenderse contra quienes dificulten o impidan el orden social, del que es garante, recurriendo a privarlos de su libertad en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos. César San Martín Castro. La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos. Fecha de consulta. Abril 25 de 2016

¹⁰ Sobre el tema, el Tribunal Constitucional Español refiere: La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su “inviolabilidad” en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3).

De lo expuesto se infiere que la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE, tanto a los efectos de fijar el objeto de su “inviolabilidad”, como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trata de un caso de flagrante delito. Sentencia 10/2002, de 17 de enero de 2002 (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2002).

libertad, a condición de la existencia de requisitos tales como el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, la observancia de las formalidades legales y la existencia de motivos previamente definidos en la ley, con lo cual se actualiza también, el principio de reserva legal y reserva judicial.¹¹.

En este orden de ideas, la flagrancia – como posibilidad Constitucional y legal de limitar derecho fundamental a la libertad personal – se convierte entonces en la excepción al principio de reserva judicial.

Siendo ello así, debemos indicar cuáles son las consecuencias jurídicas procesales que se derivan de dicha limitación; y para ello, debemos diferenciar dos escenarios, a saber:

1. Que la aprehensión se haya producido por un particular y, 2- cuando la misma la realiza una autoridad de policía.

En ambos eventos, debe establecerse la existencia de los elementos propios de la flagrancia (cuestión que será abordada en el capítulo siguiente).

¹¹ En los artículos 28 y 29, por un lado, se contempla la reserva legal según la cual la privación de la libertad sólo puede ocurrir por motivos previamente establecidos por leyes preexistentes, con cumplimiento de las formas procesales, la aplicación del principio de presunción de inocencia y en general, con el cumplimiento de las garantías que integran el derecho de defensa y el debido proceso. Pero también en los artículos 28, 30 y 32 se determina el principio de reserva judicial con el que también se procura asegurar que las limitaciones de la libertad personal sólo puedan operar conforme la estricta legalidad que semejante limitación implica. En este sentido, tras la declaración abierta y expresa de que toda persona es libre, se reconoce la posibilidad de que esta condición pueda ser afectada por la orden de prisión, arresto o detención, siempre y cuando la misma sea determinada por un juez competente. En el mismo sentido, se garantiza la inviolabilidad del domicilio la cual podrá ser restringida cuando así lo determine el juez, con todas las formalidades de ley. Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-239/12. M.P, JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Verificado lo anterior, existe la obligatoriedad de constatar que quien haya sido aprehendido, sea puesto a disposición de autoridad competente en el término de la distancia, para que luego esta autoridad informe a la persona privada de la libertad sobre los derechos del capturado, situación prevista en el contenido del art. 303 de la Ley 906 de 2004¹².

Con posterioridad a ello, ha de indicarse que luego de ser puesto a disposición de la autoridad de policía, éste plasmará un informe detallado de las circunstancias de privación de libertad en flagrancia, para luego ser puesto a disposición del Delegado Fiscal, para que dentro del término Constitucional y legal (36 horas) se realice la audiencia de legalización de captura ante el Juez (Constitucional) de Control de Garantías; así las cosas, el objeto central de la audiencia es solicitar al juez de control de garantías le imparta legalidad a la misma.¹³

¹² ARTÍCULO 303. DERECHOS DEL CAPTURADO. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.
3. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa.

¹³ En los casos dudosos, el intérprete deberá atender el principio *favor libertatis*, pues ha de tener presente que la restricción es lo excepcional, y tal medida debe justificarse sin dejar margen de duda. Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Iván Vila Casado, Legis, 2007, cita sentencia C-179 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Ahora bien. En el campo de las consecuencias procesales y judiciales derivadas de la aprehensión de un ciudadano en situación de flagrancia, debemos plantear las siguientes situaciones.

Indiquemos inicialmente que el proceso de protección de la libertad (concepto derivado de los contenidos de los artículos 2º y 295 de la Ley 906 de 2004) que realiza la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado, en atención a lo indicado en El artículo 302 inciso 4º, debe concebirse y contextualizarse dentro del marco normativo incorporado por los tratados internacionales.¹⁴

Consecuentes con lo anterior, y en estricto apego a los principios rectores y garantías procesales de nuestro sistema normativo adjetivo¹⁵, el Fiscal (como primer garante de derechos) está compelido a realizar *ex ante* los juicios de valor que en su

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación

¹⁵ Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3o. PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

momento – *ex post* – realizará el Juez de Control de Garantías, cuando de legalizar la captura se trata. Veamos.

Este estudio, deberá iniciar por la verificación del cumplimiento de los requisitos tanto materiales como formales que supeditan la posibilidad de restringir el derecho a la libertad física del ciudadano; constatar la permanencia por el respeto de los derechos y garantías de quien ha sido privado de la libertad; la constatación del trámite realizado al dejar al ciudadano a disposición de autoridad competente dentro de los plazos fijados por la Constitución y la Ley; y el análisis de las consecuencias jurídicas de la conducta punible.

9.2. Verificación del Cumplimiento de los Requisitos Materiales y Formales de Privación de la Libertad

Este primer estudio, supone analizar si la misma se produjo como consecuencia de la materialización de una orden expedida por autoridad judicial competente y por los motivos previamente definidos en la ley (reserva legal y judicial) – asunto que no es el objeto de análisis en este texto – o si se trata de la situación que excepciona dicho principio de reserva legal y judicial, esto es, si la captura sucede en situación de flagrancia.

Para el punto que concita el estudio que se propone en este texto, el estudio dirigido a verificar la actualización de los requisitos formales y materiales bajo la modalidad de flagrancia, el análisis debe dirigirse a constatar: primero la existencia de la conducta punible (análisis de la tipicidad de la conducta y verificación de los elementos objetivos de la misma), segundo la determinación de la naturaleza de dicha conducta punible y, tercero a

determinar la consecuencia jurídica del delito por el cual procede la aprehensión en flagrancia.

Por lo primero, indiquemos que con frecuencia, el análisis de ponderación para determinar si la conducta se ajusta o no una descripción típica, es un asunto que en términos generales no le es exigible al ciudadano del común que realiza una aprehensión en flagrancia y, que en el escenario de la captura en dicha situación por parte de autoridad de policía, lo deseable sería que éstos contaran con el conocimiento disciplinar que les permitiera realizar un juicio de valor, a cerca de la tipicidad del comportamiento, asunto que – justo es decirlo – no es común.

Es por ello que quien debe realizar dicho test de adecuación típica, es el Fiscal a quien se le ponga a disposición al ciudadano privado del derecho de libertad debe contar con la claridad suficiente a cerca de las circunstancias fácticas de los acontecimientos con el fin de realizar la adecuación típica que corresponda.

Con respecto a la naturaleza de la conducta punible, debe destacarse primero el asunto referente al ejercicio de la acción penal. Las actividades de esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos y la búsqueda de los posibles autores y partícipes es una tarea estatal, razón por la cual rige en Colombia el llamado *principio de investigación oficial*.¹⁶

¹⁶ Cfr. en detalle, al respecto. Oscar Julián Guerrero Peralta. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 47 y ss.

Es decir, la investigación debe estar bajo la dirección de los órganos estatales y debe realizarse con la intervención de estos. El carácter oficial tiene fundamento en el artículo 250 superior, que establece la titularidad de la investigación en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, abstracción hecha de la aplicación del principio de oportunidad y del artículo 66 del CPP, que reitera la norma constitucional en el mismo sentido.¹⁷

La anterior reflexión, sirve de fundamento para indicar que en el aludido análisis de la naturaleza del delito, el Fiscal deberá determinar si la captura en flagrancia (luego de determinarse que efectivamente cumple con el análisis de la tipicidad, esto es, la adecuación de la conducta al tipo penal), corresponde a una conducta delictiva relativa a un delito querellable o, si por el contrario, está frente a un comportamiento ilícito de aquéllos investigables de oficio, Art. 74 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior tiene su explicación en la siguiente fundamentación. Recuérdese que conforme a las atribuciones Constitucionales emanadas del artículo 250 Constitucional, corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la investigación de los hechos que revistan la característica de delito, es decir, ejercer el monopolio de la investigación, en ejercicio del contenido conceptual de la acción penal que, salvo el principio de oportunidad, es irrenunciable.

