FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROGRAMA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

LA CAPTURA POR ORDEN JUDICIAL EN EL MARCO DE LA LEY 906 DE 2004 EN COLOMBIA.

Línea de investigación:

Presenta:

SENEN DE JESÚS VELÁSQUEZ LARA

Tutor(es):

INES EMILIA RODRIGUEZ LARA

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:

ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL

NOVIEMBRE 17 DE 2022

INSTITUTO DE POSTGRADOS
BARRANQUILLA, ATLÁNTICO
REPÚBLICA DE COLOMBIA

INTRODUCCIÓN.

La propia Carta Magna (Constitución Política de Colombia 1991) ha previsto las reglas para la privación de la libertad en los artículos 28, y 29 C.N., y la Corte Constitucional ha sido reiterativa en reconocer que lo dispuesto en este cuerpo normativo son garantías constitucionales concretas para la salvaguarda del derecho fundamental de la libertad. En la Constitución de 1991, el derecho a la libertad ha quedado consagrado como uno de los principales derechos fundamentales. Colombia forma parte de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, cuya consigna es proteger el derecho a la libertad la cual es una conquista de la propia humanidad. La libertad es un tema fundamental en la construcción del Estado democrático y su protección es importante ya que brinda el respeto a la dignidad de la persona.

La importancia jurídica que se establecerá en este ensayo es comprobar que la libertad es un derecho fundamental el cual solamente puede verse afectado cuando existan motivos fundados, previamente establecidos por la ley, en este caso, la ley 906 de 2004. Esto debido a que la libertad personal no sólo se garantiza con su solo reconocimiento expreso en tanto condición inherente a la persona humana, sino desde las reservas legales y judiciales exigidas para su limitación.

De conformidad con lo anterior se procederá a resolver el interrogante:
¿Cuál es el manejo que le otorga la ley 906 de 2004 a la captura por orden judicial y el protocolo a seguir por los policías para evitar una privación ilegal de la libertad?

DESARROLLO.

Desde los inicios del Estado de Derecho, la protección de la libertad individual y la concepción de garantías para asegurarla contra los actos arbitrarios de las autoridades públicas, se han convertido en elementos esenciales del sistema normativo y constitucional. Esta idea cada vez más arraigada, se materializó por medio de la Constitución de 1991, al reconocer en la libertad una triple naturaleza jurídica, como *valor*, como *principio* y como *derecho*. En este sentido, la jurisprudencia constitucional "Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2012 M.P Edwing Jabeth Arteaga Padilla" no ha parado de estimar el significado transversal de la noción, al punto de aceptar en su amplio contenido una esencia libertaria, visible a través de las obligaciones generales y concretas que la libertad depara para las autoridades públicas y de las facultades y garantías que comporta para los ciudadanos.

Empero, esta posición liberal de la Constitución no ha sido óbice para admitir al mismo tiempo, que también corresponde al Estado la defensa de otros bienes e intereses jurídicos, dentro de los cuales se encuentra la seguridad y orden público, cuya afectación por el abuso de las libertades y el incumplimiento del Derecho, afectan tanto la estabilidad institucional, como la convivencia y la realización de todo el conjunto de derechos que cobijan a las personas y diferentes grupos sociales. Por esto, hace parte de las propias garantías de la libertad, la previsión de restricciones destinadas a asegurar su ejercicio armónico por parte de todos los asociados, así como el cumplimiento de intereses generales soportados en la Constitución y concretados por el legislador.

Con referencia a la *libertad personal*, que es la faceta de la libertad que concierne al asunto bajo estudio, la propia Carta ha previsto las reglas para su limitación, y ha sido la Corte

Constitucional reiterativa en su reconocimiento, desde lo previsto en los artículos 28, 29, 30 y 32 C.N., como garantías constitucionales concretas para la salvaguarda de la misma.

En los artículos 28 y 29 C.N., 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* la Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 de 2005 M.P Clara Inés Vargas Hernández indica que las limitaciones de la libertad personal sólo puedan operar conforme a una estricta legalidad **"**Ello, en razón a que no son regulaciones caprichosas del legislador, sino que constituyen verdaderos derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales; así, por ejemplo, el derecho de todo aprehendido a que se le lleve sin tardanza ante un juez, figura entre los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo Art. 9.3 establece: "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales", esta obligación también la consagra el Art. 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos " .

