

El *habeas corpus*

I. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL HABEAS CORPUS: LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal hace referencia a un aspecto muy concreto de la libertad ambulatoria general, este es, el aspecto personal, el estado en virtud del cual un hombre no se halla sujeto a coacción arbitraria de otro y que supone la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas adoptadas ilegal o arbitrariamente que restringen y amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual, familiar y social, de acuerdo a sus propias convicciones¹.

La libertad personal se constituye como el objeto de protección del *habeas corpus* por excelencia, ya que el mismo tende a impedir que este derecho sea menoscabado de forma ilegal o arbitraria, razón por la cual funda su pretensión procesal en la privación ilegal de la libertad o en la violación de cualquier garantía constitucional o legal durante el curso de ella.

El derecho a la libertad personal emerge en nuestro ordenamiento jurídico como derivado del derecho a la dignidad humana, reconocido por el artículo 1º de la Constitución Política y que supone el reco-

nocimiento de un estatus especial de la persona humana basado en su propia esencia y que se constituye como pilar de los derechos inviolables e inherentes a todo individuo². De manera que el derecho a la libertad personal se constituye como una articulación de la dignidad humana, puesto que la instrumentaliza y posibilita el desarrollo integral que ésta exige.

Al mismo tiempo, la libertad personal goza en nuestro ordenamiento jurídico del carácter de valor superior al ser reconocida desde el mismo preámbulo de la Carta Política, en el que se evidencia la consagración de aquellos contenidos axiológicos y teleológicos que han de informar normativamente todo el ordenamiento jurídico colombiano. De modo que el reconocimiento de la libertad general posibilita las condiciones necesarias para el goce de otras dimensiones de la libertad como lo es la personal.

Finalmente, el derecho a la libertad personal ostenta el carácter de derecho fundamental, habida cuenta de su ubicación dentro del catálogo normativo constitucional y de su contenido mismo, que conlleva a que este derecho opere *prima facie*, irradiando a todo el ordenamiento jurídico con su contenido, cobrando así importancia el principio de *in dubio pro*

libertate, dada la relevancia objetiva normativa del derecho a la libertad personal³.

II. NATURALEZA JURIDICA DEL *HABEAS CORPUS*: EL *HABEAS CORPUS* COMO PROCESO DE AMPARO

Siempre que se inicia el estudio de una institución, la doctrina se esfuerza por desentrañar su naturaleza jurídica; sin embargo, y debido a que muchas veces el lector desprevenido pierde el norte de la importancia práctica de las diferentes posturas que se exponen, nos permitimos exponer brevemente a qué nos referimos con *habeas corpus*.

Al buscar la naturaleza jurídica del procedimiento de *habeas corpus*, como acaece con cualquier institución, lo que se pretende es analizar en qué categoría jurídica general se halla inmersa. Así, bajo el epígrafe correspondiente a la naturaleza jurídica, los autores tratan de explicar las distintas teorías expuestas por la doctrina científica, para determinar la estructura, funcionalidad y categoría jurídica a la que pertenece un proceso.

Este estudio resulta ser particularmente importante en materia de *habeas corpus*, debido a la escasa regulación que del mismo se tiene en los ordenamiento colombiano, razón por la cual, ante el vacío legal, las normas que regulan la naturaleza jurídica del mismo entrarán a regirlo de manera supletoria⁴. Al respecto, se han mantenido diferentes posturas, vale decir, la del *habeas corpus* como recurso, como proceso sumario, como proceso cautelar, como proceso de amparo. Nosotros optamos por esta última por las razones que exponemos a continuación.

Para el análisis de esta orientación y la constatación de si a ella se adecúa la garantía

fundamental del *habeas corpus*, tendremos en cuenta varias características. A este tenor, partiremos de las notas comunes que comparten las dos instituciones bajo examen, empezando por el objeto litigioso.

Siguiendo este rumbo se constata que el procedimiento de tutela⁵ tiene como ámbito de aplicación la protección jurisdiccional de todos los derechos fundamentales, (artículo 86 de la Constitución Política), es decir, su pretensión tiene una idéntica base constitucional, toda vez que los derechos que ostentan la calidad de fundamentales, lo son por ser reconocidos como tales por la *Lex Suprema*⁶, como hemos dado por sentado *supra*.

El procedimiento de *habeas corpus*, por su parte, se encuentra concebido en el ordenamiento jurídico colombiano para la protección de los derechos fundamentales específicos de la libertad e integridad personal del detenido (artículo 430 inciso 1 del Código de Prodedimiento Penal, en adelante C. P. P.).

Siendo ello así, podemos obtener una primera conclusión, cual es que ambos procedimientos buscan el reconocimiento y restablecimiento de un derecho fundamental por parte del órgano jurisdiccional⁷; sólo que el proceso de amparo se configura como el género y el *habeas corpus* como su especie, toda vez que mientras el proceso de tutela protege a todos los derechos fundamentales, el de *habeas corpus* se dirige tan sólo a un par de ellos; pero en todo caso, se trata de una misma categoría de derechos, vale decir, los fundamentales.

Otra característica común que podemos analizar para ambos tipos de procedimientos es la que se refiere a la legitimación activa, es decir, a la capacidad para invocar la protección a través de estas garantías fundamentales.

En nuestro país⁸, encontramos que tanto la tutela como el *habeas corpus* tienen criterios flexibles para establecer la legitimación procesal activa, a punto tal que el *habeas corpus* es considerado como una acción popular⁹, lo que implica, como enseña el profesor Bujosa Vadell, la posibilidad de acceso a los tribunales de cualquier ciudadano para exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales «con la finalidad de que se cumpla la legalidad, sin necesidad de ocupar una posición subjetiva de ventaja lesionada o amenazada» y sin que exista una relación inmediata entre el objeto de la pretensión y quien la ejercita, «sino un mero interés en la defensa de la legalidad vigente»¹⁰.

Quiere significar ello que estas garantías pueden ser invocadas no sólo por el afectado, como quiera que la acción de tutela se establece para que pueda ser invocada por “toda persona”, según el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 1 inc.1 y artículo 10 del decreto 2591 de 1991¹¹, al igual que lo establecido por el artículo 30 de la Constitución Política que lo consagra para “*Quien* estuviere privado de su libertad ...”, mientras que el artículo 430 inciso 1 del C. P. P. nos dice que el mismo se puede invocar «... cuando *alguien...*» y el artículo 431 se refiere a «*toda* persona...», revelándose entonces entre ambas garantías jurisdiccionales plena identidad en cuanto a las personas a quienes está dirigida su protección.

De manera que, según la normativa colombiana, pueden ejercitar la acción de tutela, al igual que el *habeas corpus*, no sólo la persona afectada en sus derechos, sino que la ley hace uso de un criterio amplio y abre la compuerta a la posibilidad de que pueda ser invocada por cualquier persona y en cualquier tiempo y lugar, bastando manifestar que el titular del derecho no se

encuentra en condiciones de promover su propia defensa¹²; al igual que el *habeas corpus* puede ser invocado bien sea por el afectado o por cualquier tercero sin necesidad de mandato alguno (artículo 431, numeral 2 C. P. P.).

En otro orden de cosas, observamos que existe gran similitud en estos dos tipos de garantías fundamentales, si se repara que ninguna de ellas se interpreta como una nueva instancia que permita revisar los actos violatorios de derechos fundamentales, asunto que señalamos tratándose de *habeas corpus*, al analizar las razones por las cuales no puede ser considerado como recurso y en materia de amparo y tutela, cuando se repara en la creación de estos dos tipos de garantías como verdaderos procesos jurisdiccionales.

En este sentido se ha pronunciado repetidamente la jurisprudencia constitucional y la doctrina¹³, subrayando que el fin del proceso de amparo no es otro que la realización de la función jurisdiccional del Estado, en la cual el Tribunal realiza una verdadera protección de los derechos fundamentales, que debe tratar de conseguirse primariamente a través de los tribunales ordinarios y sólo intentar el amparo de manera subsidiaria¹⁴.

Adentrándonos ya en otro aspecto, encontramos una nueva nota de identidad entre las garantías bajo análisis, predicable de la normativa española y colombiana, y es que tanto la protección que brinda la tutela como la garantía del *habeas corpus* tienen un alcance tan concreto que les impide hacer valer pretensiones con una finalidad diferente a la de restablecer o preservar el derecho fundamental.

Igualmente, la acción de tutela y el *habeas corpus* se entienden como procesos de cognición limitada, ya que a través de la tutela sólo es viable interponer la pro-

tección de los derechos fundamentales¹⁵ y por medio del *habeas corpus* tan sólo es posible evaluar la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin.

De esta manera resulta desacertado perseguir a través del procedimiento de tutela un resarcimiento económico del Estado o, por medio del *habeas corpus*, la declaración de inocencia o de responsabilidad frente a un hecho punible.

Como derivación de lo anterior, encontramos que ambas clases de procedimientos tienen una sustanciación rápida y preferente¹⁶, que se justifica por la naturaleza de los derechos que se hallan en juego y la urgencia de la protección que se debe deparar, lo que impide ritualidades rígidas que no sean las estrictamente necesarias¹⁷ y que se manifiesta en la posibilidad de la simple comparecencia verbal sin necesidad de abogado¹⁸.

Sumado a lo anterior, es posible predicar una convergencia más entre ambas garantías fundamentales, cual es la protección frente a cualquier tipo de autoridad y los particulares, como quiera que según la regulación colombiana es posible invocar el *habeas corpus* por causa de las detenciones que se consideren ilegales aunque sean provenientes de autoridad jurisdiccional (artículo 430.2 del C. P. P.) y la tutela, por la violación o amenaza de transgresión de cualquier autoridad o particular¹⁹.

Ahora bien, del análisis de ambos tipos de procedimientos encontramos las dos diferencias siguientes:

1. Los dos ordenamientos bajo estudio preceptúan que con anterioridad a la invocación de la tutela es necesario agotar previamente la vía judicial ordinaria, lo cual indica que son recursos subsidiarios²⁰, a los que se puede acudir sólo cuando la protección del derecho fundamental no sea otorgada a través de las vías ordinarias. *A contrario*

sensu, al *habeas corpus* se puede recurrir de manera directa²¹, sin agotar ningún pronunciamiento previo al ser considerado como la garantía primordial del derecho a la libertad personal.

2. A primera vista podría plantearse como diferencia adicional la circunstancia de que una vez agotada la tutela ante la jurisdicción ordinaria esta pretensión puede ser trasladada ante la Corte Constitucional, mientras que el procedimiento de *habeas corpus* finaliza con la resolución que emite el juez. Al análisis de esta diferencia específica dedica su atención Gimeno Sendra, llegando a concluir que no es definitiva por cuanto si en el procedimiento de *habeas corpus* se llega a confirmar la detención ilegal, la pretensión puede ser trasladada por vía de la tutela a la Corte Constitucional, ya que en definitiva se trata de la protección de un derecho fundamental²².