¹⁷ Bernal Cuellar Jaime Estructura y Garantías Procesales. El Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia. Tomo II 6ª Edición. 2013. Bogotá pg 52

No obstante lo anterior, bajo la perspectiva de la posibilidad que tiene el ciudadano de activar dicho ejercicio, encontramos la institución de la querrela que a términos de la Ley 906 de 2004 se establece como una condición de procesabilidad y que deja en manos del ofendido por la comisión de la conducta punible, la posibilidad dispositiva del ejercicio de la acción penal en tanto la Fiscalía General de la Nación se encuentra impedida para su ejercicio, en tanto no proceda la manifestación de voluntad del sujeto pasivo para que se investigue y juzgue la conducta típica y antijurídica, y así lo disponen los artículos 70 y 71 de la referida normatividad¹⁸, y la disponibilidad del ejercicio de la acción penal radicada en cabeza del sujeto pasivo del delito explica con suficiencia que la misma sea desistible; por ello es que la Corte Suprema de Justicia indica que darle trámite al ejercicio de la acción penal de manera oficiosa a una conducta para la cual requiere querrela, quebranta la estructura misma del proceso y, por ende, actualiza una causal de nulidad¹⁹

¹⁸ ARTÍCULO 70. CONDICIONES DE PROCESABILIDAD. La querrela y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal.

Cuando el delito requiera petición especial deberá ser presentada por el Procurador General de la Nación.

ARTÍCULO 71. QUERELLANTE LEGÍTIMO. La querrela únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito. Si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.

Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querrela, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe del delito, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.

En el delito de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el Defensor de Familia.

El Procurador General de la Nación podrá formular querrela cuando se afecte el interés público o colectivo.

La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia Colombia. Sala de Casación Penal. Radicado 25743. MP ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON. Octubre 26 de 2006

9.3. Respeto de Derechos y Garantías Ciudadanas

El abordaje inicial de este texto, indicaba que en punto al tema de la privación del derecho fundamental a la libertad (física) implicaba la actualización de garantías procesales, las cuales fueron apenas referidas y cuya relevancia se explicará con posterioridad.

Debe indicarse que la persona privada (legítimamente) de la libertad en virtud de la institución de la flagrancia, está resguardada por el principio de presunción de inocencia.

Se entiende, conforme al texto del ya citado artículo 295 de la Ley 906 de 2004, que la presunción de inocencia, a pesar de ser un derecho fundamental, necesita ser ponderado y por consiguiente, existirán casos donde se tenga que ceder frente a otros derechos del mismo rango, pues se trata de mandatos de optimización que obligan a que uno de ellos sea realizado en mayor medida ²⁰.

Implica entonces que es necesario articular dicho postulado, para integrarlo al contenido normativo del artículo 303 del Código de Procedimiento Penal²¹. La adecuación de dichas garantías, están perfectamente articuladas al propósito de evitar el quebranto de

²⁰ Alexy, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

²¹ ARTÍCULO 303. DERECHOS DEL CAPTURADO. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.
3. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa.

otros derechos inseparables al de la privación de la libertad (como el derecho de circulación y residencia por ejemplo), extraños a lo previsto tanto en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, como al mismo artículo 32 Constitucional²².

Implica lo anterior, que el respeto por los derechos y garantías involucrados en la restricción a la libertad (aprehensión en flagrancia para este caso) sean dados a conocer a quien sufre dicha limitación; se necesita, además, que el funcionario de policía a quien se pone a disposición el ciudadano o quien aquél aprehenda garantice que la persona privada de la libertad no solo comprenda los alcances del derecho que normativamente se establece sino, y lo más importante, que el ejercicio de dichos derechos se haga efectivo.

Pero aún más. El primer filtro que sobre este asunto debe hacerse (además del que se espera haga el funcionario de policía), corresponde al Fiscal como primer garante de derechos.

Resulta apenas lógico, que el destinatario de la captura conozca la motivación de la misma²³, es decir el derecho que le asiste a conocer el por qué el Estado va a excepcionar la libertad (que es la regla general) y los demás derechos que de esta situación se derivan,

²² Artículo 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

²³ Para establecer si la retención ocurrió en una de las circunstancias reguladas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, debe tenerse en cuenta que el control de legalidad de la captura no constituye, en estricto sentido, un juicio de responsabilidad, ya que el mismo debe ser realizado en otro momento procesal..., la decisión sobre la legalidad o ilegalidad de la captura no puede estar basada en los medios de acreditación obtenidos con posterioridad, pues ello equivaldría a realizar un juicio *ex post*, que no permitiría evaluar la razonabilidad de la afectación de la libertad. La Limitación de Derechos Fundamentales en el Sistema Acusatorio Colombiano. Luis Fernando Bedoya Sierra. Librería Jurídica Comlibros. Medellín 2008, pg 179

como el derecho de defensa y el de comunicar su situación a quien el aprehendido considere debe ser enterado de la misma.

De gran valía resulta resaltar la salvaguarda al derecho de no autoincriminación que se ampara en la persona capturada. Con la irrupción del pensamiento liberal en el proceso penal reformado del siglo XIX se abrió paso a la idea de que el imputado debía ser reconocido como un sujeto procesal dotado de derechos autónomos en el proceso²⁴, y que podía hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuía participación en un hecho punible. Esta posición provenía de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad²⁵.

El derecho a no autoincriminarse y el derecho a no declarar, en la actualidad, tienen reconocimiento en múltiples instrumentos de Derecho internacional público como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3, literal g)²⁶ o la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2, literal g)²⁷.

²⁴ Ver ROXIN, Claus. “Derecho procesal penal”. Trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Del Puerto. Buenos Aires, 2000. Pág. 124.

²⁵ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. “Derecho procesal penal chileno”. Tomo I. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005. Pág. 225.

²⁶ “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) a no ser obligada contra sí misma ni a confesarse culpable (...)”

²⁷ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”.

Los anteriores postulados, están integrados en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia²⁸, cuyo desarrollo jurisprudencial – entre otros – los expone la Corte Constitucional en la sentencia C 1287 de 2001 y que destaca que este privilegio está íntimamente ligado con los conceptos de dignidad humana, libertad de conciencia y la protección de la familia.²⁹

²⁸ Artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

²⁹ La posibilidad de que un imputado pueda guardar silencio respecto de los hechos que fundan los cargos que han sido presentados en su contra y que lo podrían conducir a una privación de sus derechos tiene su origen en la Inglaterra del siglo XVII, época en la cual existía un órgano de represión gubernamental denominado Cámara Estrellada o Star Chamber, que tenía por objeto resolver los delitos de sedición; éste órgano exigía al imputado tomar juramento respecto de lo que iba a declarar, es decir, buscaba solucionar sus casos por medio de la confesión manifestada bajo juramento. Cuando el interrogado se negaba a prestar el juramento exigido, o bien cuando decidía no declarar, el tribunal ordenaba medidas de apremio en su contra, como la aplicación de azotes, con la finalidad de “prevenir” que nuevos imputados adopten la misma actitud; luego de varios años desarrollándose este tipo de prácticas, se llegó a la determinación de que obligar a un hombre a responder bajo juramento su culpa o inocencia, era una violación de sus libertades individuales, ésta sería la razón por la que el Derecho inglés acoge la denominada garantía de la no autoincriminación, que comprendía la posibilidad de que el imputado de un delito no pueda ser obligado a declarar en su contra. Esta garantía también fue considerada en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en el siglo XIX. Un tema importante de esta enmienda fue una interpretación que se hizo de ella ante un problema presentado en el juicio seguido en contra de Ernesto Miranda, caratulado Miranda vs. Arizona. En este juicio, Miranda había confesado la comisión de un delito. Durante el juicio, su abogado defensor señaló que la confesión de su cliente había sido obtenida bajo coacción, pero el tribunal negó la proposición de anular la confesión, porque no había evidencia de coacción. Pero el abogado defensor le planteó al tribunal otro punto, a saber, le señaló que si se le había designado a Miranda un abogado de oficio para el juicio, entonces su derecho de defensa se había transgredido, porque la accesoria legal de Miranda fue prestada solo al momento de realizarse el juicio y no se le había asignado defensor en el momento en que este confesó el delito, y en consecuencia, las declaraciones hechas a la policía, sin acceso a un consejo legal en esta primera etapa del proceso legal, eran inherentemente coercitivas. Si bien el juez nuevamente rechazó esta proposición, cuando el caso llegó a la Corte Suprema, se consideró inadmisibles la confesión, ya que se había violado la Quinta Enmienda al obligar a una persona a ser testigo en contra de sí mismo.

