



**ACREDITACIÓN  
INSTITUCIONAL EN  
ALTA CALIDAD**  
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**Título**

**EL DERECHO A LA ASISTENCIA CONSULAR EN LEGALIZACIÓN DE  
CAPTURA DE CIUDADANOS EXTRANJEROS**

Autora

Elizabeth Mejía Vargas

Artículo de investigación presentado para optar por el título de Magíster en Derecho  
Procesal Penal

Asesor

Fernando León Tamayo, Doctor en Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Procesal Penal

Medellín, Antioquia, Colombia

2021



**José Rodrigo Flórez Ruiz**

Rector

Universidad Autónoma Latinoamericana

**Mónica Cecilia Montoya Escobar**

Decana (e) de Escuela de Posgrados

**Luis Eduardo Agudelo Suárez**

Coordinador(a) de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

**Juan Camilo Muñetón Villegas**

**Federico Londoño Mesa**

Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 05 de diciembre de 2020 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 21 de 2020.

## EL DERECHO A LA ASISTENCIA CONSULAR EN LEGALIZACIÓN DE CAPTURA DE CIUDADANOS EXTRANJEROS<sup>1</sup>

Elizabeth Mejía Vargas<sup>2</sup>

### Resumen

El presente estudio realizó un análisis sobre el significado y exigibilidad del derecho a la asistencia consular de los foráneos capturados en Colombia, desde el punto de vista teórico, en especial desde la óptica constitucional, cotejado con un estudio de caso en el departamento de Antioquia con el fin de establecer si en la legalización de captura, esa garantía estaba presente en la verificación de los derechos cuando el indiciado es un extranjero. Se detectó que el tema es mencionado pocas veces en los argumentos de las partes y los jueces con función de control de garantías que intervinieron en las diligencias objeto de la investigación, tampoco lo tuvieron en cuenta, situación que entra en contradicción no solo con el texto legal vigente del artículo 36, Ley 17 de 1971, sino con parámetros de hermenéutica constitucional que obligan acciones positivas para su salvaguarda. Al final del artículo se plasmaron las posibles consecuencias que puede acarrear la inobservancia de este derecho y algunas sugerencias para adecuar a la constitución, la ley y la actuación de todos los servidores públicos involucrados en la captura de extranjeros, desde el momento de la aprehensión hasta la audiencia de legalización de la captura.

Palabras clave: derechos del capturado, asistencia consular de los capturados, legalización de captura de extranjeros, privación de la libertad, debido proceso.

---

<sup>1</sup> Título de la investigación “INCIDENCIA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA CONSULAR, EN LAS AUDIENCIAS DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA”, para optar al título de Magister en Procesal Penal y Teoría del Delito en la Universidad Autónoma Latinoamericana.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Especialista en Derecho Público, Derecho constitucional frente a la norma penal y Especialista en Derecho Procesal Penal, actualmente Jueza Penal Municipal con función de control de garantías de la ciudad de Medellín.

### **Abstract**

The study analyzes from a theoretical point of view, especially from a constitutional perspective, the meaning and enforceability of the right to consular assistance of foreigners captured in Colombia, compared with a case study in the Department of Antioquia, specifically in Medellín and Rionegro, to establish whether in the legalization of capture, this guarantee was present in the verification of rights when the accused is a foreigner. It was found that the issue is rarely mentioned by the parties in their arguments, and the judges with a guaranteed control function who intervened in the proceedings under study did not take it into account either, a situation that contradicts not only the current legal text of Article 36, Law 17 of 1971, but also the parameters of constitutional hermeneutics that require positive actions to safeguard it. At the end of the article, the possible consequences of failure to observe this right will be set out, along with some suggestions for bringing the actions of all public servants involved in the capture of foreigners into line with the Constitution and the law, from the moment of arrest until the hearing for the legalization of the capture.

Keywords: rights of the captured, consular assistance of the captured, legalization of the capture of foreigners, deprivation of liberty, due process.

## Resumo

O estudo analisa, de um ponto de vista teórico, especialmente de uma perspectiva constitucional, o significado e a aplicabilidade do Direito à assistência consular dos estrangeiros capturados na Colômbia, em comparação com um estudo de caso no Departamento de Antioquia, especificamente em Medellín e Rionegro, para estabelecer se na legalização da captura, esta garantia estava presente na verificação dos direitos quando o capturado é estrangeiro. Verificou-se que, em poucas ocasiões, a questão é mencionada pelas partes nos seus argumentos e os juízes com a Função de Controlo de Garantia que intervieram no processo em estudo também não a tiveram em conta, uma situação que contradiz não só o atual texto legal do artigo 36º da Lei 17 de 1971, mas também os parâmetros da hermenêutica constitucional que exigem ações positivas para a salvaguardar. No final do artigo, serão expostas as possíveis consequências que poderão advir da não observância deste direito, bem como algumas sugestões para adaptar as ações de todos os funcionários públicos envolvidos na captura de estrangeiros à Constituição e à lei, desde o momento da detenção até à audiência para a legalização da captura.

Palavras-chave: direitos da capturada, assistência consular da capturada, legalização da captura de estrangeiros, privação de liberdade, devido processo.

## Introducción

Existen reseñas desde épocas remotas (Zourek, 1957) sobre la institución de los consulados, evolucionando por hitos hasta el Congreso de Viena de 1815, del que se derivó la profesión especial del diplomático y luego, con la Convención de Viena, al finalizar la segunda guerra mundial, la comunidad internacional entendió la necesidad de reglamentar en forma sistemática la vida internacional (Jara, 1989). Esto empezó a generar pactos, uno de ellos es la base de este trabajo, porque el derecho a la asistencia consular que consagra el artículo 36 de la Convención de Viena, suscrita el 24 de abril de 1961, no se encuentra incluido en los manuales de audiencia entregados como material de apoyo para la Policía, los delegados de la Fiscalía o los jueces con función de control de garantías, por lo que es necesario constatar si se tiene presente en la práctica, concretamente, en las audiencias de legalización de captura, dado su carácter vinculante y con rango constitucional. Lo anterior teniendo en cuenta que la Convención fue adoptada por Colombia mediante la Ley 17 de 1971 y por tanto, su omisión o deficiente cumplimiento debe tener consecuencias, sin interesar la clase de delito por el que se proceda.

Con respecto al ámbito territorial y temporal de la investigación, se conoce que la historia de violencia en la ciudad de Medellín fue catalogada como una de las ciudades más violentas del mundo en el escenario internacional y, aunque hoy día está por fuera de esos listados (Medellín cómo vamos, 2019), la criminalidad no cesa. Los documentos oficiales recientes de las autoridades en este territorio, además de ofrecer indicadores de delitos del 2016 a julio de 2018, enlistan la “extorsión, diversificación de rentas ilegales, tráfico de estupefacientes, trata de personas, explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes” (Alcaldía de Medellín, 2020, p. 3) como punibles priorizados en el plan integral de seguridad en Medellín. Ciudadanos extranjeros de diferentes países se han visto implicados en estos delitos, puesto que han observado la ciudad como lugar propicio para involucrarse en las rentas ilícitas, convirtiendo el aeropuerto internacional José María Córdova en la principal ruta oficial de ingreso de extranjeros a Medellín, ubicado en el municipio de Rionegro (Antioquia).