En este sentido, tras la declaración abierta y expresa que toda persona es libre, se contempla y 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. Del mismo modo, se garantiza la inviolabilidad del domicilio la cual podrá ser restringida cuando así lo determine el juez, con todas las formalidades de ley.

De lo anterior resulta entonces consistente la afirmación de la sentencia C-163 de 2008, en la que se determina que las garantías previstas en el artículo 28 C.P. se estructuran como verdaderas reglas constitucionales, "encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental". Así, de acuerdo con ese precepto "nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) 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, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (…)".

Igualmente, la Constitución admite la posibilidad de la detención preventiva que, conforme al artículo 28 C.N., fuerza en todo caso a que la persona detenida sea puesta a disposición del juez competente, dentro de las 36 horas siguientes, para que éste adopte la decisión que corresponda en el término establecido por la ley. Además, en el artículo 32 C.N., se permite que en flagrancia el delincuente sea aprehendido por cualquier persona, caso en el cual debe ser llevado inmediatamente ante la autoridad judicial competente.

En este conciso recuento se aprecia cómo en el orden superior, la libertad personal no sólo se garantiza con su solo reconocimiento expreso en tanto condición inherente a la persona humana, sino desde las reservas legales y judiciales exigidas para su limitación, las cuales

incorporan en la dogmática de la libertad, los principios *democrático*, de *separación* y *colaboración armónica* entre los poderes públicos y de *reserva de la primera* y de *la última palabra, para asegurar la legitimidad de la actuación del Estado sobre, si se quiere decir, uno de los bienes más preciados de la Carta Magna.*

Dicho esto, y analizado los orígenes y/o fuentes constitucionales de la figura de la captura como excepción a la libertad de locomoción, es menester traer a colación el manejo de la misma, que el ordenamiento jurídico a través de la Ley 906 de 2004, o más conocida como el Código de Procedimiento Penal, ha establecido para tal fin.

El Código de Procedimiento Penal, en su Título IV "*Régimen de la Libertad y su Restricción"* artículos 295 a 320, desarrolla el tema de las libertades y sus limitaciones al derecho, y más exactamente, para el estudio que estamos realizando, contempla la Captura en su artículo 297, estableciendo como requisito general una "…*orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados*.." que a la luz del artículo 298, deberá contener a su vez, "*de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el delito que provisionalmente se señale, la fecha de los hechos y el fiscal que dirige la investigación*."

Adicional a este requisito, la ley establece un término perentorio de 36 horas, en donde al individuo se le debe procurar el derecho a la defensa, al debido proceso y garantizársele siempre el respeto por su integridad física, moral, seguido a esto, debe hacerse lectura de sus derechos **"**Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Artículo 303" y por último, ser

dirigido a un Juez de Control de Garantías que vele por garantizarle el pleno de sus derechos en la investigación y el derecho penal en su contra.

Sobre lo anterior, y acudiendo a las palabras de la Dra. Emely Salcedo (Aponte, 2005), como Juez de Control de Garantías, la captura atraviesa por tres estadios, el primero, la emisión de la orden **"**Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Artículo 298**"** con observación a los requisitos legales para ello (existencia de la conducta punible, que la misma comporte una medida de aseguramiento privativa de la libertad, y que la medida sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable).

El segundo, es lo relacionado con la aprehensión material del individuo, que esta se lleve a cabo con el respeto de su integridad física y moral, y en cumplimiento del artículo 303 CPP, se le haga lectura de sus derechos. Y por último, después de la aprehensión, sea dirigido ante la Fiscalía de forma inmediata y que la puesta a disposición del Juez de Garantías no exceda del termino de las 36 horas siguientes a la misma.