Lo trascendente de esta resolución fue que entendió que el privilegio de la no autoincriminación va desde que un sujeto es sometido a la persecución penal, y no queda reservado solo para el momento del juicio. http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm#_ftn3. Fecha de consulta. Abril 28 de 2016

Este, es un desarrollo del artículo 8° de la Ley 906 de 2004³⁰. En este aspecto, debe resaltarse que conforme a lo regulado por la Ley 906 determina que la calidad de imputado se adquiere (además de lo previsto en la audiencia de formulación de imputación), desde el momento de la captura³¹, esto es necesario indicarlo, en tanto el referido artículo 8° de la Ley 906 de 2004 establece esta garantía para el imputado (que para efectos procesales, lo es también quien haya sido capturado al tenor del referido artículo 126), la cual le permite hacer uso de este privilegio Constitucional y Legal y desestimar cualquier información que pretenda obtenerse para beneficio del éxito de la investigación que, en razón a la potestad del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, se actualiza en virtud del principio del ejercicio de la acción penal.

Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso – el Estado – de la actuación prevista en el artículo 282 ídem³², diligencia que – en todo caso – deberá estar asistida por

³⁰ Artículo 8°. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;
- b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

³¹ Artículo 126. Calificación. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación **o desde la captura, si esta ocurriere primero**. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.(resaltado fuera de texto)

³² Artículo 282. Interrogatorio a indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

quien ejerza la defensa técnica del capturado. Vale la pena aclarar que el funcionario de policía que materialmente ejecuta la captura en flagrancia o que éste cuando le ha sido puesto a su disposición por un particular que en uso de facultades Constitucionales puede realizar dicha captura, puede plasmar en su informe cualquier tipo de manifestación voluntaria o espontánea, a condición de que el aprehendido haya sido enterado de los derechos Constitucionales que le asisten.

Obrar de manera diferente, implicaría que la información que suministre, deberá ser sometida a la aplicación del contenido del artículo 23 de la Ley 906 de 2004³³.

9.4. Obligatoriedad de Dejar a Disposición de la Autoridad Competente a la Persona Privada de la Libertad Capturada en Situación de Flagrancia

La normatividad procesal penal colombiana, establece en los artículos 2º; 289; 297; 300 y 302 la obligatoriedad de poner al capturado de manera inmediata y en todo caso dentro de las 36 horas siguientes, ante el Juez (Constitucional de Control de Garantías). Este asunto, que ha generado no pocas discusiones, en cuanto a qué actuación es la que se debe surtir dentro de ese plazo fijado por la ley, quedó zanjado por vía jurisprudencial, pues tanto la Corte Suprema³⁴ como la Corte Constitucional³⁵, fijaron sus precedentes

³³ Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

³⁴ Así, entonces, la interpretación restrictiva de la normatividad; la abierta aplicación que hace la Corte del bloque de constitucionalidad (particularmente las dos convenciones antes reseñadas); la filosofía que guía el nuevo sistema respecto de la privación de libertad; el criterio de ponderación, y finalmente la propia Ley

jurisprudenciales al respecto dejando claro que el término al que se viene haciendo alusión, refiere que éste está establecido no para solicitar que se lleve a cabo la legalización de la captura sino, y en todo caso, para que en dicho lapso el Juez de Control de garantías revise la legalidad del procedimiento.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que salvo circunstancias especiales y específicas, el capturado deberá ser puesto a disposición de autoridad judicial competente (juez de control de garantías) para que se pronuncie sobre la legalidad de lo actuado y que el término de las 36 horas deberá entenderse como el plazo máximo, sin que pueda pensarse que sin razón o motivación alguna, el Delegado Fiscal solicite tal audiencia, más allá del tiempo necesario, es decir, sería un absurdo aceptar que la legalización de dicha captura se

906/04 en cuanto señala que todos los días y horas son hábiles para adoptar decisiones, entre otras, las atinentes a aquella garantía fundamental, bien para imponerla, sustituirla o revocarla, son ingredientes que -conjugados- permiten a la Sala señalar que las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento deben llevarse a cabo dentro del plazo de treinta y seis (36) horas.

Desde luego que el término anterior cubre que obligatoriamente dentro de él se agote por lo menos la actuación relativa al control efectivo a la restricción a la libertad, para aplicar la sentencia de constitucionalidad condicionada referida al inciso 3 del artículo 2 de la L 906/04 (sent C-163, febrero 20/08), para dar paso inmediatamente tanto a la formulación de imputación como -de ser procedente- a la solicitud de medida de aseguramiento.

Obviamente que la Corte es consciente que habrá casos en que por su complejidad (número de capturados, número de defensores, cantidad de delitos, naturaleza de éstos, etc.) no puedan agotarse las tres actuaciones dentro del señalado plazo de las 36 horas, y que por tales circunstancias ese término se deba prolongar, evento en el cual a ello se puede y debe acudir en lo estricto y razonablemente necesario, pero eso sí -como se dejó sentado- bajo la condición de cumplir con el mandato del citado fallo de constitucionalidad.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1º de Octubre de 2009 radicado 32634 M.P. Alfredo Gómez Quintero

³⁵ El sistema jurídico colombiano acogió el mandato que proscribía toda prolongación indefinida de una restricción de la libertad despojada de control judicial, estableciendo un parámetro temporal cierto para que se lleve a cabo dicha supervisión. Un examen sistemático de los preceptos constitucionales relacionados con la libertad individual y los límites a sus restricciones, permite afirmar que toda privación efectiva de la libertad personal debe ser sometida a control judicial de inmediato, y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción. Corte Constitucional Colombia. Sentencia C 163 de 2008. MP Jaime Córdoba Triviño

realizara (a guisa de ejemplo) a las 35 horas posteriores de haberse producido la captura en flagrancia, sin que exista razón alguna para ello.

9.5. Análisis de las Consecuencias Jurídicas de la Conducta Punible

Recordemos inicialmente que dentro de la teoría de la dogmática del derecho penal (parte sustantiva), se actualiza el estudio de la estructura de la norma penal, cuyos componentes son a saber: el supuesto de hecho y la sanción. El segundo de los componentes, hace parte de la teoría de la pena, es decir, las funciones de la misma y los márgenes punitivos que a cada tipo penal le asigna el legislador.

El anterior planteamiento cobra importancia en punto a determinar cuándo por vía del cuántum punitivo, es probable restringir del derecho a la libertad (física).

A dicho efecto, dable resulta hacer mención expresa a una situación procesal que permite esa limitación del derecho no ya desde la perspectiva de la pena como tal sino, ante todo, como mecanismo que involucra otros fines perfectamente diferenciables. Se trata del instituto de la detención preventiva, cuyas finalidades (absolutamente distintas a las de la pena) coinciden en cuanto a la limitación del derecho, por lo menos las previstas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal³⁶.

³⁶ Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.

2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento

Este asunto nos remite al capítulo en el cual se mencionó el análisis de tipicidad que debe realizar el Delegado Fiscal en la tarea de calificar los hechos (acontecimientos fácticos), pues el análisis de los motivos de la captura en flagrancia, se predica precisamente del delito, y en esa valoración fáctica, el Fiscal debe determinar si esos hechos resultan relevantes penalmente, el análisis de la adecuación típica incorporando en éste los dispositivos amplificadores del tipo penal (tentativa y concurso de personas) y con ello, el análisis de la consecuencia que desde el punto de vista de la pena, se establece para la conducta punible.

Ello es importante, en tanto el mismo artículo 302 del Código Penal, obliga al Fiscal (primer analizador de la situación) realizar un juicio de valor que le permita establecer si el delito por el cual procede o procedió la captura en flagrancia es de aquéllos sobre los cuales es posible imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva.

Y ese análisis, no puede ser ajeno a las consideraciones que permitan establecer los elementos básicos estructurales del tipo penal (elementos objetivos), las circunstancias agravantes o atenuantes y la presencia o no de circunstancias que permitan actualizar una causal de ausencia de responsabilidad, entre otros aspectos.

Ejecutado dicho análisis, puede ya establecerse si la conducta punible por la cual procedió la captura en flagrancia, se ajusta o no a los requerimientos del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Si se trata entonces de delito de aquéllos sobre los cuales no es viable la imposición de medida de aseguramiento³⁷ al tenor literal de dicha codificación, opera entonces la libertad del capturado.