Una parte importante de las cifras de delitos cometidos en la ciudad en el año 2019, está contenido en los informes sobre la situación de los derechos humanos, elaborados por investigadores de la Personería de Medellín. Estos textos además de los análisis y recomendaciones, contienen estadísticas relevantes, por ejemplo del homicidio, que se definió como “(...) es factor determinante para medir la eficacia y eficiencia de las políticas públicas de seguridad implementadas por cada una de las administraciones (...)” (Álvarez et al., 2019, p. 41); para el 19 de agosto del año 2019 se habían presentado 508 homicidios. Sobre la conducta punible de extorsión, se le rotuló como “parte de la economía criminal de la ciudad de Medellín” y al respecto, hasta el 24 de agosto de 2019 se habían denunciado 353 casos (Álvarez et al., 2019). El informe también alude al gran número de casos relacionados con sustancias estupefacientes, haciendo la siguiente salvedad:

De acuerdo con el SISC, la marihuana sigue siendo en el 2019 el estupefaciente que más se incauta en Medellín. Solo en julio, uno de los meses con mayor operatividad al respecto, se incautaron 814 867 gramos. Empero, es pertinente destacar que, conforme se dejó plasmado en el informe de 2018, las incautaciones y detenciones por el tráfico de estupefacientes son principalmente a personas que son consideradas posteriormente como consumidores y, por tal razón, son dejados en libertad. (Álvarez et al., 2019, p. 13)

En cuanto a las cifras del delito de desplazamiento forzado, en el comparativo con el año anterior, las cifras del año 2019, con corte al 29 de octubre, se presentan por comuna de la siguiente manera: comuna 13, San Javier, 626 casos; comuna 16, Belén, 334 casos; comuna 7, Robledo, 324 casos; corregimiento Altavista, 243 casos; comuna 8, Villa Hermosa, 228 casos y comuna 1, Popular, 205 casos (Álvarez et al., 2019). Adicionalmente, el documento expone cifras inherentes a la migración, porque la ciudad acoge un importante número de personas desplazadas de otros lugares.

Otro de los informes de la Personería de Medellín reflejó diversas formas de violencia contra la población LGTBI y las mujeres, aludiendo por medio de la comparación de las cifras actuales con las de años anteriores, que la población diversa no tiene datos sistematizados en forma adecuada y por otro lado, referido a víctimas mujeres “(...) en lo corrido de 2019 (hasta el 15 de octubre) la violencia de género ha sido la causa del 34 % de los homicidios de mujeres

(...)” (Muñoz et al., 2019, p. 46). Los presuntos feminicidios durante el 2019, con corte a 15 de octubre, fueron 19; el número de víctimas de violencia sexual en Medellín durante ese año fue de 1618 y de violencia intrafamiliar se reportaron 5420 casos. Finalmente, la percepción de inseguridad derivada del incremento en los casos de hurto fue registrada de esta manera por un medio de comunicación: “cuatro atracos por hora, en promedio, ocurrieron en 2019 en Medellín. La cifra la arrojó el Sistema de Información para la Seguridad y Convivencia de Medellín (SISC) que registró 25 313 denuncias de hurto a personas este año” (Diario El Colombiano, 2019, párr. 1), lo anterior ilustra el panorama laboral de los fiscales y jueces del área penal.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la investigación hace referencia a presuntos autores de ilicitudes no nacionales, las estadísticas de llegada anual de extranjeros en el punto migratorio del aeropuerto José María Córdova fue de 333 821 personas en el año 2018, distribuidos los porcentajes así: el 13,07 % de Estados Unidos, 9.36 % de Francia, 8.83 % de México, 7.15 % de Argentina, 6.27 % de Perú, 5.70 % de Panamá, 5.61 % de Alemania, 5.61 % de España, 4.11 % de Ecuador, 3.71 % de Reino Unido y el 30.60 % de otros países (Secretaría de Desarrollo Económico de Medellín, s.f). Sumado a esto, la migración se considera como fenómeno de impacto en el continente americano, por lo que se indica lo siguiente (Organización Internacional para las Migraciones, 2019):

El número de migrantes internacionales en las Américas ha aumentado en los últimos dos decenios, de casi 47 millones en 2000 a más de 57.5 millones en 2010. Poco más de una cuarta parte (27 %) del total de migrantes del mundo reside en las Américas. La migración en las Américas ocurre, fundamentalmente, entre los países de la región.<sup>3</sup> De conformidad con los datos del Censo de 2000 hay alrededor de 26.6 millones de personas nacidas en América Latina y el Caribe que viven fuera de sus respectivos países. La emigración de los países de América Latina y el Caribe representa aproximadamente el 15 % de la inmigración internacional en todo el mundo.<sup>4</sup> (Morales, 2015, p. 25)

---

<sup>3</sup> Los migrantes representan el 14.2 % del total de la población de América del Norte.

<sup>4</sup> 39. Los principales países de emigración de la región son México, Colombia, Puerto Rico y Cuba, seguidos de El Salvador, Brasil, Jamaica, República Dominicana, Haití y Perú. México es el principal país de emigración del mundo, con 10.1 millones de personas viviendo en el extranjero (alrededor del 10 % de la población

Lo anterior sin incluir la problemática actual de migración de ciudadanos venezolanos - cuya cantidad es difícil de medir, aunque se sabe que es numerosa, engrosado a las capturas que frecuentemente se suscitan en situación de flagrancia.

Cerca de un millón y medio de ciudadanos venezolanos se encuentran residiendo en el territorio colombiano, informó este 23 de octubre el Director General de Migración Colombia, Christian Krüger Sarmiento.

La cifra, que tiene corte al 31 de agosto, evidencia que la gran mayoría de los ciudadanos venezolanos se está radicando en las ciudades capitales, por las oportunidades que éstas ofrecen.

Bogotá sería la ciudad donde más ciudadanos venezolanos residen, con un poco más de 357 mil registros, seguido por las ciudades de Cúcuta, Barranquilla, Medellín y Cali.

Respecto a la migración pendular, que hace referencia a aquella población que se mueve habitualmente en zona de frontera, el jefe de la autoridad migratoria colombiana informó que a la fecha hay más de 4 millones 315 mil ciudadanos venezolanos portadores de la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF) quienes registrarían, en promedio, más de 32 mil entradas diarias al territorio colombiano. (Diario El Estímulo, 2019, párr. 1-4)

En ese contexto se realizó una investigación que mezcla un tema jurídico desde la perspectiva constitucional (obligatoriedad de garantizar la asistencia consular a los detenidos extranjeros), utilizando el método teórico análisis-síntesis y desde lo práctico (el papel que cumple el Juez con función de control de garantías para evitar que ese derecho se vulnere), se llevó a cabo un estudio de caso, con los municipios de Rionegro y Medellín como referente territorial, teniendo en cuenta la problemática reseñada de criminalidad en la capital antioqueña y que en Rionegro se encuentra el aeropuerto internacional con su punto migratorio. Esto generaba una alta posibilidad de que los jueces con función de control de garantías atendieran audiencias preliminares con ciudadanos extranjeros en ese territorio.

---

total del país). El corredor de migración entre México y Estados Unidos de América es el más importante del mundo, con 9.3 millones de migrantes.