Las anteriores consideraciones nos llevan a inferir que si bien existen diferencias entre ambos institutos, éstos guardan gran similitud que permite otorgarles una misma naturaleza. Es importante destacar que no se requiere plena identidad entre dos figuras jurídicas para asignarle una misma esencia, ya que de ser así, carecería de sentido tenerlas como figuras separadas.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. *En el ordenamiento jurídico interno*

Una de las novedades que trajo consigo la Carta Política de 1991 fue la incorporación en su texto normativo de la garantía fundamental del *habeas corpus*. La iniciativa de dicha constitucionalización partió del Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política Colombiana número 2, presentado por el Gobierno Nacional²³.

Después de diferentes debates a las distintas propuestas que siguieron a la del Gobierno, entre las que se cuentan la de los constituyentes Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño; Alfredo Vázquez Carrizosa; María Teresa Garcés Lloreda; Antonio Navarro Wolff e Iván Marulanda Gómez; José Matías Ortiz Sarmiento, entre otros, el artículo que consagró definitivamente el *habeas corpus* fue aprobado en sesión plenaria, con 45 votos afirmativos, ningún voto negativo y ninguna abstención²⁴, quedando conformado por el siguiente tenor literal:

«Artículo 30.- 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 *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas».

La realidad jurídica colombiana vio por primera vez el reconocimiento del *habeas corpus*, en el decreto 1358 del 11 de junio de 1964, expedido con base en las facultades concedidas al gobierno por la ley 23 de 1963. A partir de entonces surgieron distintas regulaciones, como fueron las introducidas por el decreto 409 de 1971 (C. P. P. artículo 417 de aquél entonces)²⁵, modificado por el decreto 050 de 1987²⁶ (también C. P. P.), proferido en uso de las facultades extraordinarias concedidas al ejecutivo mediante ley 52 de 1984; en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (ley 30 de 1986; en el Estatuto para la Defensa de la Democracia (decreto 180 de 1988)²⁷; en el Estatuto para la Defensa de la Justicia (decreto 2790 de 1990, artículo 62)²⁸, modificado por el decreto-ley 99 de 1991.

Por otra parte, el *habeas corpus* fue severamente restringido en los delitos de competencia de la justicia especializada²⁹, por virtud del artículo 3º del decreto

legislativo 1156 de julio 16 de 1992, que la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política, aunque, posteriormente la ley 15 de 1992, modificó el artículo 430 del C. P. P. que definía esta institución, y el *habeas corpus* quedó regulado como se encuentra en la actualidad. Así, el *habeas corpus* se encuentra actualmente reconocido como norma constitucional y como norma rectora del ordenamiento procesal penal, prevaleciendo entonces sobre cualquier otra disposición del ordenamiento procesal³⁰:

«Artículo 5 *Habeas corpus*.- Quien estuviere ilegalmente privado de su libertad tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas contadas desde el momento de la solicitud y sin tener en cuenta el número de retenidos».

Al mismo tiempo, el procedimiento de *habeas corpus* se desarrolla íntegramente en los artículos 430 y siguientes del C. P. P., que en su inciso 1 contiene su propia definición:

«Artículo 430.- *Habeas corpus* (Modificado ley 15/92, artículo 2º).- El *habeas corpus* es una acción pública que tutela la libertad personal cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilegalmente la privación de su libertad».

Tampoco en esta oportunidad nos adentraremos en el estudio de la regulación del *habeas corpus*, toda vez que esta será analizada posteriormente al tomar cada elemento procedimental en concreto. Bástenos decir por ahora, que esta fórmula legal no es precisamente la más adecuada por cuanto los supuestos de procedencia del *habeas corpus* se hallan restringidos a dos causas generales, la captura con violación de garantías y la prolongación ilegal de la privación de libertad.

2. En el ordenamiento jurídico internacional aplicable a Colombia

Al igual que ocurre con el ordenamiento constitucional español, la Constitución colombiana incardina en su interior a las disposiciones internacionales que en materia de derechos fundamentales se ratifiquen por el Congreso de la República. Con base en ello hemos visto en el primer capítulo del presente trabajo que el artículo 93 de la Constitución Política consagra la prevalencia de tales textos normativos a nivel interno, al igual que el deber de interpretar los derechos aducidos conforme a las disposiciones internacionales en esta materia.

Además de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 9.4 del PIDCP³¹, en el ámbito regional americano, se cuenta con lo dispuesto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su Capítulo Primero, titulado “Sobre los derechos”, dispone en el artículo xxv inciso 3, que:

«Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad».

Esta regulación internacional, viene a ser complementada por las disposiciones de la CADH, que en su artículo 7.6 dispone:

«Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez

o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona».

Salta a la vista el hecho de estar mejor y más detalladamente regulado el reconocimiento internacional americano de lo que en los ordenamientos jurídicos bajo estudio se denomina como *habeas corpus*. Sin embargo se observa también que, con base en la redacción que presenta la regulación americana se pueden presentar argumentos que limiten la posibilidad de invocar la garantía, ya que en ella sólo se refiere a los casos de arresto y detención.

Nos parece que con la alusión a las anteriores dos formas de privación de libertad se ha pretendido abarcar a todas las demás; si interpretamos exegéticamente la norma se deja abierta la posibilidad de que algún Estado Parte pueda plantear que la privación de libertad que se discute no corresponde a ninguna de estas dos figuras jurídicas y que por tanto no se halla incluida en las descritas por la Convención. Corresponde entonces a la jurisprudencia de la CteIDH ahondar en el asunto y, por supuesto, también a la jurisprudencia nacional.

Mucho se ha criticado que la regulación internacional no colocara límites temporales máximos, en que una persona pueda estar detenida tanto administrativa como judicialmente. Nosotros, aunque reconocemos las distintas realidades que se viven en el interior de los distintos estados americanos, somos conscientes de que una prescripción normativa en tal sentido tutelaría más efectivamente los derechos del detenido ilegalmente.

En cuanto a las previsiones que trae consigo el artículo 7.6 de la CADH³², en cuanto a la existencia de un recurso que ampare preventivamente la libertad personal

que se encuentre amenazada, compartimos la postura del profesor colombiano Córdoba Angulo, al considerar que con ello se hace referencia a la acción de tutela, toda vez que el *habeas corpus* colombiano no está concebido de manera preventiva³³.

IV. EL PROCESO DE *HABEAS CORPUS*

a. *El objeto del litigio*

El objeto del proceso es la materia sobre la cual recae el complejo de elementos que integran el proceso mismo, es la cuestión que el actor somete a la consideración del juez y sobre el que éste debe pronunciarse; esto es, la reclamación que la parte le dirige y en torno a la cual gira toda la actividad procesal, denominada jurídicamente *pretensión procesal*; por tanto, el objeto del proceso y la pretensión procesal son términos equivalentes³⁴.

La pretensión procesal, por su parte, es una declaración de voluntad petitoria, es la reclamación de la parte que ejercita la acción, de una conducta determinada, ante el juez. Siendo ello así, la pretensión no es entonces un acto de iniciación procesal (esta definición correspondería a la de demanda o denuncia); la pretensión sería entonces un presupuesto del proceso que lo condiciona y de la que depende³⁵.

Ahora bien, en el procedimiento de *habeas corpus* la pretensión se halla fundada fácticamente en la comisión de una privación de libertad ilegal o en la violación de cualquier garantía constitucional o legal en el curso de ella, con base en la cual se solicita al órgano judicial que declare tal estado de ilegalidad y que como consecuencia lógica restituya el derecho fundamental violado.

Al estar sustentada la pretensión del proceso de *habeas corpus* en la protección

de un derecho constitucional, se ha dicho que el proceso de *habeas corpus* busca la satisfacción de una pretensión de amparo originada en una privación ilegal de la libertad³⁶.

Ahora bien, el artículo 430 del C. P. P. advierte que el *habeas corpus* «tutela la libertad personal cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilegalmente la privación de su libertad».

De las anteriores consideraciones podemos concluir que el objeto del proceso de *habeas corpus* es la detención ilegal o, dicho de una manera más elaborada, el objeto del proceso de *habeas corpus* en los ordenamientos normativos español y colombiano es la satisfacción de una pretensión de amparo basada en la violación del derecho a la libertad personal generada por una privación ilegal de la libertad personal. De ahí que nos importe ahora analizar el concepto y los eventos en que, según la legislación española y colombiana, una persona se halla en situación de detención ilegal.

b. *Configuración de la detención ilegal tutelable mediante habeas corpus*

En el contexto interno colombiano, el artículo 430 del C. P. P., señala las dos causales que pueden originar el amparo de la libertad personal a través del procedimiento de *habeas corpus* que son:

- a) La captura con violación de las garantías constitucionales o legales, y
- b) La prolongación ilegal de la privación de libertad.

Procedemos a continuación a analizar cada supuesto en concreto en los que consideramos que existe detención ilegal derivado de los dos postulados anteriores

y de los preceptos constitucionales que rigen la materia:

c. Detención ilegal por falta de concurrencia de los requisitos legales de forma y fondo

Este primer motivo de detención ilegal no se halla previsto de forma expresa por el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, la doctrina nacional ha señalado que la omisión de los requisitos formales que dispone la ley para la realización de la captura puede originar la libertad a través de una solicitud de *habeas corpus*³⁷. También la jurisprudencia ha dado visos sobre ésta posibilidad, como ocurrió en el salvamento de voto a la sentencia de la Corte Constitucional C-301 de 1993³⁸.

Siguiendo nuestro esquema metodológico, haremos referencia al deber de concurrencia de los requisitos legales de forma y fondo, al considerar con la doctrina que esta causal se encuentra incorporada al referirse el artículo 430 del C. P. P. que consagra el *habeas corpus*, a violación de «garantías constitucionales y legales». Sin embargo, levantamos la voz para que al igual que ocurre en legislaciones como la española, dicho presupuesto se consagre expresamente en la ley, basándose para ello en la forma como se concibe constitucionalmente el derecho a la libertad personal y que hemos expuesto en el primer capítulo.

Según la normatividad colombiana, el derecho a la libertad personal opera como norma rectora prevalente en la aplicación del Derecho procesal penal al hacer un reconocimiento expreso del derecho a la libertad como norma general imponiendo que el motivo de intervención en dicho derecho debe estar «previamente definido en la ley» (artículos 28 de la Constitución Política y 4 del C. P. P.).