Luego de haber puesto en contexto, el análisis de las situaciones que debe verificar el Delegado Fiscal, esto es la verificación de requisitos formales y materiales, el análisis del respeto de derechos y garantías, verificación de cumplimiento del término para legalizar la captura y la consecuencia jurídica del delito, establezcamos entonces que ante la ausencia o existencia de alguna de las hipótesis planteadas, deberá el representante del órgano investigador, disponer la libertad del capturado, en tanto la interpretación del texto normativo adjetivo no puede menos que dejar de analizarse bajo los parámetros de la Constitución Política; prueba de ello lo encontramos al realizar una lectura sistemática del texto normativo, que encuentra respaldo en las siguientes consideraciones

El artículo 10 destaca que la actuación procesal propenderá por la eficacia de la administración de justicia; los artículos 360 y 382 enfatizan la imposibilidad de admisión de pruebas obtenidas con violación de garantías constitucionales, discurso que refuerza el

³⁷ Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. Modificado por el art. 60, Ley 1453 de 2011. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Adicionado por el art. 26, Ley 1142 de 2007, así:
 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

artículo 276, artículos como el 115; 117; 206; 207 y 212 destacan la obligación de Fiscales y funcionarios de Policía Judicial para el respeto de derechos fundamentales. De manera tal que debemos advertir, que lo antes referido refuerza el discurso mediante el cual se ponen de presente las garantías procesales involucradas en el estudio de las motivaciones que supeditan tanto la captura en flagrancia, como la legalidad de la misma.

En conclusión a este primer planteamiento, se tiene entonces que:

Si la captura en flagrancia resulta ilegal (por alguno de los aspectos atrás referidos) el Fiscal deberá disponer la libertad inmediata, caso en el cual no se haría necesario acudir ante el Juez de Control de Garantías, en tanto habría desaparecido el objeto de la audiencia en tanto se demostraría la ilegalidad del procedimiento.

Si la captura fuere legal (luego de los análisis que sobre el tema realice el Fiscal), habrá de determinarse si el delito comporta o no imposición de medida de aseguramiento; en el primer evento procederá la libertad (sin realizar audiencia de legalidad de captura), en el segundo de los escenarios, solicitará revisar la legalidad de la privación de libertad ante el Juez de Control de Garantías.

9.6. Consecuencias Punitivas de la Captura en Flagrancia

Se ha pretendido sentar como un dogma la tesis de que los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal por vía de consenso o acuerdo entre las partes, son propios de los modelos de sistemas acusatorios, lo cual no es cierto. De un

sistema acusatorio y su desarrollo de proceso entre partes son características únicamente la separación entre juez y acusador, la igualdad entre defensa y acusador la oralidad, la concentración y la publicidad del juicio³⁸

El anterior planteamiento cobra importancia, en la medida en que una de las pretensiones de la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, derivado de la reforma Constitucional por vía del Acto Legislativo 03 de 2002, es procurar la terminación anticipada del proceso por vía de la aceptación de cargos o mediante los mecanismos alternos (negociaciones y preacuerdos), en tanto pareciera hacerse presente la poca viabilidad práctica que en países como el nuestro, se tenga la infraestructura económica para llevar hasta la etapa final de juicio todas las investigaciones penales, lo que ha implicado también hacer uso de los referidos mecanismos, lo que agiliza notablemente el desarrollo de la actuación, garantizando con ello igualmente un método de atribución de responsabilidad penal con los consecuentes beneficios punitivos. Ya hoy las Cortes no ocultan la aceptación y hasta el favorecimiento del sistema de alegaciones pre-acordadas.

Se trata de un área donde la realidad se ha impuesto sin mucha dificultad sobre la teoría. A pesar de los reparos morales o ideológicos que pueda haber a la institución de la negociación de alegaciones ante una acusación —que permite una aceptación de alegación por un delito distinto al cometido y se presta para cierto tipo de presiones’—, hoy en día se le acepta como un componente esencial de nuestro sistema de

³⁸ Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995, p. 747

justicia criminal. La peor caracterización se reduce a una especie de mal necesario, por decirlo así.³⁹

La discusión o puesta en escena de la justificación que desde el plano de la política criminal tiene la aplicación de la justicia premial en los sistemas procesales penales ha sido frecuente.⁴⁰

Para el abordaje del tema, se inicia con la consideración que a este efecto nos plantea el Código de Procedimiento Penal, normatividad que a consecuencia de las modificaciones sufridas, ha puesto en contexto el tema de la posibilidad de rebaja de pena por aceptación de cargos, cuando se trata de un proceso en el que se ha procedido por captura en situación de flagrancia.

La reforma implantada al texto del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 en virtud de la expedición de la Ley 1453 de 2011 en su artículo 57 (parágrafo)⁴¹ referente a la rebaja de pena en los casos de captura en flagrancia, es asunto que ha generado discusión académica

³⁹ Ernesto L. Chiesa Aponte, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos , Volumen II, Bogotá, Editorial Forum, 1995, p. 425

⁴⁰ En Estados Unidos el *plea bargaining* se ha convertido en la práctica en una etapa previa al proceso, en donde el proceso ordinario se convirtió en subsidiario del abreviado, el cual se adelanta solo ante el fracaso de la iniciativa de consenso propuesta por el fiscal, calculándose que el 93% de los casos penales es resuelto sin un juicio. Así, Darío Bazzani Montoya, “La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad”, Cit., p. 253; Sephen C. Thaman, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos”, en: Constitución y sistema acusatorio, kai Ambos y Eduardo Monealegre Lynette (compiladores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 169

⁴¹ ARTÍCULO 57. FLAGRANCIA. El artículo 301 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:....

PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

en varios escenarios, a cuenta de que dicha modificación regula la posibilidad de disminución punitiva que se reduce de hasta el cincuenta por ciento a una cuarta parte.

El diseño planteado por la norma adjetiva para quienes vinculados a un proceso penal por vía de captura en flagrancia en la audiencia de formulación de imputación o en las audiencias o etapas subsiguientes, decidieran aceptar los cargos, ha actualizado en la práctica judicial diversas interpretaciones, pues mientras en unas ocasiones el operador judicial se acoge a la posibilidad de la excepción de inconstitucionalidad ⁴² con el fin de dar aplicación a lo estipulado en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal en otras, en cambio, se da aplicación al tenor literal del aludido artículo, para imponer la rebaja taxativamente establecida allí, esto es el decremento punitivo de una cuarta parte de la pena.

⁴² La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto. Sentencia C-122/11. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Marzo 1º de 2011.

De tal manera, la reforma realizada mediante la mencionada Ley 1453, ha provocado entonces diversas interpretaciones referentes a cuál debe ser el aplicativo que en cuestión de rebaja punitiva debe darse para las personas capturadas en situación de flagrancia y optan por una salida alterna (aceptación anticipada de cargos) en la audiencia de formulación de imputación, ya sea mediante la aceptación unilateral de cargos o allanamiento a los mismos de que trata el artículo 351 inciso 1º *ibídem*, o bien sea mediante el mecanismo de negociación o preacuerdo de que trata el artículo 352 de la Ley 906 de 2004.

Con antelación a la reforma introducida por vía de la aludida Ley 1453 de 2011, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴³ atendiendo al principio de progresividad de la rebaja de pena⁴⁴ y a la actividad ejecutada por la Fiscalía (mayor o menor grado de dinámica investigativa), explicó cuáles eran los parámetros a tener en cuenta para la reducción punitiva, dependiendo de la etapa procesal en la cual se llevara a cabo la aceptación de los cargos o el acuerdo a que se llegara entre vinculado y Fiscalía.

De acuerdo con esos referentes jurisprudenciales, se establece lo siguiente: la rebaja de pena por aceptación de cargos en audiencia de formulación de imputación

⁴³ Ver sentencias 21954(23-08-05) – 24529(29-06-06) – 26583(30-05-07),

⁴⁴ “...el Tribunal considera que un entendimiento adecuado del citado parágrafo es aquel que propenda por el respeto de los siguientes postulados esenciales: (i) el principio de legalidad –el dispositivo se refiere a la cuarta parte del descuento, no de la pena; **(ii) el principio de gradualidad o progresividad –orientador del derecho premial: a más distancia del juicio, mayor beneficio**–; (iii) la distinción punitiva entre capturados en flagrancia y no capturados en flagrancia –fin último pretendido por la disposición–; (iv) principio de razonabilidad –todos los institutos atinentes a la terminación anticipada deben recibir similar tratamiento reductor para evitar odiosas inconsistencias–; y, por supuesto, (v) la favorabilidad –entre varias opciones posibles, se deberá elegir la que más convenga al procesado–. Subraya fuera de texto. Sentencia C-645/12.MP NILSON PINILLA PINILLA

es máximo del cincuenta (50%) por ciento y no puede ser menor al 33.33 por ciento de la pena a imponer, iguales parámetros se tienen en cuenta con los acuerdos en esta fase; ya en audiencia preparatoria la rebaja es de una tercera (1/3) parte, es decir, el 33.33 por ciento, la cual es fija, no hay margen de discrecionalidad como si acontece con la anterior rebaja; por último, la rebaja de pena en la audiencia de juicio oral en caso de aceptación de cargos sería de una sexta parte, esto es equivalente a un 16.66 por ciento.