Durante el primer semestre de 2019 (entre el 1 de enero y el 30 de junio) laboraron 32 jueces con función de control de garantías en audiencias de legalización de captura en Rionegro y Medellín (se excluyen los funcionarios encargados de las llamadas audiencias programadas que laboran en horario de oficina en Medellín) y de allí, se eligieron 15 despachos, que en promedio corresponden a la totalidad de los jueces que cumplen la función en el municipio de Rionegro (2) y la mitad de los que atienden legalizaciones de captura en Medellín, cuyos titulares permitieron el acceso a la documentación del archivo para verificar los casos que incluían extranjeros capturados y presentados para audiencia de legalización en ese lapso (78 casos en total).

Para el planteamiento de la tesis que rige este artículo -aunque la asistencia consular tiene la debida consagración legal por su antigüedad y falta de documentación en los textos académicos o en las minutas ofrecidas a los servidores del área penal- se partió de la hipótesis de la probable omisión de la materialización de este derecho y peor aún, la falta de verificación en la audiencia ante el juez con función de control de garantías, lo cual se pretendió corroborar con la muestra de audiencias revisadas para generar recomendaciones. Por esta razón, el texto presenta en primer lugar el tema de la asistencia consular como derecho internacional; luego, el derecho a la asistencia consular en Colombia; en el capítulo siguiente, el estudio de caso y seguidamente las posibles implicaciones por omitir las garantías inherentes a la asistencia consular, para finalmente arribar a las conclusiones y recomendaciones.

## **1 La asistencia consular como derecho internacional**

El derecho a la asistencia consular está consagrado en el Artículo 36 de la Convención de Viena, suscrita el 24 de abril de 1963, adoptada por Colombia mediante la Ley 17 de 1971 -y analizada su materialización en opinión consultiva por la Corte Interamericana. Esta puede definirse como la obligación que tienen las autoridades colombianas de informar “sin dilación” (al momento de la captura o antes de su presentación ante el juez) a todo capturado extranjero sobre el derecho que tiene a:

a) Solicitar y obtener que las mismas autoridades competentes en Colombia informen a la oficina consular de su país, sobre cualquier modalidad de privación de la libertad que recaiga en su contra.

b) “Derecho a dirigir cualquier comunicación a la oficina consular de su país de origen, para que esta le sea transmitida “sin demora” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 1999, p. 57).

Esa garantía inmediata del capturado, que se plasmó en la Convención de Viena, sigue vigente durante todo el tiempo de privación de la libertad, tal como se observa en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977, las cuales constituyen los estándares mínimos universalmente reconocidos para las personas privadas de la libertad. Lo anterior se ratificó en diciembre del año 2015, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó su revisión. Actualmente se conocen como Reglas Nelson Mandela, cuyo aparte relevante para esta investigación, correspondiente al tema “contacto con el mundo exterior”, es el siguiente:

**Regla 62.**

1. Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con los representantes diplomáticos y consulares del Estado del que sean nacionales.
2. Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de proteger a las personas en su situación. (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015, p. 22)

En el ámbito internacional, el desconocimiento de la asistencia consular a los capturados más que trascender para la audiencia preliminar objeto de esta investigación, deriva en consecuencias drásticas para el proceso penal, con figuras equivalentes a las nulidades o la revisión, además de la obligación del Estado de reparar al afectado. En este sentido, se hace referencia a la sentencia del 31 de marzo del 2004 del Tribunal Internacional de Justicia en el llamado *Caso Avena*, propuesto por México, solicitando la restitución internacional por medio de

la anulación de veredictos (pena de muerte) emitidos por Estados Unidos contra 52 de sus nacionales, a quienes no se les informó, ni permitió el derecho a la asistencia consular. Tal decisión se analizó en varios trabajos, a continuación se cita uno de ellos:

Sin embargo, en la identificación de los elementos constitutivos de la “reparación en forma adecuada”, la corte señala que Estados Unidos de América tiene la obligación de “permitir la revisión y reconsideración de los casos de estos nacionales por los tribunales de los Estados Unidos, con vistas a determinar si en cada caso, la violación al artículo 36 cometida por las autoridades competentes causó en efecto perjuicio al interesado en el transcurso de la administración de justicia penal.

(...) Este punto de vista tiene mayor importancia a la luz del párrafo 151 del fallo, en el que la Corte declaró que sus conclusiones se aplican por igual a los casos de otros nacionales extranjeros que se encuentren en los Estados Unidos de América, en vista de las cuestiones de principio que plantea el fallo en relación con la aplicación de la Convención de Viena. En otras palabras, la sentencia también tiene efectos frente a terceros Estados parte de la Convención de Viena, por más que sus consecuencias jurídicas se limiten a las partes en la controversia, conforme al artículo 59 del Estatuto de la Corte. (Gómez, 2005, pp. 211-215)

Al hacer esta aclaración la Corte está consciente de la importancia de los criterios que definió en el fallo y se propuso que beneficien a todos, con intención de facilitar la implementación del sistema de protección consular que consagra la Convención de Viena (Gómez, 2005).

Sobre la naturaleza de este derecho y con fundamento en el análisis del aludido caso Avena, sentencia proferida el 31 de Marzo del 2004 por la Corte Internacional de Justicia, Martínez y Zaldivar (2015) ilustraron las diferentes categorías en que puede enmarcarse la protección consular, para sustentar al final que se trata de un derecho humano de los migrantes como grupo vulnerable.

En nuestra opinión, a partir del precedente sentado por esta sentencia y sin desdeñar las peculiaridades de la aplicabilidad y maniqueísmo de las normas internacionales como fuentes del Derecho, la Responsabilidad Internacional, se muestra como garantía de este

derecho en el plano internacional al plantear a los Estados la obligación de seguir determinadas reglas de conducta respecto a los extranjeros dentro de su territorio, en el caso de que fueran violadas en circunstancias determinadas y se causa daño a las personas naturales dentro de su territorio se incurre en la responsabilidad que se le pueda exigir por el Estado del que es nacional el mismo, solicitando la correspondiente reparación o resarcimiento del daño. Completándose así, los elementos que configuran una de las dimensiones de la protección consular, como derecho humano, porque en nuestro juicio es una institución múltiple. (párr. 29-30)

La asistencia consular para privados de la libertad tiene relación directa con el derecho a la defensa técnica, lo que demuestra, por ejemplo, en directrices impartidas a los abogados norteamericanos después del caso Avena, en especial cuando los clientes provienen de México, por ser este país quien ha liderado las demandas contra Estados Unidos e implementado a nivel político la protección consular a sus nacionales. En casos factibles de sanción con pena de muerte se le traslada la responsabilidad al abogado de “1. Informar inmediatamente al cliente de su derecho a comunicarse con la oficina consular que corresponda y, 2. Obtener el consentimiento del cliente para ponerse en contacto con la oficina consular” (American Bar Association, 2003) citada por (Tamayo, 2014, p. 31).