Por ello, ha dicho con razón la Corte Constitucional, que en un Estado de Derecho en donde la Administración está sometida al principio de legalidad, la regulación de las detenciones preventivas «es materia legal, a fin de que se establezcan las formalidades que debe reunir toda detención preventiva y se limiten los eventos y los motivos en los que puede operar»³⁹.

Partiendo de este principio de legalidad, tenemos que para que se configure la detención de manera legal, deben recurrir ciertos presupuestos tanto de forma como de fondo. Estos requisitos son los siguientes:

1. Requisitos de forma

La exigencia de ley estatutaria. Aunque los documentos internacionales no especifican qué tipo de ley es la llamada a contener los supuestos en los que es procedente la privación de libertad, situación que es fácilmente entendible, habida cuenta de la generalidad con la que éstos regulan la materia, dejando a cada Estado Parte la concreción técnica; debe darse, naturalmente, aplicación a lo que al respecto dispongan los ordenamientos internos, toda vez que al establecerse exigencias legislativas tendentes a la aprobación por mayoría cualificada de las leyes que consagran la intervención al derecho-valor fundamental-superior de la libertad personal, tienden a ser más proteccionistas.

Por este motivo se reputarán como detenciones ilegales por vicios de forma, aquellas que provengan de autorización por alguna norma que no tenga el rango de ley estatutaria. Hasta donde tenemos conocimiento, este enfoque no ha sido planteado hasta ahora en el ordenamiento jurídico colombiano, a fin de tenerlo en cuenta como factor estructurante de ilegalidad de una privación de libertad. Con todo, nosotros nos per-

mitimos elevar esta propuesta, toda vez que al estar concebida la libertad personal como derecho fundamental y valor esencial del ordenamiento⁴⁰ estará dentro de las materias que deben ser reguladas por ley estatutaria, al tenor de lo dispuesto por el artículo 152 constitucional, con mucha mayor razón si de lo que se trata es de intervenir en ellas.

Mandamiento escrito de autoridad competente. Este requisito se deriva del principio de reserva judicial⁴¹, según el cual sólo las autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales, se hallan legitimadas para ordenar legalmente las restricciones a la libertad personal.

En el contexto colombiano, la Constitución Política de 1991 en su artículo 28⁴², consagró la reserva judicial, disponiendo que sólo las autoridades jurisdiccionales pueden ordenar la privación de la libertad, previa orden escrita expedida con las formalidades legales. Como se dijo en el primer capítulo de la presente investigación, a este postulado general se le consagran dos excepciones legales, que son la captura en flagrancia (artículo 32 de la Constitución Política) y la captura administrativa (artículo 28, inciso 2º de la Constitución Política).

Efecto reflejo de lo anterior resulta ser el hecho de que, salvo en las circunstancias anteriormente apuntadas, las decisiones tendentes a restringir el derecho a la libertad personal deben provenir de manera exclusiva de la autoridad jurisdiccional, quien debe concretar dicha decisión, en providencia en la que se detalle el motivo de la captura (artículo 377.1 del C. P. P.) y los datos necesarios para la identificación o individualización del imputado (artículo 378 del C. P. P.).

2. Requisitos de fondo

Sumadas a las exigencias de forma se

hallan las de fondo, que tratan los requisitos que materialmente deben concurrir para que la privación de libertad se considere legal⁴³.

Estos presupuestos que operan en el ámbito patrio se hallan constituidos por el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*; contenidos de manera dispersa en la codificación procesal penal colombiana en los artículos 370 y 379.

El fumus boni iuris. Esta expresión, que significa «apariencia o señal de buen derecho»⁴⁴, consiste en el juicio de probabilidad razonable que debe llevar a cabo la persona que ordena y/o practica la detención, sobre la atribución del hecho punible al sujeto pasivo de ésta⁴⁵. Este juicio de probabilidad debe ser racionalmente sostenible, vale decir, debe estar basado en razones estrictamente objetivas.

En todo caso, impera tener aquí en cuenta, que el TEDH ha dicho mediante sentencia del 13 de julio de 1995 en el asunto *Van der Tang contra España*, que la existencia de una fuerte sospecha de participación en infracciones graves, aun constituyendo un factor pertinente, no legitima por sí sola una larga detención preventiva, posición ésta reiterada mediante sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 1996, asunto *Scott contra España*.

Por su parte, la jurisprudencia también se ha manifestado al respecto sosteniendo que la detención preventiva gubernativa debe basarse en motivos fundados, es decir, no debe quedarse en la mera sospecha, sino que debe ir más allá, debe fundamentarse en «situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales»⁴⁶.

La persecución de una finalidad constitucionalmente legítima. Este requisito es

consecuencia de la calidad del derecho que se afecta con la medida privativa de libertad, ya que cuanto más grave sea la intervención, más cuidadosamente deben presentarse las razones tenidas en cuenta para fundamentarla.

Así, toda privación de libertad debe hallar justificación en la protección de otros bienes o valores constitucionales; por tal motivo, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en el sentido de que una detención preventiva caprichosa, que no esté basada en fines constitucionales, que no tenga motivos fundados, que sea innecesaria o que afecte injustificadamente a ciertos grupos sociales, vulnera la Constitución⁴⁷. La detención preventiva, por tanto, debe tener como presupuesto la verificación de ciertos hechos que permitan a la policía cumplir con su función constitucional⁴⁸.

La proporcionalidad de la injerencia. En aras de determinar la legalidad de la privación de libertad, habrá de analizarse la idoneidad de la medida para alcanzar el fin perseguido por el legislador y la necesidad de la misma, examinando además si existen medidas legales alternativas, menos gravosas e igualmente capaces de conseguir los fines trazados por la ley⁴⁹ y que permitan conservar el contenido esencial del derecho, ya que al calificarse el derecho a la libertad personal como derecho fundamental, debe ser limitado en lo estrictamente necesario y toda medida que sobrepase este límite, afectará a la proporcionalidad y por tanto será ilegal.

Para Asencio Mellado, el principio de proporcionalidad en materia de prisión provisional, que podemos extrapolar a Colombia, al ser posible invocar el *habeas corpus* en supuestos de privación de libertad judicial, se desenvuelve en dos vertientes: la primera, bajo la consideración de la

libertad como regla y su privación como la excepción; la segunda, con la necesidad de que la privación de libertad afecte en el menor grado posible los derechos esenciales reconocidos al detenido⁵⁰.

En el sentir de la Corte Constitucional colombiana, este requisito se tiene en cuenta al sostener que la detención preventiva debe ser necesaria y además debe dirigirse a un fin preciso; también debe ser proporcionada, puesto que la gravedad del hecho no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona, ya que si se desbordan los límites de la proporcionalidad estaríamos frente a una detención arbitraria⁵¹ y, por tanto, susceptible de ser invocada por la vía procesal del *habeas corpus*.

El principio de proporcionalidad en materia de detenciones policiales se refleja también en la elección del medio usado en la detención y en la proporcionalidad misma que debe existir entre el interés lesionado y la infracción del bien jurídico que se desea evitar, de manera que la actuación policial se halla condicionada a que la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal no sea mayor del que corresponde para evitar la lesión al otro derecho fundamental que se pretende proteger y como desarrollo de ello, que los métodos de violencia utilizados al realizar la detención sean proporcionados a los bienes en juego, toda vez que si la detención no responde al principio de proporcionalidad será ilegal⁵².

d. Detención ilegal por internamiento ilícito

El problema de la detención ilegal por internamiento ilícito viene siendo estudiado desde la óptica de aquellos internamientos regulados por el ordenamiento jurídico civil, que facultaba en ciertas condiciones

y bajo ciertos fines concretos la privación de libertad de una persona.

Lo primero que debemos advertir es que en Colombia este motivo de detención ilegal susceptible de ser invocada por vía del *habeas corpus* no ha sido estudiada, aunque se prevé legalmente para ciertos casos como el de desacato a autoridad jurisdiccional de cualquier orden y el arresto del quebrado. Nosotros creemos que podría ser invocada a través del proceso de *habeas corpus* si la decisión que conlleva a la privación de libertad por parte de la autoridad no se sujeta a las exigencias legales.

De manera sorprendente, la Corte Constitucional, en sentencia C-010 de enero 20 de 1994, señaló que el *habeas corpus* no puede ser invocado *en principio* contra acciones provenientes de particulares, tales como la reclusión forzosa en un centro religioso, psiquiátrico, educativo o familiar, o en los eventos de secuestro, salvo casos excepcionales⁵³.

Igualmente reprochable nos parece la postura asumida por los magistrados que salvaron su voto arguyendo que cuando la privación de libertad proviene de un particular, podrá estarse en presencia de la comisión de un delito o de una conducta anómala, «pero no procederá la invocación del *habeas corpus*; otro tipo de mecanismos han de existir en el ordenamiento para atender a situaciones excepcionales»⁵⁴.

Nuestro asombro se produce al constatar que la Corte, en su posición mayoritaria, no fundamentó su postura y abrió la puerta a una limitación jurisprudencial de la posibilidad de invocar la garantía fundamental jurisdiccional del *habeas corpus* frente a estas detenciones ilegales. Los magistrados que firmaron el salvamento de voto sólo repararon en el caso del secuestro y arguyeron el absurdo de recurrir a la autoridad judicial para que se ordene a un secuestrador

poner en libertad a su víctima, sin tener en consideración los otros supuestos, como el del enfermo mental que es recluido por su familia de manera ilícita en un establecimiento psiquiátrico y los demás casos frente a los cuales la posición mayoritaria de la Corte se conformó con negar su posibilidad, sin presentar siquiera una motivación para ello.

No nos parece del todo descabellado que, si por la vía del *habeas corpus* se llegase a demostrar que una persona se encuentra ilegalmente privada de libertad por particulares, se ordene su liberación; piénsese en los casos del internamiento contra su voluntad de un enajenado mental en un centro psiquiátrico por parte de un particular, o del padre que retiene contra su voluntad a la hija para impedir su matrimonio y se conozca su paradero.

Es importante resaltar que en el salvamento de voto a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 16 de mayo de 1995, enfatiza que al regularse el procedimiento de *habeas corpus* éste se reconoce como garantía de libertad «no con exclusividad a los sanos sino a toda persona privada de su libertad»⁵⁵.

e. Detención ilegal por vencimiento del término legal

Este tipo de detención ilegal se halla constituida por aquellas detenciones que en su génesis se produjeron de acuerdo a la legalidad imperante, pero que posteriormente devinieron en ilegales a causa de haber superado el plazo superior máximo señalado en la ley.

A fin de determinar el plazo a partir del cual se debe comenzar a contar el término máximo de duración de la medida, se debe advertir que la detención comienza desde

el momento mismo en que ésta se materializa⁵⁶, vale decir, en que ésta misma se produce y no desde que se legaliza con la cumplimentación de los documentos que haya que realizarse en las instalaciones policiales o judiciales⁵⁷.