En el caso objeto de este escrito, dice la misma juez que en la captura por orden judicial, no es necesario que el Juez que efectúe el control de legalidad, revise la orden judicial previa, ya que quien la emitió debió ejercer el control correspondiente; de esta forma, entonces, la revisión se debe hacer sobre los actos posteriores a la misma. De todas maneras, sin embargo, es conveniente solicitar que se ponga ello de presente, y así continuar de manera concordante, con el espíritu de la norma y todo el ordenamiento, en llevar a cabo la protección de los derechos del individuo y del conglomerado en general, amparados tanto por la ley, como por la Carta Magna.

En atención a lo anterior, la jurisprudencia constitucional, no ha sido ajena al desarrollo de la figura y de los derechos desprendidos de su aplicación, durante el marco de las acciones de inconstitucionalidad presentadas en contra del texto contenido en el actual Código de Procedimiento Penal.

La Corte ha sido enfática y no se ha apartado del concepto del respeto de los derechos humanos en cada una de las etapas procesales, ni ha desconocido la responsabilidad de los funcionarios investidos de tal autoridad **"**Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 6", porque en materia de libertades, éstos no se pueden exonerar de aquellas arbitrariedades que puedan resultar del cumplimiento del deber, esto aplica tanto para jueces de la república como para los funcionarios de policía judicial quienes finalmente son los encargados de llevar a cabo la diligencia de captura **"**Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Artículo 27**"**.

Seguido a esto, ha sido la encargada de endilgar facultades especiales al Juez de Control de Garantías para que actúe como principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos, al control de dicha autoridad judicial independiente **"**Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis**"**. Del mismo modo, la Corte ha delimitado su competencia estableciendo los controles que debe ejercer de esta forma: *(i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un*

control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución **"**Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis". Todo lo anterior, siempre bajo la observación de los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad. "Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz**"**

Otro tema relacionado con la captura y que la Corte se ha encargado de abordar ya que es objeto de confusiones, es la trascendencia que tiene el periodo de las 36 horas para llevar a cabo su legalización a través de la Audiencia de Control de Legalidad, la cancelación de la orden de captura y lo pertinente con relación al aprehendido, funciones llevadas a cabo por el Juez de Control de Garantías. Recordemos pues, que la Constitución por ser de talante enteramente garantista, y ser el derecho a la libertad un derecho inherente de cada persona, y que solo se puede ver afectado por lo anterior que hemos esbozado a lo largo de este escrito, requiere de mayor protección, y a veces es necesario recurrir a acciones especiales propias de un estado de derecho, tal como lo es la de Habeas Corpus; el artículo 30 de la Constitución de 1991 dispone: "que quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis (36) horas**"**.

Es tal la importancia de esta acción, porque en muchas ocasiones, pese a la existencia de una orden judicial privativa de la libertad, se presentan irregularidades que afectan de manera directa, los derechos del individuo y pueden convertir a la captura en una completa ilegalidad, de ello se colige la gran importancia que tiene el termino de las 36 horas, porque no se puede

dejar al azar el uso de las facultades coercitivas del sistema judicial, y debe evitarse a toda costa, cualquier arbitrariedad.

Como lo hemos abordado, y a manera de conclusión, debemos decir dejar por sentado tres cosas. La primera es, que debido al principio de reserva judicial para la privación de la libertad "Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández", la privación de este derecho, debe ser dispuesta u ordenada por un juez, y que de manera excepcional, puede aprehenderse a una persona, tal como es el caso consagrado en el artículo 32 de la Carta Política, que contempla la situación de flagrancia. En segundo lugar, como estado social de derecho de corte garantista que somos, propendemos porque las normas del ordenamiento jurídico estén integradas de forma sistemática, tanto que la Constitución como la jurisprudencia de las altas cortes, creen, administren y materialicen diversos derechos que lleven a la protección de dichas garantías.

Y en tercer y último lugar, que en Colombia contamos con un Sistema Penal Acusatorio, que aferrado a ese mismo sentir, lleva como bandera, el respeto de las garantías constituciones antes descritas, y tiene como defensor de las mismas, al Juez de Control de Garantías, que lejos de ser un personaje más dentro del engranaje judicial, y ser el aspecto novedoso dentro del panorama procesal, se encarga de salvaguardar el contenido de la Carta en cada una de las etapas del procedimiento penal, en la que se lleve a cabo la intervención de tan importantes derechos.