En el mismo sentido, varios países dispusieron la logística necesaria para brindar una asistencia consular efectiva, que puede marcar diferencia no solo en el resultado del proceso penal, sino en las condiciones de restricción de la libertad. Por ejemplo, de no cumplirles este derecho ciudadanos españoles, se les privaría del acceso a garantías que anuncian sus autoridades consulares (Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, s.f), como la comunicación de un listado de abogados expertos en ciertos casos para la contratación de la representación legal de los ciudadanos españoles en el exterior, la atención a los detenidos para notificar a familiares el hecho de la detención, siempre que el privado de la libertad lo autorice, la realización de visitas periódicas según el caso y la disponibilidad de personal consular, la entrega y recibo de mensajes y correspondencia, así como la solicitud escrita de información relativa al caso ante las autoridades locales, la ayuda humanitaria en centros penitenciarios que no cubran necesidades básicas, incluyendo que se cumpla la garantía aquí analizada.

Las Oficinas Consulares de España en el extranjero pedirán a las autoridades locales comunicación inmediata con un detenido español y acceso al mismo desde el momento en que se conozca su detención y hasta su puesta en libertad. Asimismo, procurarán asegurarse de que el trato recibido por el español sea por lo menos igual al recibido por los nacionales del país en cuestión. Colaborarán en recabar de todas las autoridades locales los permisos para que los detenidos puedan comunicarse con sus familiares y amigos así como con la Oficina Consular correspondiente. Obtendrán información sobre el status del preso e intentarán lograr que las autoridades locales no prolonguen su situación sin razón evidente. Efectuarán el necesario seguimiento del estado de salud de los detenidos y velarán por que las autoridades del establecimiento penal proporcionen a los presos españoles alimentación adecuada y servicios médicos. Por último, en aquellos países con los que exista Convenio de Traslado de Personas Condenadas o que sean parte del Convenio de Estrasburgo, se encargarán de que el procedimiento de traslado sea lo más rápido posible. El traslado solo puede producirse si concurren las tres voluntades (preso, Estado de condena y Estado de cumplimiento). (Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, s.f., párr. 23-27)

Lo anterior evidencia la importancia de este derecho, reiterándose que el sujeto pasivo de la acción penal, cuando es foráneo, presenta mayor vulnerabilidad por las diferencias culturales e idiomáticas que morigeran las autoridades diplomáticas del país de origen, que, en caso de decidir intervenir, pueden cumplir diferentes roles, incluyendo la atención de índole humanitaria en la verificación de las garantías básicas y el contacto con la familia. Esta intervención se observa también como una función de protección, puesto que la autoridad consular tiene la capacidad de disuadir para que no se cometan actos contrarios a la dignidad humana contra su nacional y, en ciertos eventos, también proporciona asistencia técnico-jurídica calificada en garantía de un debido proceso.

## **1.1 El derecho a la asistencia consular en Colombia y su relación con el bloque de constitucionalidad**

Para verificar quiénes son los titulares de estas garantías en Colombia, comprende a todo ciudadano extranjero, de tránsito o con vocación de permanencia en el territorio nacional, privado de la libertad porque presuntamente infringió la ley penal. Con la diferencia de que el capturado foráneo puede pertenecer a delincuencia organizada, involucrado en rentas ilícitas de estructuras criminales y por lo general con solvencia económica, y en mayor proporción, se trata de ciudadanos venezolanos en extrema precariedad económica, que bien pueden ubicarse en el concepto “pobres globales” (Pogge, 2007), utilizado en el trabajo sobre los migrantes en el sistema interamericano (Morales, 2015). En el estudio de caso, de las 78 audiencias con capturados extranjeros en el primer semestre de 2019, 74 casos correspondieron a personas del vecino país. De todo lo anterior se desprende que el extranjero tiene mayor vulnerabilidad para que sean efectivas las garantías como capturado por diversas causas, como su desconocimiento sobre funcionamiento del país o del idioma, condiciones paupérrimas de vida, carencia de educación, por mencionar las más notorias.

Este fenómeno problemático en Colombia puede explicarse en la antigüedad de la norma que incorporó el convenio a la legislación interna en el año 1971 y la cantidad de Códigos Procesales Penales que la han sucedido, sin hacer mención o remisión a tal garantía. Concretamente, la idea actual de derechos del capturado se circunscribe al artículo 303 de la Ley 906 de 2004, que contiene el listado de lo que debe ser informado y materializado a todos los capturados en el país. Por esto, ese artículo está reproducido en el formato FPJ-6, que utiliza la policía de vigilancia y la policía judicial para sustentar el cumplimiento de este deber:

Este formato será diligenciado por Policía Nacional o Judicial en casos de captura.

De conformidad al artículo 303 del C.P.P. al capturado se le hizo saber sobre:

1. El hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión.
3. Derecho a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado(a) a declarar en contra de su cónyuge, compañero (a)

permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

4. 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. (Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 1)

No obstante, al verificar si el derecho a la asistencia consular de los extranjeros está contenido en los protocolos o manuales que, en materia de derechos del capturado, se han entregado en el país a los funcionarios de policía (Fiscalía General de la Nación, s.f), los fiscales (Embajada de los Estados Unidos en Colombia, 2018) o jueces (Consejo Superior de la Judicatura, 2018), como guía para optimizar su actividad, se observa que se menciona únicamente en el Manual de Policía Judicial, pero limitado a que la captura sea con fines de extradición.

#### 3.7.4. Captura con fines de extradición.

La orden de captura con fines de extradición hace parte de las actuaciones de policía judicial con miras al trámite administrativo destinado a poner a disposición del Estado requirente a una persona para que adelante un proceso penal en su territorio y bajo su jurisdicción, todo con reconocimiento y respeto por la soberanía del solicitante, teniendo como fundamento los principios de colaboración, solidaridad, como también los tratados internacionales que en esa materia haya firmado Colombia con otros Estados.

##### (...) 3.7.4.2. Aspectos relevantes.

(...) Si el capturado es extranjero, se le debe informar mediante acta, el derecho que le asiste de disponer que el consulado competente sea notificado o no del hecho de su detención, arresto o puesta en prisión preventiva; si el notificado acepta, el servidor que efectúa el procedimiento deberá informar de manera inmediata al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la autoridad consular del país acreditada en Colombia. (Fiscalía General de la Nación, s.f., pp. 23-24)

En cuanto a la naturaleza jurídica de la extradición, es importante resaltar que se trata de un acto administrativo complejo ya que en el mismo concurren el poder ejecutivo –a través del Presidente de la República, el Ministerio de Justicia o la Cancillería- y el judicial –Corte Suprema de Justicia y Fiscalía. En efecto, de conformidad con el artículo 492 de la Ley 906 de 2004, la oferta o concesión de la extradición es facultativa del Gobierno pero requiere previo concepto de la Corte Suprema de Justicia. (Sentencia C-333/14, Sala Plena, 2014, párr. 120)

Lo anterior permite evidenciar que quienes materializan las privaciones de la libertad de extranjeros en este país, por orden judicial o en casos de flagrancia, solo fueron instruidos para informar sobre el derecho a la asistencia consular en un caso puntual: cuando se trata de un extranjero solicitado en extradición. Por lo tanto, para adecuar los procesos del país, los llamados a adoptar los correctivos son los funcionarios judiciales, fiscal y juez con función de control de garantías, cada uno en el ámbito de su competencia.