En nuestro país, dado que procede la invocación del *habeas corpus* para el control de legalidad de las privaciones de libertad ordenadas por autoridad judicial, será necesario, además, tener en cuenta los plazos máximos de duración de cada etapa procesal, armonizándolo con el requisito de tener una finalidad constitucionalmente válida.

1. En detenciones realizada por particulares

Según el ordenamiento jurídico colombiano, la persona capturada debe ser conducida «en el acto» o a más tardar «en el término de la distancia»⁵⁸, ante el fiscal o funcionario competente para iniciar la investigación, o de no ser ello posible «por cualquier circunstancia no atribuida a quien hubiere realizado la captura», debe ser puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional, en la primera hora hábil del día siguiente, según lo dispuesto por el artículo 317 del C. P. P.⁵⁹. De manera que cualquier lapso que sobrepase los límites temporales anteriormente señalados harán que la privación de libertad se convierta en ilegal y sea susceptible de ser invocada por la vía procesal del *habeas corpus*.

En privaciones de libertad realizadas por autoridad diferente a la jurisdiccional. En este aspecto la legislación es clara al establecer en el artículo 371 inciso 4 del C. P. P., de manera imperativa, que «En ningún caso el capturado puede permanecer

por más de treinta y seis (36) horas por cuenta de funcionario diferente al fiscal o juez», y una vez iniciada la investigación previa la policía judicial no puede llevar a cabo captura que no sea ordenada por la autoridad jurisdiccional competente (artículo 313 inciso 2 del C. P. P.).

De acuerdo con esta pauta, la persona capturada, bien sea por orden escrita de autoridad competente⁶⁰, por flagrancia⁶¹, por estar su captura públicamente requerida⁶², o por autoridad policial facultada para ello⁶³, debe ser puesta a disposición de autoridad jurisdiccional dentro de los términos establecidos por el ordenamiento jurídico y más exactamente, por el tiempo estrictamente necesario, a fin de garantizar debidamente su derecho a la libertad personal y a la mínima intervención posible del Estado en ella.

Por consiguiente, según la normativa colombiana, ninguna persona puede encontrarse detenida por cuenta de autoridad diferente a la jurisdiccional por más de treinta y seis horas y la ilegalidad de la detención surgirá sólo a partir del vencimiento de dicho término; nos resulta así mucho más adecuada la regulación española, ya que ésta toma como parámetro «el tiempo estrictamente necesario». Si en Colombia se llevan a cabo los actos necesarios por la autoridad que realiza la captura en término inferior a las treinta y seis horas, el capturado puede estar aún privado de libertad por cuenta de autoridad diferente a la jurisdiccional y hasta ese límite ésta no podrá reputarse como ilegal.

2. En detenciones ilegales ordenadas por autoridad jurisdiccional

Dada la posibilidad de invocar en Colombia la garantía jurisdiccional fundamental del *habeas corpus* para el amparo de las deten-

ciones ilegales ordenadas por autoridad jurisdiccional (fiscales y jueces), resulta pertinente tener en cuenta los términos perentorios que la legislación procesal penal establece para que al capturado le sea definida su situación personal.

Existen en la realidad procesal penal colombiana ciertos lapsos fijados por la ley durante los cuales debe producirse un pronunciamiento o una actuación jurisdiccional, razón por la cual, si el plazo se vence y la providencia o la actuación no se han producido, la situación de privación de libertad degenerará a partir de entonces en ilegal y el *habeas corpus* estará llamado *prima facie* a prosperar.

Este control de legalidad de la detención judicial debe ser realizado, lamentablemente, por el mismo funcionario a cuya disposición se encuentre el privado de libertad, por expresa disposición del artículo 430 inciso 2º, cuestión ésta que abordaremos posteriormente y que ha sido la razón por la cual la doctrina científica lo ha denominado «control interno de legalidad»⁶⁴.

f. Detención ilegal por violación de los derechos garantizados constitucional y procesalmente

Este supuesto de detención ilegal se encuentra establecido en los artículos 377 y 408 del C. P. P., que forman parte integrante del sistema de garantías legales otorgadas por la ley a los detenidos y, por tanto, del artículo 430.1 del C. P. P.

Se refiere esta forma de detención ilegal a aquellos casos en que, pese a haberse cumplido los requisitos de forma y fondo para la detención y encontrarse la medida dentro del plazo legal, se han infringido los derechos constitucionales y legales garantizados a todos los detenidos. La razón

última de estas garantías se encuentra en la presunción de inocencia y en la necesidad de concretar en los supuestos de privaciones de libertad, todos aquellos derechos fundamentales que se reconocen en otros preceptos constitucionales⁶⁵.

Los artículos 377 y 408 del C. P. P.⁶⁶, ilustran algunos de estos derechos con que cuenta cualquier persona detenida, cuya violación dará lugar a la configuración de una detención ilegal susceptible de ser tutelada por la vía del *habeas corpus* y que podemos resumir de la siguiente manera:

a) El derecho a que se le comunique de manera inmediata y de modo que le sea comprensible, los hechos que se le imputan, las razones que motivaron su privación de libertad y los derechos que le asisten.

b) El derecho a guardar silencio y/o a manifestar que sólo declarará ante el juez, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Entrevistarse de manera privada con el detenido al término de la diligencia en que hubiere intervenido.

d) El derecho a que se le comunique al familiar o persona que el detenido desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en el que se encuentra. En caso de ser extranjero, el derecho a que las circunstancias anteriores se le comuniquen a la oficina consular de su país.

Sumado a este catálogo de derechos debemos mencionar el derecho de todo detenido a no ser torturado ni a ser sometido a tratos inhumanos o degradantes⁶⁷, como derivados del principio de dignidad humana que rige constitucionalmente y legalmente. Siendo ello así, el procedimiento de *habeas corpus* podrá ser invocado con el objetivo de hacer cesar tales prácticas cuando se comentan sobre un privado de libertad⁶⁸.

COMPETENCIA

La teoría general del proceso enseña que la competencia de un órgano es la parte de poder jurisdiccional que puede ejercitar y que viene delimitado a través de distintos factores, es decir, diversas reglas que permiten determinar cuál es el juez ordinario predeterminado por la ley frente a un caso concreto. Se habla entonces de competencia objetiva, criterio que se deriva de la naturaleza del pleito y a la cualidad de las personas litigantes; territorial, que tiene en cuenta que diversos procesos de igual naturaleza pero atribuidos a jueces de lugares diferentes, dependiendo de la circunscripción territorial atribuida a cada órgano jurisdiccional y funcional, que se refiere a la “competencia por grados” y que determina los juzgados y tribunales que habrán de conocer un procedimiento en las distintas fases del mismo⁶⁹.

1. Competencia objetiva

Calamandrei afirma que este factor de competencia busca instituir un sistema práctico que permita que las partes puedan encontrar, entre los diferentes tipos de jueces, el más apropiado a las exigencias de la causa a decidir. Se trata por tanto de establecer una relación entre la causa y la especialización del órgano judicial, tomando en consideración unas veces el objeto de la causa o los caracteres cualitativos atinentes a la naturaleza jurídica de la relación controvertida en el proceso, y en otras, los aspectos cuantitativos de la causa⁷⁰.

La competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus* se halla radicada en el juez penal, según el artículo 431.2 del C. P. P. Sin embargo, tenemos que distinguir dos situaciones.

a) Cuando el detenido no se halle por cuenta de autoridad jurisdiccional

En este supuesto, aunque el proceso se puede instar ante «cualquier juez o magistrado», es objetivamente competente para conocer del proceso de *habeas corpus* cualquier juez o magistrado del orden penal, en virtud del numeral 1º del artículo 431 del C. P. P.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, mediante auto de 14 de julio de 1992, destacó que la atribución del conocimiento del proceso de *habeas corpus* al juez penal resultaba compatible con la norma constitucional (artículo 30), que indica que el procedimiento puede ser «invocado» ante cualquier autoridad. De manera que, cuando se inste el proceso ante funcionario no penal, éste debe remitirla a aquél de manera inmediata a fin de que se le dé curso.

El talón de Aquiles de la postura mantenida por la Corte Suprema se encuentra en el rechazo que ésta ha adoptado a que los jueces colegiados sean conocedores del *habeas corpus*.

En un argumento sofisticado, la Corte plantea que al prohibir el artículo 434 del C. P. P., que la solicitud de *habeas corpus* sea sometida a reparto, los cuerpos penales colegiados se hallan imposibilitados de conocer dichos procedimientos, puesto que por su estructura y organización, las decisiones interlocutorias sólo pueden ser adoptadas en Sala de Decisión por mayoría absoluta, lo cual implica que el magistrado sustanciador, además de darle el trámite propio al proceso, debe presentar a consideración de sus compañeros de Sala el respectivo proyecto, con el riesgo de que sea vencido, caso en el cual corresponderá al siguiente magistrado en turno la elaboración de uno nuevo. Todo ello, iría entonces en contra de la celeridad que

demanda el artículo 30 constitucional, al fijar el término perentorio de treinta y seis horas para su decisión⁷¹.

Basándose más en la interpretación exegética del Código Procesal Penal, la Corte arguye que la norma procesal establece que la solicitud puede ser presentada ante cualquier funcionario, pero que es categórica al señalar de manera singular al juez penal para su conocimiento.

Por otra parte, el artículo 430 del C. P. P., fue demandado por considerarse inconstitucional, precisamente en cuanto a la expresión «pero el trámite corresponde exclusivamente al juez penal», ya que el demandante consideraba que el artículo 30 de la Constitución Política otorgaba competencia a todas las autoridades judiciales.

La Corte Constitucional, en sentencia C-010 de 20 enero de 1994⁷², declaró ajustada a la Constitución tal disposición al considerar justificado el principio de especialidad de la jurisdicción, ya que para ella, es el juez penal quien está más próximo a la regulación que rige en materia de libertad personal, que generalmente proviene de disposiciones que regulan las conductas punibles, rigiendo así un criterio cualitativo que se ajusta perfectamente a las previsiones de la Carta.

De ésta decisión mayoritaria se apartaron, salvando su voto, los magistrados Arango Mejía, Gaviria Díaz y Martínez Caballero, al considerar que la disposición sobre la cual se pretendía se declarara inconstitucional efectivamente lo era, ya que la regulación penal contradecía lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución Política que se refiere a «cualquier autoridad»; además que no resultaba lógico que el juez o magistrado que recibiera la solicitud tan sólo se limitara a servir de mensajero, cuando la norma Constitucional hablaba de

un término de treinta y seis horas, «*por la misma autoridad judicial*».