La entrada en vigencia de la Ley 1453 de 2011, quebranta ese aludido presupuesto de progresividad, dando paso a interpretaciones distintas, en tanto al momento de definir bajo este principio la rebaja contenida en el párrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal (regulador de los decrementos punitivos en casos de flagrancia) el juez debe estarse a lo preceptuado en la ley, es decir, que la rebaja solo comportaría cuarta parte del beneficio mencionado en el artículo 351 de la ley 906 de 2004, mismo que establece hasta un cincuenta por ciento de disminución punitiva para quienes acepten cargos en la primera oportunidad; de allí entonces que para el juez la posibilidad de determinar cuál debe ser la rebaja a conceder, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales.

Para zanjar la discusión (lo cual no significa considerar que se esté de acuerdo con la misma) la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia delimitó cuál es cuántum punitivo derivado para la persona que capturada en situación de flagrancia, resuelve aceptar cargos

en la diligencia de formulación de acusación, o en las etapas subsiguientes del proceso penal.⁴⁵

⁴⁵ “Sin embargo, la Sala advierte, compartiendo el criterio de la Procuradora Delegada, que le corresponde fijar el alcance interpretativo de la aludida modificación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004 [es decir, la adición del párrafo único] hecha con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, consultando el espíritu del legislador y obviamente respetando la sistemática reglada en la ley procesal penal, a fin de mantener la coherencia de la actividad judicial.

De tal manera, si la intención del legislador, dentro del poder de configuración, fue la de reglar la rebaja de pena derivada del estado de flagrancia, teniendo como fundamento que esa particular situación ofrece sin mayor dificultad los medios de prueba que permiten la emisión, por regla general, de un fallo condenatorio, al consagrar: «La persona que incurra en las causales anteriores (flagrancia) solo tendrá 1/4 parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004», la interpretación del mencionado precepto compete hacerse con total respeto a la sistemática allí contenida, la cual está sustentada en la progresividad de los beneficios punitivos ofrecidos por la aceptación de cargos y los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado, atendiendo los diversos momentos procesales en que puede darse la aceptación de responsabilidad.

Si no se hiciera de la manera señalada anteriormente, se entraría al campo del absurdo, pues en la audiencia de imputación la rebaja de pena equivaldría a una cuarta parte del cincuenta por ciento, mientras que para la preparatoria, esto es, ya en el curso del juicio oral, ese beneficio sería de la tercera parte de la sanción a imponer, es decir, habría una mayor rebaja para una etapa más avanzada del proceso, donde el acusado ha prestado menor colaboración con la administración de justicia.

Para prever ese tipo de situaciones en la aplicación de la justicia premial, la Sala en su fallo del 5 de septiembre de 2011 [proferido dentro de la radicación No. 36502], señaló que respetando el principio de progresividad de las rebajas por los institutos tantas veces mencionados, «los verdaderos sentido y alcance de la restricción de la 1/4 parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento o preacuerdo con el fiscal» (página 42 de la sentencia).

En ese propósito, de acuerdo con la Ley 1453 de 2011 el esquema de rebajas por razón de dichos institutos, corresponde realizarse teniendo en cuenta la flagrancia, pero obviamente respetándose las reducciones de pena inicialmente consagradas para el allanamientos a cargos y preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, de las cuales el sujeto sólo tendrá derecho a una cuarta parte de las regladas, interpretación que se ajusta al mencionado principio de progresividad y consulta con el querer del legislador.

Así, como lo destacó la Procuradora Delegada, la disminución del beneficio punitivo de una cuarta parte consagrada para el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe extenderse a todos los momentos o etapas procesales en que se autoriza allanarse a cargos y suscribir acuerdos entre las partes, respetando desde luego las rebajas de pena inicialmente previstas para cada momento.

Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:

Rebajas punitivas por aceptación de cargos

Audiencia de formulación de imputación Art. 351	Rebaja original 1/2 (50%)	Rebaja actual 12.5 % (1/4 de la mitad)
---	------------------------------	---

Así las cosas, y consecuentes también con los criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional⁴⁶, se indica que debe ampliarse a todas las ocasiones procesales en que el capturado en flagrancia se allane a cargos o suscriba acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, para obtener como rebaja de pena solo una cuarta parte del cincuenta por ciento para el caso de la formulación de imputación; así mismo para las otras oportunidades procesales en que es posible allanarse a cargos, la disminución será de una cuarta parte de la rebaja concedida por la ley.

Audiencia preparatoria Art.356, Núm. 5°	1/3 (33.3%)	8.33% (1/4 de la tercera parte)
Audiencia de juicio oral Art. 367	1/6 (16.6%)	4.16% (1/4 de la sexta parte)

En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.

Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Radicado 39013, octubre 10 de 2012 MP FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

⁴⁶ La hermenéutica adecuada del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, en lo que respecta a la limitación de los beneficios punitivos en caso de allanamiento o aceptación de cargos y preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, cuando exista flagrancia resulta aplicable no sólo cuando esa forma de terminación anticipada del proceso tenga lugar en (i) la audiencia de formulación de la imputación (hasta en 1/4 parte del beneficio, que allí es hasta la mitad de la pena individualizada, es decir, entre un día y el 12,5% de la pena a imponer); también en posteriores actuaciones como durante (ii) la audiencia de formulación de acusación (hasta en 1/4 parte del beneficio a otorgar que es hasta 1/3, esto es, entre un día y el 8.33% de la eventual pena) y (iii) en el juicio oral (1/4 parte de la 1/6 que allí se otorga, es decir, 4.16% de la pena respectiva). Corte Constitucional. Sentencia C-240/14 (Bogotá D.C., abril 9 de 2014) MP Mauricio González Cuervo

10. CAPITULO II

10.1. Elementos Básicos Estructurales de la Institución de la Flagrancia.

Características que Distinguen al Nuevo Procedimiento de Flagrancia

A cerca de los propósitos de la captura en situación de flagrancia, señala la Corte Constitucional que con la captura de la persona que fue sorprendida en flagrancia se pretende que se produzca el esclarecimiento de dos situaciones la primera, la identificación plena del individuo, y la segunda, la aclaración de los hechos ocurridos, por ser estos contrarios al orden público ⁴⁷, lo cual – a términos de la aplicación del principio de proporcionalidad – no pueden desbordar los límites propios de dichas funciones.

Bien sea – como se indicó en el capítulo anterior – que la captura en flagrancia se hubiese realizado por particular o por autoridad de policía, deberá verificarse la existencia de los requisitos que demanda el contenido del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, en tratándose de miembros de la policía si son capacitados en el asunto o por los jueces está en el pensum y en el plano de trabajo.

⁴⁷ Corte Constitucional Sentencia C-237/05 MP Jaime Araujo Rentería.

En tratándose de la captura realizada por funcionario de policía, lo deseable sería que éste contara con la capacidad disciplinar suficiente que le permitiera realizar un juicio de valor encaminado a verificar dichos requisitos. No obstante lo anterior, debe entenderse que no siempre dicha capacidad de conocimiento está al alcance del servidor público (miembro de la fuerza pública), situación que – dígase de paso – se convertiría también en una problemática que podría dar al traste con las pretensiones Estatales encargadas Constitucional y legalmente a la Fiscalía General de la Nación, como encargada del ejercicio de la acción penal,⁴⁸ en tanto una mala praxis en el ejercicio analítico de la verificación de los requisitos normativos de la institución de la flagrancia, podría derivar en la imposibilidad de vincular penalmente al presunto autor responsable de la comisión de la conducta punible, cuando por una errada interpretación de dichos requisitos, se dejase en libertad a la persona sobre la cual se tuviese una inferencia razonable de autoría o participación en la comisión de una conducta punible.