En tal sentido, el bloque de constitucionalidad cobra vigencia práctica por el principio de integración normativa que está consagrado de manera expresa en varias codificaciones nacionales, como el Código General del Proceso, artículo 11 (Ley 1564 de 2012), en la derogada Ley 734 de 2002, cuyo artículo 21 sirvió de parámetro para que la Corte Constitucional hiciera pedagogía sobre su aplicación en la sentencia C-067 de 2003 y, en especial, en lo que se refiere al derecho procesal penal (Ley 906 de 2004), el principio de integración está consagrado en el artículo 25 de la siguiente manera: “en materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del código de procedimiento civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal” (Congreso de la República de Colombia, 2004, párr. 53).

**ARTÍCULO 11. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES.** Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la **aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la**

**igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales.** El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias. (Congreso de la República de Colombia, 2012, párr. 12)

**ARTÍCULO 21. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS E INTEGRACIÓN NORMATIVA**". <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la **Constitución Política**. En lo no previsto en esta ley **se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia**, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario. (Congreso de la República de Colombia, 2002, párr. 25)

También es posible hallar la referencia al bloque de constitucionalidad en materia penal con respecto a la consagración en el título preliminar de los "PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTIAS PROCESALES", artículo 3º, reiterando el mandato constitucional (artículo 93 de la Constitución Política) referido a la prelación que tienen en la actuación los tratados internacionales ratificados por Colombia, aludido a derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción "por formar bloque de constitucionalidad". Esta introducción es la que sustenta normativamente la tesis del presente trabajo de investigación sobre la obligatoriedad de garantizar la asistencia consular de los capturados extranjeros, teniendo presente que se ha teorizado sobre su carácter de derecho humano y en especial, porque tiene su origen formal en un convenio internacional incorporado a la legislación Colombiana mediante la Ley 17 de 1971.

En la doctrina constitucional, el bloque de constitucionalidad se explicó del siguiente modo.

El artículo 93 de la Constitución Política establece que los tratados y convenios internacionales que consagren derechos humanos y prohíban su limitación en los estados de excepción serán prevalentes en el orden jurídico nacional; así mismo, se indica que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con

los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Esta fórmula realiza la integración de normas internacionales con normas constitucionales, otorgándoles a las primeras el carácter prevalente en el orden nacional; por ello, la determinación de los alcances del principio de integración penal presupone a su vez el del bloque de constitucionalidad, en tanto el mencionado principio, como ya se indicó, suele entenderse como desarrollo de la disposición constitucional. (Sotomayor y Tamayo, 2018, p. 216)

Los autores del texto citado diferencian los conceptos de bloque de constitucionalidad y principio de integración, para establecer el tema de relevancia para el derecho penal. Lo anterior lo expusieron de la siguiente manera:

Dadas las características fundamentales del principio de integración, su relación con el bloque de constitucionalidad (Const. Pol., art. 93) es evidente, aun cuando ello no conduce a una identificación plena. Por una parte, los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que su prevalencia dentro del orden normativo está dada por la primacía jerárquica de la Constitución sobre la ley. El principio de integración penal, por su parte, cumple la función específica de seleccionar entre tales normas sobre derechos humanos aquellas normas de garantía frente a la actividad punitiva estatal, las cuales por esta vía son incorporadas a la legislación penal colombiana. Luego, en tanto que al derecho constitucional solo le interesa la incorporación de los derechos humanos al orden constitucional (bloque de constitucionalidad), independientemente de si estos son derechos de defensa del ciudadano frente al poder estatal o derechos de prestación del Estado frente al ciudadano, al derecho penal solo le interesa la incorporación de los derechos humanos de defensa frente al poder punitivo del Estado, pues la función de protección de bienes jurídicos se encuentra condicionada por el principio de legalidad y demás principios de garantía, incluso en aquellos casos en los cuales un tratado internacional le impone al Estado, *prima facie*, el deber de penalizar alguna conducta en particular (como en el caso del genocidio, por ejemplo). (Sotomayor y Tamayo, 2018, p. 230)

Por otra parte, una herramienta indispensable para la aplicación práctica del derecho a la asistencia consular es la Opinión Consultiva 16 de 1999 de la Corte IDH (1999), cuya naturaleza jurídica equivale a un concepto o dictamen para el caso concreto, rendido por un tribunal internacional sobre un asunto o cuestión jurídica que se le consulta, lo que permite observarla como análoga en la legislación interna, a la figura del “concepto” referido en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), para enfatizar que no es de obligatorio cumplimiento o ejecución, lo que no representa una solución pacífica en la hermenéutica constitucional.

ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. (Congreso de la República de Colombia, 2011, párr. 68)

Sobre la obligatoriedad de los jueces con función de control de garantías de atender la opinión consultiva 16 de 1999 en Colombia, referida a la información inmediata del capturado extranjero sobre los derechos inherentes a la asistencia consular, el profesor Julián Rivera elaboró un artículo en el que incluyó la siguiente reflexión.

El juez de garantías es uno de los agentes del Estado que deben adoptar las medidas necesarias para cumplir las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos. Si un juez de garantías no actúa en el marco de sus funciones de modo compatible con el deber de garantizar en el derecho interno las disposiciones de la Convención Americana, tal omisión hace surgir al Estado la responsabilidad internacional. Esto puede ocurrir si el juez de garantías no acata los estándares internacionales relacionados con figuras como la detención preventiva, la notificación del derecho a la asistencia consular al extranjero privado de la libertad o en otros casos relacionados con el control judicial a medidas que afectan derechos humanos consagrados en la Convención.

Las obligaciones de respeto y garantía deben ser cumplidas de acuerdo a los efectos que, en el derecho interno, debe producir la Convención Americana en consonancia con su objeto y fin.

Desde esa perspectiva, las obligaciones de respeto y garantía están relacionadas con un principio esencial en la interpretación jurídica de la Convención por parte de la Corte Interamericana: el principio del efecto útil. (Riura, s.f., p. 35)

Otra fuente importante para el estudio de la trascendencia de la opinión consultiva es el documento generado en la Quinta Conferencia Suramericana sobre Migraciones (Organización Internacional para las Migraciones, 2004), que coincide con esa posición garantista para los capturados extranjeros sobre el alcance del artículo 36 de la Convención de Viena, no solo en lo atinente a su obligatoriedad, sino en que la omisión de la notificación al detenido prevista en el artículo 36.1 b) o la notificación tardía (entendiendo que debe hacerse al momento de la captura o antes de su primera declaración ante la autoridad). El entorpecimiento de la posibilidad de acceder a la protección consular del Estado que envía o impedir la asistencia consular por los funcionarios correspondientes genera responsabilidad internacional del Estado que recibe, pudiendo reclamarse por incumplimiento ante la Corte Internacional de Justicia y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En las recomendaciones finales se propuso, entre otras cosas, que la comunicación sobre este derecho debe hacerse al mismo tiempo que se informan los derechos básicos al capturado o al ser llevado al lugar de detención inicial, siempre antes de la primera declaración ante la autoridad penal o contravencional y además, se sugirió que se determine la viabilidad de proponer el incumplimiento del artículo 36 de la CVRC, como causal de revisión de sentencias.