Finalmente, el criterio de especialización que se aduce por la posición mayoritaria, es poco convincente para estos magistrados, ya que «con base en el mismo, serían inconstitucionales las normas que permiten a los jueces conocer las demandas de tutela sobre asuntos que de ordinario no corresponden a su jurisdicción».

Nuestra opinión, contraria a la mayoría sostenida tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional, se basa en un sencillo argumento: el que la ley debe adaptarse a la Constitución y no la Constitución a la ley. En efecto, siendo claro el Texto Constitucional al disponer que se puede invocar ante cualquier autoridad la solicitud de *habeas corpus*, debe proponerse desde ya, *de lege ferenda*, un cambio de regulación que permita a los jueces colegiados el conocimiento de estos casos de manera individual, ya que al ser éstos superiores jerárquicos de los jueces unipersonales, podrían asumir tareas propias de aquéllos, mucho más tratándose de la garantía de un derecho tan importante.

b) Cuando el privado de libertad se encuentre por cuenta de autoridad jurisdiccional, caso en el cual la solicitud de *habeas corpus* debe formularse dentro del mismo proceso

El segundo inciso del artículo 430 del C. P. P., se convirtió en legislación permanente a través de la ley 15 de 1992 (artículo 2º)⁷³, presentándose frente a esta disposición demanda de inconstitucionalidad, al entender que este inciso limitaba el ejercicio del *habeas corpus* en tanto se exigía que fuera interpuesto únicamente dentro del proceso penal que se hallaba en trámite,

lo que impedía, además, acudir ante un juez imparcial que revisara la decisión.

Esta demanda de inconstitucionalidad obtuvo respuesta de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-301 de 2 de agosto 1993⁷⁴, que declaró la disposición ajustada a la Constitución al considerar que dentro del mismo proceso penal se preveían mecanismos tales como los recursos de reposición y de apelación que permitían garantizar que las privaciones de libertad se realizaran en legal forma. Por otra parte, se consideró que no se justificaba tener dos vías paralelas para controvertir las privaciones de libertad, que «desquicia inútilmente la función judicial y entraña un doble ejercicio del aparato judicial, desconociendo la existencia de recursos cuya utilización resulta más racional».

También salvaron su voto en esta materia los magistrados citados en el anterior apartado, al considerar que el juez del respectivo proceso que cursa, es un concepto diferente al de «cualquier autoridad judicial», además que con la postura mayoritaria se podría llegar al absurdo de que para defender todos los derechos fundamentales puede intentarse la acción de tutela ante cualquier juez o tribunal, pero el *habeas corpus* sólo podría proponerse ante un solo juez, precisamente el que está causando la detención ilegal.

Nos resultan palmarias las argumentaciones de los magistrados que salvaron el voto, motivo por el cual nos acogemos a ellas, mucho más con un consideración adicional: si el juez que causó la detención declarara su ilegalidad, estaría él mismo autoincriminándose del delito de detención ilegal por funcionario público y, en virtud del artículo 436 C. P. P., se debería compulsar copias contra él mismo para que la autoridad competente iniciara las investigaciones a que hubiera lugar. Todo ello nos parece que sobrepasa las barreras de

la ingenuidad humana, razón por la cual rechazamos la posición mayoritaria de la Corte.

Por otra parte queremos destacar lo que a nuestro sentir es una imprecisión normativa. Se trata de la redacción del segundo inciso del artículo 430 del C. P. P., que como hemos dicho recoge también la determinación de la competencia objetiva y que nos habla de «las peticiones de libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella», creemos que lo preciso sería indicar «de quien creyere estarlo ilegalmente», puesto que si se está legalmente privado de libertad no es viable recurrir a la vía procesal del *habeas corpus*.

Junto a lo anterior existe una consideración final, cual es aquella que se deduce al repararse en que los jueces colombianos sólo laboran durante los días hábiles. En los festivos, los juzgados se hallan cerrados y en el órgano jurisdiccional sólo prestan sus servicios las Fiscalías de guardia, que no tienen competencia para conocer de la solicitud de *habeas corpus*, reservada tan sólo a los jueces de la República⁷⁵.

Esta controversia resulta intensificada, si se repara en que el artículo 341 numeral 3, consagra como un derecho de quien se considere detenido ilegalmente, a que el proceso de *habeas corpus* no se suspenda o aplaze durante los días festivos o la vacancia judicial. Un ejemplo de la situación real que puede presentarse la encontramos cuando se piensa en aquellos casos en que la detención ilegal se produce por el órgano judicial durante la última hora hábil del último día hábil o cuando proviene de la autoridad policial y, en ambos casos, el lunes siguiente es festivo, o peor aún, en época de vacancia judicial por Semana Santa, en donde los juzgados de todo orden permanecen cerrados desde el jueves hasta el lunes.

Frente a la segunda posibilidad planteada, recordamos que las autoridades policiales deben poner el detenido a disposición jurisdiccional dentro de las treinta y seis horas siguientes, como ya hemos explicado, pero la autoridad bajo la cual se coloca a disposición es la del Fiscal y no la del Juez⁷⁶, y si aquella decide mantener al detenido privado de su libertad, ¿ante quién se debe interponer el *habeas corpus*?

Ante tal problemática planteamos dos soluciones, la primera, que se autorice por vía legal a la Unidad de Fiscalía de turno para que conozca de las solicitudes de *habeas corpus* que se formulen en época de vacancia judicial, toda vez que al prevalecer en Colombia un sistema denominado por los expertos como *acusatorio mixto*, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación a través de sus agentes puede adoptar medidas de aseguramiento (artículos 116 constitucional y 414A del C. P. P.), revisables ante sus propios superiores jerárquicos, puede constituir una solución a problema planteado⁷⁷.

La segunda alternativa, un poco más antieconómica pero a la vez más garantista, es la creación de juzgados de guardia como los existentes con anterioridad a la creación de la Fiscalía General (año de 1991), para que conozcan de manera exclusiva de estos asuntos.

2. Competencia territorial

El presupuesto de la competencia territorial es la constatación de la existencia de varios jueces del mismo grado o tipo; por tal motivo, se hace necesario distinguirlos en razón del territorio dentro del cual se encuentra su sede. Por ello, al hablar de competencia territorial hacemos referencia a la determinación del juez competente para conocer del *habeas corpus* entre todos

aquellos que objetivamente pudieran presidir el proceso a lo largo del territorio nacional⁷⁸.

En nuestra patria, según el artículo 431 del C. P. P., es competente territorialmente cualquier juez o magistrado del lugar en donde se produjo el acto ilegal o del más cercano, debido a que con ello se evitará poner en manos de quien realiza el acto de detención ilegal, la fijación de la competencia territorial con el simple acto de trasladar a la persona detenida ilegalmente del lugar de custodia en que se encuentre.

3. Competencia funcional

Este criterio de competencia se fundamenta en la división del trabajo, la especialización de las funciones y razones de garantía y de mayor o menor capacidad funcional⁷⁹. Estas normas de carácter imperativo responden a la idea de las distintas funciones y etapas procesales que se desenvuelven dentro de mismo proceso, en nuestro caso, el de *habeas corpus*⁸⁰.

Toda vez que en Colombia se admite la impugnación del auto que deniega la solicitud del *habeas corpus*, y que más adelante analizaremos, debemos entender que en esa segunda fase es competente el superior jerárquico del juez que conoció del proceso en primera instancia, ya que dentro de los artículos que regulan el procedimiento de *habeas corpus* no existe disposición expresa ni especial sobre esta cuestión y se deben aplicar las reglas procesales que rigen de ordinario la materia.

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

El concepto de legitimación aparece en función de la pretensión que se formula dentro de un proceso, indicando las

aptitudes que se necesitan para intervenir en su desarrollo⁸¹. A fin de determinar tales aptitudes se debe tener en cuenta las relaciones que tenga el sujeto con la situación jurídica sustancial que se debate al interior del proceso, es decir, que tenga capacidad jurídica procesal y capacidad procesal y que tenga una relación respecto del objeto mismo del proceso que les permita ejercitar la acción y defenderse⁸². Así, los diferentes ordenamientos jurídicos, en atención a los intereses dignos de protección, legitiman a determinadas personas para instar e intervenir en un proceso en el que se debata un bien jurídico del que pueden no ser titular⁸³.

La legitimación procesal activa en el proceso de *habeas corpus* se halla radicada en diversas personas puesto que el C. P. P. en su artículo 341 numeral 2, dispone que la acción puede ser invocada por terceros sin necesidad de mandato alguno, lo cual en nuestro parecer, legitima también a las personas jurídicas para que puedan invocar el *habeas corpus*. Como mecanismo para contrarrestar la posibilidad de una avalancha de solicitudes, se prevé a través del artículo 432, inciso 2, que se debe afirmar, bajo la gravedad de juramento que, se considerará prestado por la presentación del *habeas corpus*, que ningún otro juez ha asumido el conocimiento de la solicitud o lo decidido sobre la misma.

Esta legitimación popular deviene del carácter mismo de acción popular que le confiere el ordenamiento jurídico colombiano al *habeas corpus*, toda vez que como ha afirmado Bujosa Vadell, cuando se ejercita la pretensión en calidad de actores populares, no se justificar la condición de ofendido o perjudicado, puesto que en tales casos lo normal es no tener tal calidad, el actor popular actúa por un simple interés de legalidad, de manera que «no se trata

de una ausencia de legitimación, como podría pensarse a primera vista, sino de una legitimación abierta para el ejercicio del derecho a la jurisdicción», de manera que todos los sujetos, titulares y no del bien jurídico, tienen derecho a incoar el proceso⁸⁴.

V. EL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

1. Iniciación

El escrito que inicia el proceso de *habeas corpus* no es una demanda en el sentido técnico de la palabra, sino que es una simple petición de que se produzca la comparecencia del detenido, que es el acto en donde se colocarán en conocimiento del juez los hechos que le permitirán decretar la práctica de las pruebas a que haya lugar y emitir posteriormente la decisión del caso⁸⁵, la cual debe ser compatible con los postulados de ausencia de formalismos que rigen para el proceso de *habeas corpus*⁸⁶.

En Colombia, las referencias que deben acompañar a la petición del *habeas corpus* se encuentran enunciados en el artículo 432 del C. P. P. en donde nada se dice si la solicitud debe presentarse de manera escrita o verbal. Nosotros opinamos que de acuerdo al carácter antiformalista de este proceso, permite que se invoque el *habeas corpus* de manera oral, al igual de lo que sucede con la regulación española; se levantará por parte de la autoridad a la que se haya acudido la respectiva acta⁸⁷.