Conforme a lo anterior, y consecuentes con lo referido en párrafos anteriores, quien debe realizar un primer análisis a cerca de la existencia de los requisitos del instituto de la flagrancia es al Fiscal, quien deberá mantener incólumes los derechos y garantías

⁴⁸ La Corte ha referido que los fines del proceso penal dentro del Estado social de derecho están dados por la realización del ius puniendi en condiciones de justicia, en la pretensión principal de establecer, más allá de toda duda razonable, si una persona es o no responsable de la comisión de un delito. Es el proceso penal “un instrumento racional encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de un individuo, cuya conducta habría injustamente vulnerado uno o varios derechos fundamentales (integridad personal, libertad individual, etc.) o bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (salubridad pública, orden económico y social, etc.). Corte Constitucional Colombia. Sentencia C – 387 / 14 Magistrado Ponente JORGE IVÁN PALACIO PALACIO veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014).

ciudadanas, en caso de verificarse bien sea la inexistencia de la flagrancia o, la vulneración de derechos y garantías ciudadanas.⁴⁹

Del contenido material del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, se tienen entonces los requisitos comunes a la flagrancia, a saber:

- Actualidad. Ligada al momento del sorprendimiento
- Identificación. Asociada a la individualización del capturado
- Apreensión. Atada a la privación misma de la libertad física.

Básicamente, y hasta antes de la reforma introducida por vía de la Ley 1453 de 2011, la estructura planteada por la Ley 906 de 2004 en su artículo 301, mantenía en su integridad el concepto de flagrancia vertido tanto en la Ley 600 de 2000 y en el Decreto 2700 de 1991 en su artículo 370⁵⁰.

⁴⁹ El Acto Legislativo número 03 de 2002, introdujo entonces una marcada tendencia acusatoria del proceso penal, que si bien de una parte tiene por objeto la protección de bienes jurídicos de alta consideración en procura de obtener un orden social justo, de otra, se cimienta en la protección y la garantía de los derechos fundamentales del implicado y de la víctima. Bajo tales premisas el procedimiento penal actual limitó las facultades judiciales de la Fiscalía General de la Nación a eventos eminentemente excepcionales. Frente a los actos de investigación que pudieren afectar derechos fundamentales, estableció controles de legalidad que deben surtirse ante los jueces, guardando el equilibrio necesario entre la eficiencia del procedimiento y el respeto a los derechos del inculcado y de la víctima, materializando de esta forma el bloque de constitucionalidad. La base del sistema acusatorio colombiano se encuentra en los principios y normas rectoras que integran su estructura. Son los mismos de contenido prevalente, y en ellos se reflejan las pretensiones democráticas del Estado Social y de Derecho, especialmente las garantías de dignidad humana, libertad e igualdad, con lo que se impone una interpretación constitucional de las instituciones de orden procesal. Estructura del Proceso Penal Acusatorio FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSE. PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO. ISBN 978-958-8374-03-1 © PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO, 2007

⁵⁰ ARTICULO 370. FLAGRANCIA. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

La superada discusión acerca del concepto de flagrancia y cuasiflagrancia, esta última derivada del hecho del sorprendimiento con objetos, huellas o instrumentos de los cuales apareciera la certeza de la comisión del delito momentos antes del mismo, resulta ser beneficiosa, en tanto aparece como un mecanismo con el cual se violenta el principio del derecho a la libertad individual, ahora, la ligereza con la cual se aprecia el contexto en el cual se analiza la comisión de un comportamiento, pues pareciera que sin importar el tiempo transcurrido, entre la comisión del hecho se aprehenda al ciudadano, de encontrarse en situación de flagrancia, lo que no siempre resulta ser verídico pues dicha situación, en ocasiones, se prueba con posterioridad a la privación de la libertad.

Ahora bien. La aludida modificación impuesta al artículo 301 de la Ley 906, impactó no solo la discusión referente a cuál debía ser el monto de la rebaja por aceptación de cargos (asunto tratado en antelación).

El concepto de flagrancia que por concepto reiterado y pacífico ha tenido a través de las concepciones jurisprudenciales, como sustento a la excepción del principio de reserva judicial del derecho a la libertad de la persona como se indicó en antelación, ha estado asociado a las concepciones de actualidad, individualización e inmediatez, fue mutada en su naturaleza propia y real, para incorporar en dicho concepto (originario) situaciones que a golpe de vista se muestran ajenas a la concepción clásica de la flagrancia, que lejos se encuentra de revelar dicha circunstancia.

La incursión de dichas hipótesis ajenas a la concepción ontológica de la flagrancia, presente a lo largo de las tradiciones jurídicas (Decreto 50 de 1987; Decreto 2700 de 1991; Ley 600 de 2000; Ley 906 de 2006), se muestra como una modificación que quebranta no solamente la garantía fundamental del derecho a la libertad individual sino, además, las garantías procesales implicadas cuando se limita dicho derecho, a riesgo de actualizar procedimientos arbitrarios por parte de las autoridades.⁵¹

Vale la pena indicar que la introducción de nuevas exigencias o modalidades al texto del artículo 301 de la Ley 906 de 2000 (numerales 4º y 5º), no son circunstancias que constituyan la tradicional concepción de flagrancia allí incorporadas, lo que no significa que pueda asegurarse que no habrá desgaste del aparato judicial en el adelantamiento de la investigación, sin embargo la institución de la flagrancia como su desarrollo formativo deberá tener cierta ductilidad para adaptarse a los cambios que se evidenciaran con los avances tecnológicos.

⁵¹ Arbitrariedad (o «desviación de poder») no es sinónimo de ilegalidad, sino que debe incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales. La arbitrariedad, entonces, se refiere a que la privación de la libertad sea necesaria, previsible, proporcionada y razonable para alcanzar un fin legítimo, habida cuenta de las circunstancias del caso. Estos criterios se aplican no sólo a las medidas que afectan la libertad sino también a las normas de derecho interno que la autorizan. Por ello, una captura no depende de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta (art. 7.2 CADH). (Cfr. Caso Levoyer Jiménez contra Ecuador, No 11.992, Informe 66/01, Comisión Interamericana) Las garantías de la privación de la libertad, según la Corte Interamericana (caso Gangaram Panday, sentencia de 4 de diciembre de 1.991), son: 1) La existencia de causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en ley (aspecto material), 2) Estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma ley (aspecto formal). Para el caso 11.565, Informe 53/01 (2.000), Hermanas González contra México, la Comisión Interamericana establece que una privación de libertad que cumpla con 1) y 2) debe someterse al estudio de su eventual arbitrariedad. La Declaración Universal y la Americana contemplan, en términos generales, la protección al derecho a la libertad personal; pero sólo el PIDCP y la CADH establecen garantías para su protección. EL DEFENSOR PÚBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO. Colombia. Defensoría del Pueblo El defensor público en el sistema acusatorio colombiano 1a. Ed- - Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005, pág. 45

De igual manera, la incorporación de exigencias tan exóticas derivadas de las indicadas en los numerales 4° y 5°, impacta de manera directa la pretensión de cumplir uno de los propósitos del sistema penal acusatorio, cual es la justicia premial y/o consensuada, concretamente la disminución de penas por allanamientos, acuerdos o negociaciones pues las mencionadas exigencias adicionales ensanchan inadecuadamente las concepciones tradicionales de la institución de la flagrancia.

Esa doble connotación (posibilidad de actualizar yerros conceptuales a riesgo de socavar derechos fundamentales, y el impacto en la aceptación de cargos), se muestra como asunto de inadecuada incorporación legislativa, frente a la cual los operadores judiciales habrán de lidiar en el proceso de adecuación del instituto de la flagrancia.

CONCLUSIONES

El régimen de la libertad tal como quedó concebido en el estatuto procesal penal colombiano, ha generado un cambio de modelo que no es otro que el de una comprensión constitucional tendiente a establecer cuándo y cómo procede la posibilidad de limitar derechos fundamentales.

La libertad física (así como los demás conceptos inherentes a dicha concepción, libertades en general) presenta una connotación especial, al tener un tratamiento de derecho fundamental o derecho humano de primera generación, de hecho, el artículo 28 de la Constitución Política Colombiana⁵² y el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³ así lo refieren.

⁵² ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

⁵³ Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

Debe referirse igualmente que el derecho a la libertad materializa el concepto de que en el proceso penal, las garantías son referidas respecto del vinculado al proceso y, eventualmente respecto de las víctimas

Sería insensato establecer que el otorgamiento de la libertad se torne peligrosa; en este sentido indica APONTE⁵⁴ que el peligro no se debe a la condición de libertad, se debe a los hechos concretos de una persona. La libertad, por ser una condición natural del hombre en sociedad, no puede ser vista como causante de un peligro.