## 2 El estudio de caso

Durante el primer semestre de 2019 (entre el 1 de enero y el 30 de junio) laboraron 32 jueces con función de control de garantías en audiencias de legalización de captura en Rionegro y Medellín (se excluyen los funcionarios encargados de las llamadas audiencias programadas que laboran en horario de oficina en Medellín) y de ese grupo de despachos judiciales se eligieron 15, que en promedio corresponden a la totalidad de los jueces que cumplen la función en el municipio de Rionegro (dos despachos) y la mitad de los que atienden legalizaciones de captura en Medellín, cuyos titulares permitieron el acceso al archivo (actas de audiencia, formatos de medida de aseguramiento o boletas de libertad) con la finalidad de verificar los casos que

incluían extranjeros capturados y presentados para la primera de las audiencias en ese lapso, siendo en total 78 casos. Luego, de cada despacho se eligió una audiencia, que permite verificar la postura de los 15 jueces, igual número de fiscales y abogados defensores, sobre el derecho a la asistencia consular, es decir, si se tiene en cuenta dentro de la argumentación o si se verifica el cumplimiento de la garantía. El resultado del análisis de las audiencias se plasmó en el siguiente cuadro, síntesis de documento anexo de la investigación, respaldado en los correspondientes audios:

**Tabla 1**

*Resultado del análisis de las audiencias*

N. °	Fecha de la audiencia	Delito	El fiscal argumentó el cumplimiento del derecho a la asistencia consular	El defensor invocó omisión o argumentó incluyendo el derecho a la asistencia consular	El juez incluyó en la motivación de la decisión el tema de la asistencia consular
1	01 de enero de 2019	Violencia intrafamiliar en Medellín	NO	NO	NO
2	24 de enero de 2019	Tentativa de extorsión	NO	Resaltó la condición de la capturada extranjera, pero no aludió exactamente a este derecho, aunque sí lo hizo con respecto a la incomunicación las primeras horas por traslado de la extranjera a instalaciones militares.	NO
3	10 de febrero de 2019	Hurto en vía pública del centro de Medellín	NO	NO	NO. Pero dispuso oficiar a Migración Colombia para establecer la condición de los extranjeros en

4	23 de febrero de 2019	Estupefacientes en el barrio Trinidad de Medellín	Sí, expresó: "...se elaboró una segunda acta sobre la decisión de informarle o no de su captura al consulado venezolano en Colombia y él manifestó que no, que no quería que se informara de su captura a nadie...".	NO	NO	este país. NO
5	14 de marzo de 2019	Estupefacientes en el centro de Medellín	NO	NO	NO	
6	18 de marzo de 2019	Hurto en establecimiento comercial	NO	NO	NO	
7	28 de marzo de 2019	Pornografía con menores, explotación sexual. Captura en el aeropuerto JMC, audiencia en Medellín.	Sí. Por requerimiento del Juez así: "...¿teniendo en cuenta que el capturado es extranjero, se hizo alguna gestión ante el consulado?"; La Fiscalía expresó que la Embajada de los Estados Unidos sí estaba enterada de la captura.	NO		Sí. El juez al motivar la decisión dio por cumplida la garantía de la asistencia consular con la documentación aportada y la argumentación de la Fiscalía.
8	15 de abril de 2019	Secuestro extorsivo	NO	NO	NO	
9	4 de mayo de 2019	Concierto, homicidio y desaparición en Rionegro. Audiencia en Medellín.	NO	NO	NO	
10	01 de junio de 2019	Hurto en establecimiento comercial de Medellín	NO	NO	NO	
11	12 de junio de 2019	Estupefacientes en aeropuerto JMC	NO	NO	NO	
12	15 de junio de 2019	Violencia intrafamiliar	Sí. Se ofreció en traslado un formato	NO	NO	

			con la “manifestación si se desea o no informar de su captura a la Representación Diplomática Consular”, los dos capturados respondieron de forma negativa.		
13	17 de junio de 2019	Estupefacientes en aeropuerto JMC	NO	NO	NO
14	20 de junio de 2019	Estupefacientes en aeropuerto JMC	N/A. Es nacional	N/A	N/A
15	22 de junio de 2019	Hurto en establecimiento comercial	NO	NO	NO

En la revisión de los 15 registros de audio y diligencias con personas recién capturadas (uno para autorización de inspección corporal por estupefacientes en su cuerpo y los demás para legalización de la captura) queda clara la información sobre el carácter de extranjeros que tienen los capturados y al respecto, en ciertos eventos existe la idea que debe hacerse algo diferente que en las capturas de nacionales, pero no corresponde exactamente con los temas propios de la audiencia preliminar, sino que los fiscales o los jueces consideraron relevante establecer la condición de regular o irregular del migrante (casos 8, 9, 13 y 15), antes que indagar si le informaron sobre su derecho a la asistencia consular.

Lo anterior se concluyó teniendo en cuenta que en el caso 8, el juez preguntó al capturado si tenía permiso migratorio, además de los datos generales, a lo que respondió de forma negativa. Por su parte, en el caso 9 la Fiscalía si cumplió el protocolo sobre el derecho a la asistencia consular, pero agregó esta información al Juzgado:

(...) de la misma manera, se dio cumplimiento a las directrices impartidas frente a los venezolanos y se informó a Migración Colombia sobre la captura de este ciudadano, por el delito que nos ocupa el día de hoy y con eso se ha completado ese trámite

administrativo que hace referencia a los capturados extranjeros (...). (Comunicación personal)<sup>5</sup>

Por otro lado, al finalizar la legalización de captura en el caso 13, el juez dispuso oficiar a Migración Colombia para establecer la calidad de los ciudadanos extranjeros capturados. Y por último, en el caso 15 la Fiscalía hizo énfasis en el esfuerzo desplegado para obtener el registro administrativo de la migrante, además de la cédula venezolana, enfocado solo a establecer la plena identidad de la capturada.

Así las cosas, centrada la atención en los registros de las 15 audiencias, de manera especial en el tema del derecho a la asistencia consular, en tres ocasiones la Fiscalía sustentó que se cumplió con el deber de informar al capturado extranjero sobre su derecho a que la autoridad consular de su país supiera de su privación de la libertad, aclarando que solo en dos casos con la intención de cumplir esa garantía y en el restante (caso 7), la embajada tuvo conocimiento porque la captura se produjo por cooperación de ambos países y no por la genuina disposición de materializar el contenido de la Convención de Viena, según la misma explicación ofrecida por la Delegada de la Fiscalía.

En ninguno de los 15 casos los Defensores (públicos o contractuales) se hizo alusión al derecho de asistencia consular, y verificada la argumentación de los jueces con función de control de garantías, solo una de las audiencias permitió constatar que el juez tenía presente el texto pertinente de la Convención de Viena adoptada por Colombia (caso 7) para la legalización de la captura, incluso, en dos de las audiencias analizadas, la Fiscalía ofreció un acta en señal de cumplimiento y aun así, la judicatura pasó por alto el tema.

## **2.1 Posibles implicaciones por omitir la comunicación o materialización de las garantías inherentes a la asistencia consular**

Establecido en el estudio de caso que en la mayoría de las ocasiones se omitió informar, materializar y verificar en audiencia el derecho a la asistencia consular, resulta necesario establecer la relevancia de tal irregularidad y en principio, al revisar el Código de Procedimiento

---

<sup>5</sup> Transliteración del segmento de audiencia en la intervención de la Fiscalía.