Ojalá, y el panorama social, político y jurídico, permitan la implementación de nuevas medidas que traigan consigo, ideas de cambio y desarrollo al derecho en nuestro país, y que se

logre la dignificación y materialización de todos los fines del estado, afianzando aún más, el compromiso adquirido con los asociados.

Adicional a este requisito, la ley establece un término perentorio de 36 horas, en donde al individuo se le debe procurar el derecho a la defensa, al debido proceso y garantizársele siempre el respeto por su integridad física, moral. Seguido a esto, debe hacerse lectura de sus derechos, para tal efecto, el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal indica cuáles son los derechos que tiene una persona al momento de ser capturada los cuales deben ser informados de manera obligatoria e inmediata al momento de la aprensión. Y, por último, ser dirigido a un Juez de Control de Garantías que vele por garantizarle el pleno de sus derechos en la investigación y el derecho penal en su contra.

Sobre lo anterior, y acudiendo a las palabras de Aponte (citado en Salcedo, 2005), la captura por orden judicial atraviesa por tres estadios: Primero, la emisión de la orden con observación de los requisitos legales para ello (existencia de la conducta punible, que la mismo comporte una medida de aseguramiento privativa de la libertad, y que la medida sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable). Segundo, es lo relacionado con la aprehensión material del individuo, que esta se lleve a cabo con el respeto de su integridad física y moral, y en cumplimiento del artículo 303 CPP, se le haga lectura de sus derechos. Y, por último, después de la aprehensión, sea dirigido ante la Fiscalía de forma inmediata y que la puesta a disposición del Juez de Garantías no exceda del término de las 36 horas siguientes a la misma (Ley 906, 2004).

La Corte Constitucional ha sido enfática y no se ha apartado del concepto del respeto de los Derechos humanos en cada una de las etapas de la captura, ni ha desconocido la responsabilidad de los funcionarios investidos de tal autoridad (Gómez, 2009). Ante esto, el Artículo 6 de la Constitución Política de 1991 señala que los particulares solo responden por violación de la Constitución y las normas. Los servidores públicos lo son por infringir las leyes y por omisión o extralimitaciones en sus funciones. Ahora, en materia de libertades, éstos no se pueden exonerar de aquellas arbitrariedades que puedan resultar del cumplimiento del deber, esto aplica tanto para jueces de la República como para los funcionarios de la Policía Nacional de Colombia quienes finalmente son los encargados de llevar a cabo la diligencia de captura (Arboleda, 2011).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte constitucional ha sido la encargada de conceder facultades especiales al Juez de Control de Garantías para que actúe como principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso de captura y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos, al control de dicha autoridad judicial independiente.

De la revisión documental efectuada se infiere que existe un protocolo para realizar la captura por orden judicial establecido por la ley que debe seguir el funcionario de policía para evitar una falla en el procedimiento que implique ilegalidad, el cual es:

- Primero, verificar que la orden de captura este emitida por funcionario judicial competente.
- Segundo: Que sea por un delito previamente establecido en la ley.

- Tercero: Que la orden de captura se encuentre vigente.
- Cuarto: Verificación del nombre y de los datos que permitan individualizar a la persona sobre la cual se va a ejecutar la captura, con el fin de evitar errores.
- Quinta: Lectura de los derechos del capturado.

Imagen 1: Protocolo para la captura por orden judicial.

Fuente; Construcción propia.

Una vez verificado los requisitos y materializada la captura, el capturado debe ser puesto a disposición del Juez de Control de Garantías dentro de las 36 horas siguientes de la ejecución de misma, si bien este no es un requisito axiológico para realizar la captura, si lo es para la legalidad de la misma, su observancia y el de los demás requisitos del protocolo evita que el Juez al realizar el estudio de legalidad y de respeto por las garantías de los derechos constitucionales del capturado, determine que la captura es ilegal y por tal le conceda su

libertad inmediata y compulse copias a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la presunta falta disciplinaria por procedimiento ilegal en que incurrió el funcionario policial y de lugar a la reparación del perjuicio sufrido por el daño antijurídico generado, por vía demanda contenciosa administrativa.