Esta perspectiva de la libertad individual como un valor esencial del Estado ha perdurado con los siglos. La Constitución de 1991, en su preámbulo establece la libertad como uno de los bienes que el Estado debe asegurar a los integrantes de la Nación y como principio fundamental de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Igualmente, nuestra Carta Política consagra el derecho a la libertad como autonomía, al señalar en su artículo 16 que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su s personalidad sin

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

⁵⁴ Aponte, Alejandro David. La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal. Hacia una prevalencia del principio de libertad. En CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Pág., 161

más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Además, en su artículo 28 prescribe que “toda persona es libre”.⁵⁵

Del texto anterior, y una vez analizadas las garantías implicadas en el proceso cuando de limitar el derecho fundamental a la libertad personal, se indica entonces que dicha limitación por vía de la captura en flagrancia (como excepción al principio de reserva legal), debe ser analizada con rigurosidad, a riesgo de actualizar afectaciones procesales que socavarían principios Constitucionales y legales.

Se recuerda entonces que la posibilidad de afectar la libertad por vía de la captura en flagrancia deja incólume la presunción de inocencia y que de dicha captura se derivan consecuencias procesales referidas de manera puntual en el primer capítulo de este texto.

Dígase entonces, que resulta desafortunado que algunos operadores judiciales admitan el proceso penal y las restricciones a los derechos fundamentales que de éste se derivan (cuando cumplen con los requisitos formales y materiales), como un plus de garantías a reconocer al Estado y la sociedad, como si las garantías no fueran un atributo propio del vinculado y no necesariamente del Estado.

Tal proceder, como lo señala acertadamente ROXIN ⁵⁶ sitúa el conflicto procesal penal en una antinomia Estado-individuo, cuestión propia de los Estados totalitarios, siendo lo correcto en un Estado democrático que el juez, órgano imparcial, asegure la vigencia de

⁵⁵ Defensoría del Pueblo Colombia. Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos. Revista Derechos de Libertad, 1994 pág. 12.

⁵⁶ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 200. Pg 258

ambos órdenes de cosas, partiendo de la idea de que las garantías procesales o judiciales corresponden prioritariamente al sujeto sometido al proceso penal, frente a los poderes, atribuciones y facultades que competen al Estado.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se hace énfasis en la protección de las garantías debidas al procesado, no existiendo discusión en que el recurso efectivo contra el fallo constituye “un medio establecido a favor del inculpado, y la Corte Interamericana va más allá al afirmar que la noción de garantías a las que se refiere la misma disposición (art. 8.2 h d la Convención Americana de Derechos Humanos) son derechos que le pertenecen exclusivamente al sujeto sometido al proceso penal.⁵⁷

Sin embargo es también la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha facilitado a través de sus sentencias una cierta “inseguridad jurídica” en cuanto al principio de legalidad, como en el caso Bolivia vs Argentina y en lo relacionado con el principio de cosa juzgada cuando ordena aperturar investigación.

Ahora bien. La sola captura en flagrancia no genera *per se* atribución de responsabilidad alguna, en tanto – como queda claro a lo largo de este texto – la situación no se muestra del todo sencilla.

Como se ha indicado varias son las reflexiones y análisis que deben ponderarse al momento de establecer la legalidad de dicho procedimiento, no se trata solamente del sorprendimiento de la persona al momento de la comisión de una conducta punible, dentro

⁵⁷ Guerrero Peralta Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. 2005 pg 112

de este contexto, deben estar presentes juicios de valor superiores que permitan y posibiliten la privación de la libertad.

Juicios de valor que debe ponderar – lo deseable fuera por parte del funcionario de policía en ese evento – el titular de la acción penal antes de acudir a verificar la legalidad del procedimiento ante juez de control de garantías.

Esas posibilidades quedaron ilustradas en su momento, cuando se analizaron los escenarios que debe ponderar el funcionario judicial cuando verifique el respeto de derechos y garantías involucrados en el procedimiento.

Mención aparte merece el hecho que se deriva de la modificación del texto legal vertido en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

El primero, tiene que ver con la posibilidad de otorgamiento de rebaja punitiva. La carga argumentativa que en este aspecto ha referido la jurisprudencia, se han tomado consideraciones diversas. La implementación del sistema acusatorio, sostuvo como una de sus pretensiones llevar la menor cantidad de procesos a la etapa del juicio, fortaleciéndose la figura de la terminación anticipada del proceso penal a través de las figuras de aceptación de cargos, negociaciones y preacuerdos, teniendo siempre como fundamento el reconocimiento de principios fundamentales (proporcionalidad de la pena, carga de la prueba, principio de culpabilidad y proscripción de la responsabilidad objetiva,

congruencia, lesividad, motivación de decisiones judiciales, legalidad razonabilidad, economía, progresividad, verdad material etc.).

En materia de aceptación de cargos la ley 906 de 2004, reitera sistemáticamente el principio de progresividad (de cuyos antecedentes se muestran la Ley 30 de 1986 artículo 45; el Decreto 1199 de 1987 artículo 8; el Decreto 180 de 1988 artículo 30 modificado por el Decreto 2490 de 1988; los Decretos 2047 y 3033 de 1990 y 303 de 1991; el Decreto 2700 de 1991; la Ley 81 de 1993 y la ley 600 del 2000) normatividades que de una u otra manera posibilitaban que en el momento procesal correspondiente, se acudiera a la aceptación de cargos (con o sin captura en flagrancia) con la esperanza de una retribución punitiva.

Las reformas incorporadas a la Ley 906 han modificado su texto original en lo referente al instituto de la flagrancia. El precedente judicial que ha señalado la corte constitucional en su sentencia C 645 de 2012, indica que la rebaja de pena se contrae a una cuarta parte de la disminución de pena señalada por la ley en cada momento procesal en donde el imputado o acusado capturado en flagrancia se pueda allanar a cargos o suscriba acuerdos con la Fiscalía General de la Nación.

El criterio que se plantea en este texto, para fortalecer los propósitos iniciales de la Ley 906 de 2004 y defender la justicia premial y sus principios es generar alternativas que reconozcan en forma efectiva la terminación anticipada del proceso y modificar mediante reforma legislativa el art. 301 de la Ley 906 de 2004 modificado por el art. 57 de la ley

1453 de 2011, para eliminar el párrafo que establece el cuántum punitivo de rebaja de pena.

Lo anterior encuentra su sustento en lo siguiente. Las legislaciones procesales precedentes al sistema acusatorio, dan a la flagrancia una evocación especial; en un sistema inquisitivo la compilación probatoria se hacía a espaldas del ejercicio del contradictorio, sistema en el que se mostraba lícito que a una captura en flagrancia se le tuviera como aspecto probatorio.

En antaño, se otorgaba a la flagrancia una consecuencia procesal (tal era el caso previsto 050 de 1987 que establecía un trámite abreviado y que consideraba a la flagrancia una prueba en sí misma. En otras legislaciones, se le otorgó una consecuencia sustancial (tal el caso de la ley 600 de 2000 que en su artículo 283 condiciona la rebaja de pena a que “ fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión (...) confesare su autoría o participación, en caso de condena se le reducirá la pena en 1/6 parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia” y la jurisprudencia agregó que no hubiere otro medio probatorio para apoyar el fallo, porque de haberlo entonces no procedía la rebaja correspondiente.)

Estas posibilidades se ajustaban y eran comprensibles teniendo en cuenta el modelo procesal (corte inquisitivo)⁵⁸, donde el juez investigaba, calificaba y juzgaba (jueces

⁵⁸ Es un sistema caracterizado por la arbitrariedad, el secreto, el desconocimiento de los derechos y garantías mínimas del procesado, donde el juez adquiere poderes prácticamente ilimitados. En este sistema la oralidad y

penales municipales en ley 600 de 2000 y ley 28 de 1994), o en el diseño de dos funcionarios (caso del Decreto 2700, ley 600 de 2000), en donde uno investigaba, calificaba y producía la prueba. Lo extraño era la controversia probatoria en el propósito de hallar la verdad verdadera.

La nueva estructura procesal penal (ley 906 de 2004), desaparece el concepto pues de la permanencia de la prueba, ya que esta adquiere su connotación cuando se practica en la instancia del juicio oral. En este actual modelo, igualmente, la flagrancia es un hecho que

la publicidad no son de la esencia porque la forma escritural y la reserva predominan, ejemplo de eso, son las actas que suscriben los testigos y que deben extenderse a lo largo de todo el proceso.-

En este sistema inquisitivo la verdad puede ser “buscada” por medio de procedimientos ilícitos como la tortura que posibilite la confesión. La identidad puede reservarse, ocultarse, lo importante es buscar la verdad.-

Este sistema también se caracteriza por la persecución criminal, incluso a espaldas de la defensa.