Penal (Ley 906 de 2004) (Congreso de la República de Colombia, 2004), además de no tener consagración tal como se advirtió, sino en una más antigua (Ley 17 de 1971), se observó que legalmente ninguna de las dos atribuye consecuencias o sanciones por eso, así como sucede cuando se omite la información inmediata o materialización de los demás derechos de los capturados, consagrado en el artículo 303 de la Ley 906 de 2004. Teniendo en cuenta lo anterior, sirve como referente el tratamiento que se dio al tema desde los albores del actual sistema procesal penal, la trascendencia de incumplir la comunicación y la materialización de los derechos del capturado, considerando que eso debe generar la declaratoria de ilegalidad de la captura por un sector de los funcionarios judiciales:

Desde otra óptica, se estima que **la inobservancia de los procedimientos consagrados en la ley penal, sí afecta la legalidad de la captura**. 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 (Negrilla fuera de texto). (Consejo Superior de la Judicatura, 2005, p. 5)

En la práctica se observó que para eludir la decisión más drástica, otras opciones adoptadas fueron legalizar la captura con llamados de atención, compulsas de copias o remitir a los interesados para que formulen quejas disciplinarias contra los servidores públicos que faltan a sus deberes o según la vulneración, para que presenten noticias criminales, dejando a salvo el procedimiento de capturado.

Por la relevancia constitucional, las alternativas deben estar soportadas en pautas constitucionales, el derecho comparado y la jurisprudencia nacional. Frente a la última se opinó que las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no resultan muy eficientes en este tema, porque los ataques al proceso penal, intentados en sede de casación por presuntas

violaciones en el procedimiento de captura o la audiencia correspondiente, arrojaron conclusiones como la que se plasma a continuación: en una decisión de tutela “la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en establecer que las eventuales irregularidades que se hayan presentado en el procedimiento de captura y su posterior legalización no tienen incidencia en las demás etapas del proceso” (Radicación No 93017, Sala de Casación Penal, 2017, párr. 18). Tal orientación está sustentada con citas de otras decisiones de la misma Corporación y por tanto, actualmente es responsabilidad de los jueces con función de control de garantías hacer el control eficiente sobre la legalidad de la captura, puesto que la postura actual del país no genera expectativa de un remedio posterior, como el que se plasmó en la opinión consultiva sobre asistencia consular, invitando al estudio de cada caso concreto para verificar si la omisión puede trascender con el fin de anular el proceso o generar una revisión, si ello incidió en el debido proceso y de manera especial, en el derecho de defensa.

Y en lo que respecta a la orientación de la Corte Constitucional, aunque es claro el rol que cumple el juez en la audiencia de legalización de captura, tampoco se indican herramientas concretas para generar consecuencias ante las omisiones o vulneración de derechos, la única implícita sería la declaración de captura ilegal. Al respecto se indicó lo siguiente:

#### **PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN PRIVACION DE LA LIBERTAD PERSONAL-**

##### Propósitos

El control de legalidad de la privación de la libertad, tiene como propósitos tales como (i) evaluar si concurren razones jurídicas suficientes para la restricción de la libertad; (ii) establecer si se precisa la detención antes del juicio; (iii) salvaguardar el bienestar del detenido; (iv) prevenir detenciones arbitrarias y otras eventuales afectaciones de derechos fundamentales. (Sentencia C-163/08, Sala Plena, 2008, párr. 4)

En el acápite 5.6 de la misma decisión citada se sintetiza el objetivo del pronunciamiento judicial que solo permite dos opciones: declarar legal o ilegal la captura “(...) cuyo cometido es el de provocar un pronunciamiento sobre la legalidad de la aprehensión (...)”. (Sentencia C-163/08, Sala Plena, 2008, párr. 152) e incluye según la cita anterior, que no se incurra en ninguna afectación de derechos fundamentales, rango que puede atribuirse a la asistencia consular,

consagrada en un instrumento internacional referido a población en situación de especial vulnerabilidad.

El calificativo de población vulnerable es el otorgado por la Corte Constitucional en el país para las personas privadas de la libertad, lo que indica que algunos derechos pueden ser limitados válidamente, pero no los fundamentales.

(...) el deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos (...). (Sentencia T-498/19, Sala Octava de Revisión, 2019, párr. 68)

Esta postura también se encuentra sustentada en esa sentencia de revisión del año 2019, con cita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al describir el vínculo entre el Estado y el individuo privado de la libertad como una “relación de sujeción especial”, que lo convierte en garante de todos los derechos que no queden restringidos y en tal sentido, la asistencia consular, no solo no está restringida, sino que se consagra como una garantía mínima.

### 3 Conclusiones y recomendaciones

1. Como conclusión del análisis teórico, la asistencia consular para los capturados extranjeros es obligatoria en Colombia, implica informar y garantizar sin demora el derecho a que la oficina consular de su país de origen se entere de su privación de la libertad si así lo desea y su posibilidad de dirigir cualquier comunicación a la oficina consular mientras dura esa limitación al derecho fundamental de la libertad, lo cual tiene sustento legal en la adopción de la Convención de Viena, con la Ley 17 de 1971 y por tanto, el artículo 303 de la Ley 906 de 2004 debe ser concordado con ella.
2. Del estudio jurídico del tema se concluyó que existe un vacío reglamentario sobre las consecuencias de la inobservancia del derecho a la asistencia consular, por ende, se debe acudir a métodos de interpretación y recursos como los instrumentos internacionales, el derecho comparado y la jurisprudencia constitucional, porque es vinculante la Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el

artículo 6 indica que tiene relación con el debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y también se agrega al analizar ese enunciado con el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, su verificación es necesaria en la audiencia de legalización de captura de extranjeros en Colombia, porque la decisión implica analizar entre otros asuntos, eventuales afectaciones de derechos fundamentales.

3. Del estudio de caso, tomando como referente la labor de 15 jueces con función de control de garantías en Medellín y Rionegro (Antioquia) durante el primer semestre del año 2019, y analizando el registro técnico de una audiencia de legalización de captura de extranjero en cada despacho, se evidenció que solo uno de los funcionarios incluyó la verificación del cumplimiento de la garantía de la asistencia consular, lo que conduce a recomendar su estudio para incorporarlo en la argumentación de la audiencia preliminar de legalización de captura, adoptando una postura acorde al rol que cumple.
4. Teniendo en cuenta que la investigación documental arrojó como resultado, que a la policía judicial en el país no se le capacita para informar y materializar el derecho a la asistencia consular de los extranjeros, sino en el evento de capturas con fines de extradición. Por esta razón, se hace necesario ampliar esa instrucción a la policía de vigilancia y rectificar la orientación indicándoles que debe ser informado a todo capturado no nacional.
5. En el mismo sentido, la falencia para informar sobre el derecho a la asistencia consular en el momento de la captura, puede ser remediado por la Fiscalía para cumplir el compromiso adquirido por Colombia, teniendo en cuenta que la misma opinión consultiva de la Corte Interamericana fija como plazo máximo “antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad”, es decir, en el esquema procesal penal que rige actualmente, antes de ser presentado en audiencia ante el juez con función de control de garantías.
6. Como recomendación a la Fiscalía General de la Nación, además de la información sobre el derecho a la asistencia consular, la práctica adoptada por algunos de sus delegados debe generalizarse como guía en esa entidad, unificando un formato que permita

documentar que se cumplió con la información de este derecho. Adicionalmente, debe implementar la logística incluyendo una ruta clara o los canales de comunicación con los agentes consulares de los países miembros con el objetivo de materializar el derecho en los eventos en que el capturado exprese de manera afirmativa su deseo de que el país de donde proviene se entere sobre su privación de la libertad.