El contexto exigido legalmente en la regulación nacional para la solicitud de *habeas corpus* puede sistematizarse de la siguiente forma:

a) El nombre y las circunstancias personales del solicitante y de la persona para la cual se solicita el amparo.

Aunque en el ordenamiento legal no se menciona la obligación de informar sobre los datos personales de quien invoca el *habeas corpus*, pero nos parece lógico que ello sea así por cuanto el numeral 2º del artículo 433 exige que se afirme bajo la gravedad de juramento que ningún otro juez haya asumido el conocimiento del *habeas corpus*, por lo cual resulta necesario conocer la identificación de quien presenta la solicitud.

En cuanto al nombre de la persona a cuyo favor se interviene, resulta necesario, ya que con base en él la autoridad dictará la providencia a que haya lugar, requiriendo a la autoridad gubernativa o al particular que le sea presentado su cuerpo o, en terminología aragonesa, “que le sea manifestado”.

b) Aquellas que puedan contribuir al buen desarrollo del proceso de *habeas corpus*, como son la condición de extranjero (a fin de comunicar a la oficina consular correspondiente y dotarlo, en caso necesario de intérprete); la condición de incapaz (para surtir las notificaciones a sus representante legales) y las personales que puedan demostrar el arraigo del detenido y por tanto, que no se sustraerá a la acción de la justicia.

Nosotros pensamos que la autoridad judicial puede intervenir interrogando sobre todas aquellas circunstancias adicionales que puedan auxiliar a la formación de la determinación del estado de legalidad o no de la privación de libertad, como director del proceso que es.

c) El lugar donde se encuentre el privado de libertad y la autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre y el cargo que desempeña.

Este requisito ayudará en la labor de determinación de la competencia por el factor territorial. Sin embargo, su omisión no puede dar lugar al rechazo de la soli-

itud⁸⁸, puesto que es el órgano jurisdiccional el encargado de determinar el lugar y estado en el cual se encuentra el privado de libertad, bajo el entendimiento que es el Estado quien cuenta con mejores recursos para ello.

Frente a esta exigencia, la CteIDH mediante sentencia de 26 de junio de 1987, asunto *Velásquez Rodríguez*, sostuvo que si el recurso de *habeas corpus* exigiera identificar el lugar de detención ilegal y la autoridad respectiva, no sería efectivo para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, puesto que en estos casos suele existir tan sólo prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima; por tanto, la falta de concurrencia de esta información no puede dar lugar al rechazo de la solicitud⁸⁹.

La comunicación sobre el nombre y cargo de la autoridad bajo cuya custodia se encuentra el detenido, ayudarán también en las labores de su ubicación y en la determinación de la posible persona responsable de la detención ilegal.

d) La exposición de las razones por las que se solicita el *habeas corpus*. Este requisito es el fundamento mismo del procedimiento de *habeas corpus* y ayuda a identificar la pretensión. Si la solicitud de *habeas corpus* fuere invocada por terceros, estas circunstancias pueden ser completadas por el directo interesado, prevaleciendo, en caso de discordancia, las consideraciones del detenido al ser éste sobre quien recae directamente la acción privativa de la libertad o la vulneración de sus derechos.

2. Intervención del defensor

Aunque la legislación colombiana no se pronuncia directamente sobre este aspecto,

debemos entender que la presencia de abogado defensor no es necesaria. Sin embargo, debemos dejar por sentado que sería éste el estado ideal en que se presentare la solicitud, toda vez que el letrado puede orientar al interesado en la presentación de las razones por la que se entiende que existe una detención ilegal, así como de los elementos probatorios que se puedan solicitar y aportar tendentes a demostrar tal situación⁹⁰.

En caso de concurrencia de abogado, éste tendrá todas las facultades constitucionales y legales vistas con anterioridad, pero si éste no llegase a concurrir, la autoridad por cuenta de la cual se halle el detenido deberá expresarle los derechos con que él mismo cuenta.

3. Trámite de la solicitud

De acuerdo a nuestra regulación interna, luego de haber recibido la solicitud de *habeas corpus*, no es necesario que se produzca un pronunciamiento judicial para continuar con el trámite del mismo, diferente al avocamiento, ya que el artículo 434 del C. P. P. dispone que una vez recibida la petición, el juez decretará *inmediatamente* una inspección a las diligencias que pudieren existir en el asunto que dio lugar a la petición, diligencia ésta que se debe llevar a cabo a más tardar dentro de las doce horas siguientes, al igual que debe dar aviso a la Fiscalía General de la Nación y al perjudicado.

No es clara la normativa colombiana en éste último aspecto, ya que existe un vacío respecto de qué es lo que se debe informar a la Fiscalía y al interesado: si la solicitud o la iniciación del trámite. A nuestro parecer, resulta innecesario el aviso a la Fiscalía si se tiene en cuenta que si la persona privada de libertad se encuentra procesada en etapa

investigativa, de todas formas el juez de conocimiento de *habeas corpus* debe decretar la inspección del expediente (artículo 434 del C. P. P.) y tal vez las únicas dos posibilidades en las que tenga significación sean, o bien para advertir sobre la existencia de un posible delito de detención ilegal, pero esto de todas formas se colocará en su conocimiento cuando el *habeas corpus* se haya fallado, o para solicitar la colaboración del Cuerpo Técnico de Investigación.

Aparece claro que el artículo 434 del C. P. P. será de aplicación en un contexto en donde existan indicios de que la persona se halla procesada y/o por cuenta de autoridad, ya que de no ser ello así, no existirán diligencias sobre las cuales se pueda realizar la inspección. Sobre estos casos nada dice el C. P. P., pero de los fines que se persiguen con esta garantía fundamental jurisdiccional, se puede deducir con claridad que en ellos, así como en los que se desconoce el paradero del privado de libertad, le corresponde al juez iniciar todos aquellos actos tendentes a la ubicación de la persona que se halle detenida y al acopio de las fuentes probatorias que permitan determinar su ilegalidad, o no.

El artículo 433 del C. P. P., en un orden que nos parece algo inapropiado (con relación al artículo 434 del mismo cuerpo legal), establece que si la autoridad cognoscente del procedimiento de *habeas corpus*, no es la misma que con anterioridad ha decretado la privación de libertad de la persona a cuyo favor se invoca la solicitud de *habeas corpus* y si no puede trasladarse hasta la sede de quien ordenó la detención cuya legalidad se evalúa, debe solicitar por el medio más rápido (fax, teléfono, e-mail, etc.) información completa sobre la situación que dio origen a la petición, con la correlativa obligación para el juez requerido

de dar respuesta *inmediata* remitiendo copia de las diligencias adelantadas contra el detenido⁹¹.

En aras de lograr la mejor valoración de la situación de hecho y de derecho que se debate en el proceso de *habeas corpus*, el artículo anteriormente citado también prevé que el juez puede solicitar al director de la cárcel en la que se encuentre el detenido, información *urgente* sobre todo lo concerniente con la captura y, finalmente se dispone que el juez puede interrogar directamente a la persona *capturada*.

Esta última disposición ostenta especial relevancia si se tiene en cuenta que según la normativa colombiana cualquier tercero puede incoar el procedimiento de *habeas corpus*, y por tanto no tener conocimiento en forma detallada de aquellos extremos que procesal y materialmente puedan interesar a la hora de resolver la solicitud de *habeas corpus*. En nuestra opinión, aquello que aparece como simple posibilidad para el juez, constituye uno de los principales elementos de garantía en este proceso y, por ello, opinamos que esta diligencia debe operar como regla general.

4. Manifestación del detenido

Aunque el Código no prevé de manera expresa esta etapa procesal, pensamos que en ella se encuentra el verdadero sentido del proceso de *habeas corpus*. Una vez avocado el conocimiento, la autoridad judicial puede optar por una de dos posibilidades: ordenar a la autoridad a cuya disposición se encuentre la persona privada de libertad o al particular bajo cuyo poder se encuentre, *que la ponga de manifiesto delante de él*, es decir, *que le ponga de presente su cuerpo*, o bien, constituirse en el lugar en donde aquélla se encuentre.

Este poder del juez de *habeas corpus*

entraña la correlativa obligación de la autoridad o particular que se halle custodiando al detenido, de *manifestarla* inmediately ante la autoridad judicial.

La segunda opción que tiene el juez es la de decidir presentarse en el sitio en el que se encuentra la persona ilegalmente detenida. En nuestra opinión, si la persona se encuentra a disposición de la autoridad gubernativa, el juez debería solicitar que se le manifieste, salvo en los casos en que se infiera que se encuentra siendo torturado⁹², y en los casos de privaciones ilegales por particulares, toda vez que tal actuación constituiría importante elemento probatorio para un eventual proceso de detenciones ilegales o tortura.

Ahora bien, al constituirse el juez de *habeas corpus* en el lugar de custodia del privado de libertad, debe entregársele inmediately a la persona detenida⁹³ y en caso de desobediencia el juez de *habeas corpus* podrá incoar diligencias previas y adoptar alguna medida cautelar de carácter personal en su contra, dando aviso de lo ocurrido al superior jerárquico, si de autoridad administrativa se tratare⁹⁴.

Antes de proferir la decisión respectiva, el juez de *habeas corpus* puede y más aún, debe oír a la persona privada de libertad, a su representante legal, abogado si lo hubiere designado y al Ministerio Público, luego de lo cual, también escuchará a la autoridad administrativa, funcionario público o representante de la institución que hubiere ordenado o practicado la privación de libertad y en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encuentre la persona privada de libertad, dándoles a conocer las declaraciones del detenido, a fin de que justifiquen las causas jurídicas y fácticas que llevaron a la privación de libertad de la persona a favor de la cual se instaura el *habeas corpus*.

Tal oportunidad es de gran importancia, dado que es allí cuando se va a completar la pretensión, puesto que es ésta la oportunidad con que cuenta el privado de libertad para poner en conocimiento del juez todos los detalles fácticos y procesales tendentes a determinar la legalidad o no de la detención.

En el proceso de *habeas corpus*, como en todo proceso, el acopio del material probatorio tiene una trascendental función, ya que de él se derivará necesariamente el resultado del proceso. En materia de *habeas corpus*, la aportación y posterior práctica de las pruebas que hayan sido decretadas por el juez cognoscente tienen una limitación temporal insalvable, que se deriva de los mismos principios informadores de este proceso.

El juez, por su parte, podrá realizar las inspecciones pertinentes, especialmente en caso de tortura y pruebas documentales, a fin de alcanzar un mejor conocimiento sobre lo alegado por las partes, e igualmente, si el tiempo lo permite, ordenar el reconocimiento de médico forense.

Además de las solicitudes de información a las autoridades sobre las que se tenga noticia de que se encuentra bajo su custodia el privado de libertad de forma presuntamente ilegal y al director de la cárcel en que éste mismo se pueda encontrar, la legislación colombiana omite cualquier otra consideración al material probatorio que puede practicarse.