A continuación, tendremos el ejemplo de cuando se inicia una investigación por trata de personas y el procedimiento de la policía nacional para poder cumplir con las leyes decretadas, para ello vamos a diseñar un esquema de lo que se realiza por parte del ámbito legal según las leyes colombianas.

1. Informar sobre aspectos legales de la denuncia.
2. Indicar si el/la denunciante es la víctima, y si requiere asistencia psicosocial o en salud.
3. Diligenciar el formato único de denuncia. Hacer firmar y obtener huella digital del denunciante.
4. En caso de aportar algún elemento material probatorio (EMP) y/o evidencia física, proceder a registrar, rotular, embalar, e iniciar la cadena de custodia.
5. El coordinar de la PJ debe informar a la FGN sobre la iniciación de la investigación.
6. Evaluar los actos urgentes que se deban realizar, para proceder a ejecutarlos (interrogar testigos y otras víctimas, visitar lugares, ubicación de denunciados).
7. Presentar al fiscal dentro de las 36 horas siguientes a la recepción de la denuncia el informe ejecutivo sobre los actos urgentes realizados.

Fuente: Construcción propia

CONCLUSIONES.

Teniendo en cuenta toda esta información suministrada de manera clara y concisa por parte de la constitución política de Colombia y otras fuentes, se decantan las siguientes ideas principales:

- Establece que la captura por orden judicial, debe ser dispuesta u ordenada por un juez de control de garantías, la cual debe cumplir con unos requisitos normativos para su legalidad y para su expedición., siendo los mismos fundamentales y necesarios para que esta pueda ser materializada. Este compilado normativo da origen a un protocolo legal, el cual debe ser verificado por el funcionario de policía para proceder a realizar la captura de una persona por orden judicial y evitar incurrir en una ilegalidad.

- Se recomienda, si se quiere evitar una privación ilegal de la libertad se hace necesario que los policías de Colombia tengan conocimiento del protocolo legal para el procedimiento de captura por orden judicial y sea aplicado al momento de ser efectuada, en virtud de garantizar los derechos y libertades de todas las personas sin importar su condición.

- De igual forma, el personal policial debe de ser capacitado sobre el tema de forma permanente por parte de los asesores jurídicos de las unidades policiales con el fin de brindar el conocimiento necesario que los dotes de criterios adecuados al momento de realizar la captura por orden judicial. Mantener actualiza la base de datos donde se registran las órdenes de captura emitidas por las autoridades judiciales para evitar incurrir en errores en cuanto a la detención de una persona por una orden que no se encuentre vigente.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS.

1. Arboleda, M., (2011). Código Penal y Procedimiento Penal. Colombia: Editorial Leyer.
2. Gómez, F., (2009). Constitución Política de Colombia. Colombia: Editorial Leyer.
3. Salcedo, E., (2005). *La Captura Administrativa.* Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, D.C., 5 de agosto de 2005. Recuperado el 18 de octubre de 2014 de www.ramajudicial.gov.co/.../captura administrativa.../cf52cae
4. Constitución política de Colombia. Art 297, 2004. Tomado de: https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal/297.htm
5. Min interior, 2015, Protocolo De Investigación Y Judicialización. Tomado de: https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/marzo/PROTOCOLO_DE_INVESTIGACION_Y_JUDICIALIZACION_Sede.pdf
6. Constitución política de Colombia. Art 906, 2004. Tomado de: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787
7. CLC, 2016. Procedimiento de captura por parte de la policía colombiana. Tomado de: https://www.colombialegalcorp.com/blog/procedimiento-de-captura-por-la-policía/
8. Policía Nacional de Colombia, 2017. Fallas y debilidades en los procesos de captura. Tomado de: https://www.policia.gov.co/file/4627/download?token=dL6qbL6G

9. Corte suprema de justicia, 2019. Control de legalidad de la captura. Tomado de: https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/CONTROL%20DE%20LEGALIDAD%20DE%20LA%20CAPTURA.pdf

10. Código de procedimiento penal, Art 303. Derechos del capturado. Tomado de: https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal/303.htm