7. Al margen de las obligaciones de los servidores al servicio del Estado colombiano, el documento también indicó las bondades de la asistencia consular para lograr mejores condiciones del privado de la libertad e incluso para su seguridad. Por lo tanto, según los resultados del estudio de las 15 audiencias, es reprochable que los defensores no se involucraran en la exigencia de esta garantía, no solo como estrategia procesal, sino en procura de mejores condiciones para sus asistidos, lo que quedó ilustrado con la oferta referenciada de países como España y el rol activo impuesto a los abogados en Estados Unidos.

#### 4 Referencias

- Alcaldía de Medellín. (2020). *Seguridad integral*.  
<https://www.medellincomovamos.org/sites/default/files/2020-01/documentos/Presentaci%C3%B3n%20Alcald%C3%ADa%20de%20Medell%C3%ADn%20-%20avances%20en%20materia%20de%20seguridad%20y%20convivencia%2C%202018.pdf>
- Álvarez, M., Vidal, Y., Acosta, J., Ramírez, C., y Gallego, E. (2019). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la ciudad de Medellín, vigencia 2019, vida e integridad*.  
Personería de Medellín:  
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mFbwMqp72fIJ:www.personeriamedellin.gov.co/index.php/component/phocadownload/category/205-informes-ddhh-2019%3Fdownload%3D1051:vida-e-integridad+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 734 del 2002. [Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002]. [Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico].
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906 del 2004. [Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004]. [Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal].
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011. [Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011]. [Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo].
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 del 2012. [Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012]. [Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones].
- Consejo Superior de la Judicatura. (2005). *Conversatorio del sistema penal acusatorio. Segundo texto sobre captura*.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2018). *Guía Judicial para audiencias de control de garantías, actualizado Ley 1098/06*.

<https://salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros02/Guia-Judicial-para-Audiencias-de-garantias.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Opinión Consultiva OC-16/99.

Diario El Colombiano. (2019). *En Medellín los atracos crecieron 20 % en 2019*.  
<https://www.elcolombiano.com/antioquia/seguridad/atracos-aumento-el-hurto-a-personas-en-medellin-en-2019-DK12184766>

Diario El Estímulo. (2019). *Un millón y medio de venezolanos viven en Colombia*.  
<https://elestimulo.com/venezuela/2019-10-23/un-millon-y-medio-de-venezolanos-viven-en-colombia/>

Embajada de los Estados Unidos en Colombia. (2018). *Modelos operativos de preparación de audiencias*. Departamento de Justicia de los Estados Unidos:  
<https://tribunalsuperiordecucuta.gov.co/wp-content/uploads/2019/03/Modelos-Oeprativos-de-Preparaci%C3%B3n-de-Audiencias-MOPAs.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2005). *Acta de detechno del capturado*.  
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TQeYbHO02YkJ:https://www.fiscalia.gov.co/colombia//wp-content/uploads/policiajudicial/MANUALPJ/FPJ-06%2520ACTA%2520DERECHOS%2520DEL%2520CAPUTRADO.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Fiscalía General de la Nación. (s.f). *Manual de Policía Judicial. Versión N. 2*.  
<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Manual-de-Policia-Judicial-Actualizado.pdf>

Gómez, J. (2005). El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia. *Anuario Mexicano de Derecho*, 173-220.

Jara, E. (1989). *La función diplomática*. Proyecto de Cooperación con los Servicios Exteriores de América Latina:  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/29597/S3272J37\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/29597/S3272J37_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Martínez, O., y Zaldivar, D. (2015). La protección consular como derecho humano. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales* .
- Medellín cómo vamos. (2019). *Violencia y crimen en Medellín: pasado, presente y futuro*.  
<https://www.medellincomovamos.org/boletin/violencia-y-crimen-en-medellin-pasado-presente-y-futuro>
- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. (s.f). *Seguridad y otros aspectos*.  
<https://www.exteriores.gob.es/Consulados/nador/es/ViajarA/Paginas/Seguridad-y-otros-aspectos-.aspx>
- Morales, J. (2015). *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. [http://www.cedh-durango.org.mx/biblioteca/documentos/SISTEMA\\_INTERAMERICANO\\_DH/Coleccion\\_Sistema\\_Interamericano\\_F-7.pdf](http://www.cedh-durango.org.mx/biblioteca/documentos/SISTEMA_INTERAMERICANO_DH/Coleccion_Sistema_Interamericano_F-7.pdf)
- Muñoz, A., Cuervo, L., y Gallego, E. (2019). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la ciudad de Medellín, vigencia 2019, género y diversidad sexual*. Personería de Medellín:  
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EXdko0ARSkgJ:www.personeriamedellin.gov.co/index.php/component/phocadownload/category/205-informes-ddhh-2019%3Fdownload%3D1049:genero-y-diversidad+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2015). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*.  
[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)
- Organización Internacional para las Migraciones. (2004). *Estudio sobre el alcance y contenidos del artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963*. Quinta conferencia sudamericana sobre migraciones:  
[https://csmigraciones.org/sites/default/files/2021-02/lp\\_-\\_v\\_csm\\_-\\_estudio\\_sobre\\_el\\_alcance\\_y\\_contenidos\\_del\\_articulo\\_36\\_de\\_la\\_convencion\\_de\\_viena\\_sobre\\_relaciones.pdf](https://csmigraciones.org/sites/default/files/2021-02/lp_-_v_csm_-_estudio_sobre_el_alcance_y_contenidos_del_articulo_36_de_la_convencion_de_viena_sobre_relaciones.pdf)

- Organización Internacional para las Migraciones. (2019). *Informe sobre las Migraciones en el Mundo*. [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2020\\_es.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf)
- Pogge, T. (2007). Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales. En F. Cortés, & M. Giusti, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Siglo del Hombre Editores.
- Radicación No 93017. (2017, 15 de agosto). Corte Suprema de Justicia. (José Francisco Acuña Vizcaya M.P). (s.f.).
- Riuera, J. (s.f). *El derecho a la asistencia consular de los extranjeros privados de la libertad. Facetas Penales Nro. 62*.
- Secretaría de Desarrollo Económico de Medellín. (s.f). *Sistema de Indicadores Turísticos de Medellín y Antioquia*. <https://www.fenalcoantioquia.com/proyectos/sistema-de-indicador-turistico-de-medellin-y-antioquia/>
- Sentencia C-163/08. (2008, 20 de febrero). Corte Constitucional de Colombia. (Jaime Córdoba Triviño, M.P).
- Sentencia C-333/14. (2014, 4 de junio). Corte Constitucional de Colombia. (Mauricio González Cuervo, M.P).
- Sentencia T-498/19. (2019, 22 de octubre). Corte Constitucional de Colombia. (José Fernando Reyes Cuartas, M.P).
- Sotomayor, J., y Tamayo, F. (2018). La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista. *Estudios Socio-Jurídico*, 20(1), 207-236. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5014>
- Tamayo, E. (2014). *Informe No. 44/14, Caso 12.873 Fondo*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/uspu12873es.pdf>
- Zourek, J. (1957). *Relaciones e inmunidades consulares*. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Vol. II: [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_108.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_108.pdf)