Nosotros damos por sentada nuestra posición de que el juez de *habeas corpus* se encuentra legitimado para practicar todas las pruebas que estime necesarias tendentes al esclarecimiento de los hechos, siempre y cuando con su práctica no se supere el límite temporal máximo que la ley prevé para el desarrollo y conclusión del proceso.

De manera que el juez cognoscente del *habeas corpus* podrá decretar y evacuar las pruebas testimoniales, documentales y periciales a que haya lugar, todas ellas dentro del plazo máximo de doce horas siguientes a la solicitud de *habeas corpus*.

5. La decisión en el proceso de *habeas corpus*

Según los estudiosos de la materia, tanto la providencia que resuelve sobre la admisibilidad o no de la pretensión de *habeas corpus*, como la que resuelve sobre solicitud de *habeas corpus* no reviste la forma de sentencia, sino de auto⁹⁵.

Adentrándonos ya en el estudio de la resolución que debe dictarse en el trámite del *habeas corpus*, tenemos que, el artículo 437 del C. P. P. puntualiza que una vez demostrada la violación de las garantías que la Constitución y la ley otorgan a toda persona detenida, el juez debe ordenar inmediatamente su puesta en libertad.

En este orden de ideas tenemos que, según la normativa legal, cuando se halle demostrada la violación de las garantías a un detenido, no le queda al juez otra alternativa que la de ordenar su inmediata puesta en libertad.

Siendo ello así y con base en una reflexión metódica de los supuestos de detención ilegal a nivel colombiano, debemos dejar desde ya sentada nuestra crítica a tan escueta disposición. En efecto, no consideramos que sea acertado establecer la puesta en inmediata libertad del detenido ilegalmente en cualquier circunstancia. Opinamos por el contrario que la ley debe darle al juez diversas posibilidades a la hora de resolver la solicitud.

Así, por ejemplo, nos parece que si el relato histórico del proceso indica que la detención ilegal devino como consecuencia

de las torturas sufridas por el detenido, creemos que lo procedente sería cambiar de lugar de reclusión al privado de libertad, u ordenar el relevo de las personas encargadas de su custodia, deduciendo testimonio para la investigación del presunto hecho punible en que pudiesen estar incurso, pero no ordenando la puesta en libertad, si existe motivo legalmente fundado para que permanezca la situación de privación de libertad.

Lo mismo nos corresponde predicar de aquellos casos en que la detención ilegal se produce por violación del término en el cual la persona puede estar bajo detención policial, pareciéndonos que la decisión correcta sería, en todo caso, la de ordenar la inmediata puesta a disposición judicial, ya que de lo contrario la misma autoridad judicial y merced a una disposición legal, estaría generando impunidad, es decir, que la futura sentencia que se pronuncie dentro del proceso penal pueda quedar sin efectividad material.

De manera pues que de *lege ferenda* abogamos por que se diversifiquen las posibilidades legales con las que el juez de *habeas corpus* puede dar por terminado este proceso, a fin de que a causa de él no quede sin efectos materiales la labor de la administración de justicia pero que, en todo caso, se salvaguarde el derecho a la libertad personal cuando éste sea ilegalmente menoscabado.

Una disposición adicional del todo acertada que existe en Colombia es la que se encuentra complementando el artículo 435 del C. P. P., que declara inexistentes todas aquellas medidas que tengan como finalidad impedir la libertad del capturado, cuando dicha libertad se haya concedido a consecuencia de un *habeas corpus*.

Con base en tan acertada disposición, todas aquellas medidas, tanto admi-

nistrativas como judiciales, que se dicten con posterioridad a la puesta en libertad del detenido por virtud de la resolución de *habeas corpus* y tendentes a limitarla, se considerarán inexistentes.

Finalmente, una vez reconocido el *habeas corpus*, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 436 del C. P. P. el juez deberá compulsar copias para que el funcionario competente inicie las investigaciones a que haya lugar. Omite el Código a qué tipo de investigaciones se refiere; nosotros pensamos que a las disciplinarias y penales que puedan devenir como consecuencia de la detención ilegal.

Tampoco se pronuncia el ordenamiento sobre la posibilidad que tiene el juez de *habeas corpus* de recoger el material probatorio tendente a demostrar la responsabilidad de quienes practicaron u ordenaron la detención ilegal; esto último por cuanto la deducción de testimonio, tan sólo se halla prevista por la ley cuando se haya reconocido el *habeas corpus*, y no para los casos en que el mismo es denegado.

Por nuestra parte, ponemos de manifiesto que cuando el *habeas corpus* no prospera, puede dar lugar a un delito de falsa denuncia contra quien lo interpone o de falsedad probatoria, toda vez que la resolución que le concede opera a *contrario sensu* en la compulsación de copias, como prueba de la ilegalidad de la detención por la cual se inicia proceso a quien haya practicado ilegalmente la privación de libertad.

6. Costas

El ordenamiento jurídico colombiano no prevé disposición en igual sentido y nos parece más adecuado en la medida en que el pago de costas procesales puede llevar a graves injusticias, si se tiene en cuenta que la acción puede ser puesta en marcha

por cualquier persona sin necesidad de que concurra con abogado, por lo cual las violaciones de las garantías constitucionales y legales pueden no ser muy claras y aun así llevar al interesado a absentarse pensando en una futura condena en costas.

7. Los medios de impugnación.

El artículo 437 del C. P. P., establece que una vez demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, se decretará la libertad de la persona “capturada”⁹⁶ por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno.

Se observa así claramente que la norma declara improcedente la impugnación del auto estimatorio del *habeas corpus*, vale decir, del auto que concede la libertad personal, pero no se pronuncia sobre aquel que lo niega. Esto ha dado ocasión a un gran debate, relacionado con la posibilidad o no de que sea procedente la interposición y concesión del recurso de apelación contra la providencia que niega el *habeas corpus*.

La evolución jurisprudencial enseña el largo proceso que ha sufrido la interpretación de este artículo para que por fin hoy se admita la impugnación del auto que desestime la pretensión de *habeas corpus*.

Un primer antecedente jurisprudencial lo constituye la providencia de la Corte Suprema de Justicia de 19 de noviembre de 1991, con ponencia del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, en la que se afirmó tajantemente que, sea cual fuere la decisión que se produzca en el proceso de *habeas corpus*, no era susceptible de recurso alguno, y se rechazó la interpretación del órgano *a quo* que permitía la impugnación, y sostuvo, en sentido opuesto, que la reglamentación de esta garantía procesal se exceptiona de los mecanismos propios de la instancia, para

que se sustancie con prevalencia y efectividad, razón por la cual no era viable su impugnación.

En un posterior pronunciamiento de la Sala de Casación Penal, mediante sentencia del 14 de julio 14 de 1992, con ponencia del magistrado Jorge Carreño Luengas, se retoma la anterior jurisprudencia, en la que se recuerda que contra el auto que reconoce el éxito del procedimiento no procede recurso alguno, pero que en caso de improperidad del pedimento, no puede válidamente desprenderse la admisibilidad de la alzada, *pues dentro de una interpretación teleológica emerge justamente y con diafanidad la conclusión adversa*⁹⁷.

Un cambio radical en la interpretación de este precepto opera a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-496 del 3 de noviembre de 1994, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, donde se acepta la impugnabilidad del auto que niega el *habeas corpus*.

Sostiene esta jurisprudencia que la disposición legal que niega la posibilidad de impugnar el auto que concede el *habeas corpus* no puede ser interpretada en otro sentido, ya que al aplicar la regla general sobre la posibilidad de impugnar los autos interlocutorios en el procedimiento penal, según la cual toda providencia interlocutoria puede ser apelada, salvo las excepciones expresamente previstas por la ley, se tiene que, al ser el auto que niega el *habeas corpus* una decisión interlocutoria que no ha sido exceptuada del principio de la doble instancia, debe entenderse que es apelable.

De manera que, gracias a una interpretación afortunada del ordenamiento, hoy se puede predicar la posibilidad de impugnación de tal auto, con la cual estamos de acuerdo. Nada se ha dicho sobre el término que tendría en segunda instancia para sustanciar el recurso, pero ateniéndonos al

principio de celeridad que rige al procedimiento de *habeas corpus*, sostenemos que no pueden superarse otras treinta y seis horas.

MARÍA CRISTINA PATIÑO GONZÁLEZ
Abogada, Universidad Externado de Colombia.
Candidata al Doctorado en Derecho,
Universidad de Salamanca

1. Vide FRIEDRICH A. HAYER. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1975, pp. 26 y 69.

2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-757, de octubre 29 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En igual sentido, MANUEL PORRAS DEL CORRAL. "Sobre la dignidad humana y los derechos fundamentales". *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho, Universidad de Córdoba*, Tomo II, 1984, p. 354; MIGUEL ANGEL ALEGRE MARTÍNEZ. *La dignidad de la persona humana*. Universidad de León, 1996, p. 74.

3. ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86 y ss.

4. JAIME GUASP Y PEDRO ARAGONESES. *Derecho procesal civil*, 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998 (1ª ed., 1956), pp. 45 y ss.

5. La Corte Constitucional colombiana, por su parte, a través de su jurisprudencia se ha esforzado por trazar los caracteres que permitan identificar a los derechos fundamentales como tutelables, ya que al contrario de lo que sucede en España, en donde sólo aquellos derechos enunciados dentro del capítulo constitucional correspondiente a los derechos fundamentales son protegibles por vía de amparo, en Colombia no se los considera exclusivamente a éstos como fundamentales. Al respecto la Sentencia T-002, de 8 de mayo de 1992 con denuncia del magistrado Alejandro Martínez Caballero sostuvo que existen dos criterios principales para determinar si el derecho es fundamental: la persona humana, estableciendo si el derecho resulta esencial a ella, y visto en su dimensión social y el reconocimiento expreso del derecho entendido como una base formal.

6. La doctrina ha insistido en la delimitación de los derechos y libertades susceptibles de ser protegidos por la vía del amparo, al observar que con frecuencia se alegan a través de él otros preceptos constitucionales por medio de los cuales resultan

reconocidos otro tipo de derechos que no aparecen referenciados en el bloque de los fundamentales. Como ejemplo paradigmático de esto podemos citar el derecho a un medio ambiente adecuado. Vide MIGUEL MONTORO PUERTO. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo II, *Procesos de protección de los derechos fundamentales*. Madrid: Codex, 1991, pp. 94-97.

7. VICENTE GIMENO SENDRA. "Naturaleza jurídica y objeto procesal del procedimiento de *habeas corpus*". *Revista Poder Judicial*, N° 11 (junio 1984) p. 77.