Es decir, la prueba se busca, se practica y se allega a los procesos y muchas veces la defensa tan siquiera se entera de ello.-

Es claro, en este tipo de sistemas que la investigación y el juzgamiento la realiza un mismo funcionario y que la prueba permanece durante todo el proceso.-

La defensa prácticamente, no tiene importancia porque todo el protagonismo lo adquiere el inquisidor quien tiene poderes ilimitados y absolutos.-

Como dijimos, este sistema se caracteriza por la permanencia de la prueba, eso hace que la etapa del Juicio, sea una simple formalidad, un simple rito procesal, una simple tramitología para cumplir con una etapa del proceso y poder emitir la sentencia respectiva.-

A pesar de todas las arbitrariedades, es posible que exista derecho a una apelación, que por cierto, tampoco garantizará a plenitud, los derechos de los imputados, convirtiéndose muchas veces, en simples formas procesales.-

Por lo expresado, podemos decir que las características del sistema inquisitivo son:

- 1.- En este sistema el juzgador más que un Juez, es una persona que desarrolla funciones por no decir, técnicas, mecánicas, porque el proceso en sí, es carente de garantías y controversia.-
- 2.- En este sistema se permite al igual que otros, que los procesados sean detenidos preventivamente.
- 3.- El juzgador tiene preeminencia sobre las partes.
- 4.- En el sistema inquisitivo no interesa para nada si el ofendido desiste o no quiere denunciar, porque el proceso, así desista, sigue hasta el final y hasta sus últimas consecuencias.-
- 5.- El juez tiene amplios poderes, decide que pruebas decreta y cuales practica.-
- 6.- La confesión es prácticamente la reina de las pruebas, por eso tiene relevancia la tortura.-
- 7.- No existe confrontación de partes, sino que todo depende del Juez y por ello es posible garantizar el derecho a un recurso de apelación.-
- 8.- Las formas escriturales y la reserva son características sobresalientes de este sistema.-
- 9.- Por dicho secreto, el investigado solo conoce del proceso una vez esté perfeccionado, eso hace que la defensa sea casi nula y no tenga ninguna garantía procesal.-
- 10.- Otra característica de este sistema inquisitivo es que el juez no puede ser recusado por las partes.

<http://burbanotamayoabogados.blogspot.com.co/2011/10/definiciones-y-caracteristicas.html>. Fecha de consulta mayo 9 de 2016

debe ser probado en juicio; otorgarle a la flagrancia una preeminencia más allá a la de la comprobación y verificación de una circunstancia fáctica es hacer integrar visiones inquisidoras al modelo acusatorio.

Y es precisamente eso lo que las reformas incorporadas, como consecuencia de la llamada “política criminal” ha venido haciendo; verter elementos propios de sistemas inquisitivos (que creímos superados) a una metodología que tiene fundamentos distintos.

Las consideraciones anteriores, aunadas a los objetivos con los que fue concebida la reforma constitucional del artículo 250 por vía del acto legislativo 03 de 2002 que da vida a la Ley 906 de 2004, indican que la institución de la flagrancia debe seguir siendo tratada como un hecho en sí misma, sin derivar de ésta resultados procesales ni punitivos, y – lo más importante dada la estructura actual del proceso - debe ser confirmada probatoriamente en la etapa de juicio, salvo que haya sido objeto de estipulación.

Aceptar lo contrario – como de hecho se hizo por el legislador por vía de la reforma introducida al artículo 301 - deriva en un quebrantamiento al principio de progresividad, y pero aún que en tales condiciones se le esté dando a la flagrancia un respaldo probatorio *per se* del cual se deriva sin mayores argumentos jurídicos la acreditación de responsabilidad.

Dicho de otra manera, eliminar la posibilidad de discutir la flagrancia en sede de juicio oral, por la inadecuada incorporación de consecuencias punitivas en su estructura, desnaturaliza – se insiste – el principio de progresividad y la posibilidad de agilizar el

proceso por vía de aceptación de cargos; de la flagrancia entonces no debe desglosarse consecuencia procesal ni punitiva, tal como se encontraba referido en el texto original de la Ley 906 de 2004.

Este argumento, encuentra su asidero en la sentencia **C-148 de 2005 la Corte Constitucional que indica:**

“La Corte ha sido enfática en reconocer que para la definición de la política criminal del Estado y, en particular, en materia penal para la configuración de las conductas punibles, el órgano legislativo tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (CP. Art. 1º y 3º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materia”.

Esta circunstancia, permite que el legislador adopte distintas estrategias de política criminal, siempre que la alternativa aprobada, además de ser legítima en cuanto a la forma como se configura, respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Así las cosas, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos. La Corte ha precisado que en el ejercicio de su atribución el Congreso “no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4).

Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta.”

BIBLIOGRAFIA

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. . Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aponte, A. (s.f.). *La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal. Hacia una prevalencia del principio de libertad. En CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Reflexiones sobre el nuevo sistema proc.*

Avella Franco, P. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSE*. Bogota: ISBN 978-958-8374-03-1 ©.

Burbano Tamayo Abogados.blogspot. (9 de Mayo de 2016). Obtenido de <http://burbanotamayoabogados.blogspot.com.co/2011/10/definiciones-y-caracteristicas.html>.

Caso Gangaram Panday, Sentencia de 4 de diciembre de 1.991.

Chiesa Aponte, E. (s.f.). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen II. Bogotá.

Colombia, D. d. (1994). Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos. , . *Revista Derechos de Libertad*, 12.

Congreso de la Republica. (2004). Ley 906 de 2004. En *Modificado por el articulo 57 Ley 1453 de 2011*. Bogota.

Corte Constitucional , Sentencia C-237/05 (MP Jaime Araujo Rentería. 2005).

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C – 387 / 14 (Magistrado Ponente JORGE IVÁN PALACIO PALACIO 25 de Junio de 2014).

Corte Constitucional Colombia. , Sentencia C-239/12. M.P, JUAN CARLOS HENAO PEREZ (2012).

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Constitución Política de Colombia*. Bogota.

Corte Constitucional mediante , Sentencia C-029 de 2009 (2009).

Corte Suprema de Justicia Colombia. Sala de Casación Penal. MP ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON. , Radicado 25743 (Sala de Casación Penal 26 de Octubre de 2006).

Cuellar, J. b. (2013). *Estructura y Garantías Procesales. El Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia. Tomo II 6ª Edición. .* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Derecho y cambio Social. (28 de Abril de 2016). Obtenido de http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm#_ftn3.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Guerrero Peralta, O. (2005). *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal.* Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. .

Horvitz Lennon, M. I., & López, M. J. (2005). *Derecho procesal penal chileno Tomo I. .* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Ibáñez, G. (2005). *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal.* Bogota: Nueva Juridica.

Inciso 3 del Artículo 2 de la Ley 906/04 , Sent C-163, febrero 20/08 (20 de Febrero de 2008).

Juridicas UNAM. (Abril de 2016). *Juridicas UNAM*. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.2/pr/pr9.pdf>.

Ley 1142 de 2007, ARTÍCULO 2o. LIBERTAD. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007.

Ley 1142 de 2007, Artículo 26 (2007).

Ley 1453 de 2011. , Artículo 301: modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Ley 906, Artículo 23 (2014).

Ley 906 de 2004, ARTICULO 345. FLAGRANCIA. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 9. (s.f.).

PIDCP CADH, Artículos 4.2 del PIDCP y 27.2 de la CADH.

ROXIN, C. T. (2000). *Derecho procesal penal. Del Puerto Pág. 124*. Buenos Aires.

Sentencia, Sentencia C-425/08 (2008).

Sentencia C 163 de 2008. MP Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C 163 de 2008 (Corte Constitucional Colombia).

Sentencia C-816 de 2004, El artículo 28 fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2003, declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2004.

Sentencias 21954(23-08-05) 24529(29-06-06) – 26583(30-05-07), 21954(23-08-05) – 24529(29-06-06) – 26583(30-05-07).

Sentencias de la Corte Constitucional, C-239/12; C-366/14; C-1198/08; C-425/08 (Corte Constitucional).

Título VIII del Libro II del Código Penal .

Vila Casado, I., & Gaviria Diaz, C. (2007). Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Sentencia C-179 de 1994. En M. G. Iván Vila Casado, *Fundamentos del Derecho* . Bogota: Legis.