8. Esta concepción del *habeas corpus* colombiano como una acción popular no opera, por ejemplo, en España, ya que la LOHC en su artículo 2 establece de manera taxativa quienes se encuentran legitimados para invocar la garantía.

9. Así, el artículo 430 del C. P. P. establece que: «El *habeas corpus* es una acción pública que tutela la libertad personal...».

10. Vide LORENZO M. BUJOSA VADELL. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, *Cit.*, pp. 286-287. En igual sentido, JOSÉ ALMAGRO NOSETE. "El Derecho procesal en la nueva Constitución". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, 1978, pp. 861 y 862; MIGUEL OLABARRI GORTAZAR, define la acción popular, también llamada pública, como «la acción que puede ejercitar cualquier ciudadano, no en defensa de un derecho subjetivo ni de un interés propio, sino del interés público de la comunidad». *Cfr. Diccionario jurídico Espasa*. Madrid, 1992, p. 17.

11. El artículo 1 inciso 1 del decreto 2591 de 1991, expresa a su tenor literal que «*Toda persona* tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario [...] la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales...» (la cursiva es nuestra).

12. Una primera lectura del texto constitucional colombiano como del decreto 2591 que reglamenta la acción de tutela, daría la impresión de ser más restrictivos que el español en esta materia. No obstante, la interpretación jurisprudencial le ha dado considerable amplitud, derivada de una consideración sustancial, no procesal, cual es la de considerar algunos derechos fundamentales de titularidad colectiva. Vide NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO. *Tutela y amparo. Estudio comparativo Colombia-España*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 107-109. Vide además, artículos 1 y 10 del decreto 2591 de 1991, que indican que «*Toda persona* tendrá

acción de tutela para reclamar ante los jueces [...] por sí misma o por quien actúe a su nombre la protección de sus derechos constitucionales fundamentales» y, artículo 10 «La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos».

13. Al respecto, la doctrina colombiana ha sostenido que la acción de tutela no es una instancia, ya que cuando es desarrollada procedimentalmente los jueces no actúan como superiores jerárquicos de la autoridad o de los particulares contra quienes se dirige la acción. Nosotros, en el mismo sentido, pensamos que la sustentación de la postura se encuentra en que cuando el proceso se inicia, la autoridad o particulares contra quienes se dirige no han ejercido jurisdicción, o por lo menos no en el mismo proceso. Por otra parte, también se ha sostenido que la acción de tutela no es un recurso porque la acción del juez de tutela se limita a establecer si se ha vulnerado o amenazado el derecho fundamental, sin entrar en reparos respecto del acervo probatorio acopiado dentro del expediente. *Vide* JORGE ARENAS SALAZAR. *La tutela, una acción humanitaria*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993, pp. 148 y ss.

14. *Vide*, dentro de la doctrina española, FAUSTINO CORDÓN MORENO. *El proceso de amparo constitucional*, 2ª ed., Madrid: La Ley, 1992, pp. 32-35.

15. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido insistente al respecto, enfatizando que «no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especializados, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia del juez [...] la tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental». CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

16. El recurso de amparo ordinario no puede exceder de sesenta o cuarenta y cinco días, dependiendo del caso frente al que nos encontremos, según el artículo 5 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y la acción de tutela debe ser resuelta en el término perentorio de diez días hábiles según el inc. 4 del artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 15 del decreto anteriormente citado.

17. *Vide* HUGO PEREIRA ANABALÓN. “El *habeas corpus* en el ordenamiento jurídico”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* (1988/2) p. 120.

18. *Vide* LUIS SEGOVIA LÓPEZ. “El procedimiento de *habeas corpus*”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, N° 1368 (15 de diciembre 1984) pp. 4 y ss., quien en nuestro concepto acierta en estas apreciaciones frente al *habeas corpus*.

19. Al respecto, el artículo 86 inciso 1 de la Constitución Política establece que la acción de tutela permite reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales «cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública» y el artículo 5 del decreto 2591 de 1991 indica que la acción de tutela procede «contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones y omisiones de los particulares de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este decreto».

20. *Vide* PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. “El amparo judicial de los derechos fundamentales”. En *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 118, quien ilustra las razones por las cuales el recurso de amparo constitucional debe ser posterior al judicial y, MIGUEL MONTORO PUERTO, *Op. Cit.*, p. 98, argumentando que «el proceso de amparo constitucional no está concebido como una vía de carácter primario, sino de índole subsidiario».

21. *Vide* FRANCISCO CAAMAÑO RODRÍGUEZ, en AA.VV. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: Mc.Graw Hill, 1997, pp. 121 y ss.

22. Queremos detallar el estudio que al respecto ha realizado Gimeno Sendra, cuyo aspecto central es tratar de darle solución al interrogante de que si frente a la confirmación del estado de detención ilegal por parte del juez ordinario es posible trasladar el asunto directamente al Tribunal Constitucional o si, por el contrario, debe darse estricto agotamiento de los recursos utilizables por la vía judicial ordinaria, es decir, la interposición previa de apelación, casación, etc.

Este autor plantea una solución: la de permitir a través de una revolucionaria jurisprudencia, que en estos supuestos se permita recurrir a través del amparo directo ante el Tribunal Constitucional, corriendo el riesgo de que se abuse de esta posibilidad, pero garantizando la libertad personal en casos de detenciones ilegales que si se llegare a agotar la vía

judicial previa se podrían perpetuar, mucho más teniendo en cuenta que los plazos judiciales que prevé la LECr, son superados con gran facilidad. Por otra parte, se tiene en cuenta la consideración de que una vez agotada la vía del *habeas corpus*, éste desestimado, y palpable la posibilidad de permanecer meses o años bajo la situación ilegal, es posible que el interesado recurra ante el TEDH sin recurrir previamente al TC en amparo. Por último, considera el profesor Gimeno que al haber ejercido el *habeas corpus*, se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución española, puesto que el proceso preferente y sumario al que se refiere la citada norma y que debe ser agotado en primera medida, es el proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales que sólo es procedente contra los actos lesivos de derechos fundamentales, provenientes del poder ejecutivo, lo que lo limita enormemente. *Vide*, para todo ello, VICENTE GIMENO SENDRA. “Naturaleza jurídica y objeto procesal del procedimiento del *habeas corpus*”, *Cit.*, pp. 77 y 78 y, *El proceso de habeas corpus*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 45-48.

23. *Vide: Gaceta Constitucional*, Nº 5 (15 de febrero de 1991) p. 2.

24. *Gaceta Constitucional*, Nº136 (14 de junio de 1991) p. 15.

25. Según el artículo 417 del decreto 409 de 1971, el *habeas corpus* podía ser invocado por cualquier persona en nombre de quien estaba detenido ilegalmente, su tramitación era breve, ya que se daba un plazo máximo de 24 horas, y conocían de él los jueces municipales del orden penal.

26. Según esta modificación, el *habeas corpus* podía ser interpuesto ante cualquier juez penal del lugar y ya no sólo ante el juez penal municipal, señalando como límite máximo para su tramitación y decisión el de 48 horas. Al establecerse su procedencia cuando una persona fuera capturada con violación constitucional o legal o se promulgara ilícitamente la libertad, creemos que se podía hablar de un *habeas corpus* preventivo.

27. Según este decreto, el *habeas corpus* sólo procedía ante los jueces superiores del lugar en donde se encontraba la persona privada de libertad, se sometía a reparto y se exigía la intervención del agente del Ministerio Público, restringiendo así severamente la efectividad de la garantía.

28. Con este decreto se agrava aún más la tendencia restrictiva del *habeas corpus* al disponer que en los delitos de conocimiento de la justicia regional, que se encarga en Colombia de la investigación de

posterior juzgamiento de las personas procesadas por los delitos de tráfico de estupefacientes y terrorismo, sólo podían ser interpuestos ante el Tribunal Superior de Orden Público, que sólo funcionaba en Bogotá, dificultando así su trámite a los detenidos que se hallaran fuera de la capital.

29. Los jueces especializados, integrantes de la denominada justicia especializada, son los encargados de conocer de los procesos que se tramiten por los siguientes delitos: fabricación y tráfico de municiones y explosivos, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, pistas de aterrizaje ilegales, intimidación por creencias políticas, terrorismo, omisión de informes sobre actividades terroristas, lesiones personales con fines terroristas, corrupción de alimentos y medicinas con fines terroristas, sicariato, pertenencia a bandas de sicarios, testaferreros de narcotráfico, y narcotráfico, según las previsiones de la ley 504 del 25 de junio de 1999, decreto-ley 2790 de 1990, decreto 2266 de 1991, ley 104 de 1993, ley 365 de 1997, entre otros.

30. Artículo 22 del C. P. P., que dispone: «Prevalencia de las normas rectoras.- Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación».

31. Recordamos que el artículo 9.4 del PIDCP establece que «Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal».

32. Recordamos que este artículo 7.6 de la CADH dispone que: «Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona».

33. *Vide* MIGUEL CÓRDOBA ANGULO. “Habeas corpus”. *Revista de Derecho Penal* (Universidad Externado de Colombia, 1998), p. 16.

34. MIGUEL FENECH. *El proceso penal*. Madrid: Aagesa, 1982, pp. 82-83. Afirma el autor que el objeto

del proceso se fija desde el punto de vista fáctico en la representación de la realidad que cada una de las partes 'pretenda hacer valer en el proceso y, de las pruebas que luego se practiquen.

35. Vide JAIME GUASP DELGADO. *La pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 55 y ss.

36. Así, JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA. "Naturaleza jurídica y objeto procesal del procedimiento de *habeas corpus*", *Cit*, p. 78.

37. Vide JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995 (1ª ed., 1987), p. 86, quienes tienen en cuenta para la anterior afirmación lo dispuesto en el artículo 383 del C. P. P., que establece el deber del funcionario judicial de ordenar la libertad del capturado con violación de las garantías constitucionales o legales.

38. Salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero a la Sentencia C-301 de 2 de agosto de 1993.

39. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de enero 27 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

40. El planteamiento de la necesidad de ley estatutaria sólo se ha sostenido con relación al procedimiento mismo de *habeas corpus*. En efecto, en el salvamento de voto presentado por los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero a la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-301 de 2 de agosto de 1993, que declaró exequible el artículo 2 de la ley 15 de 1992 que modificó el artículo 430 del Código Procesal Penal, se expuso:

«1. Por el aspecto formal, es claro que la materia del *habeas corpus* tiene que ser objeto de una ley estatutaria. Así lo demuestran éstas razones elementales:

a) El *habeas corpus*, garantía de la libertad, consagrado por el artículo 30 de la Carta, es uno de los derechos de aplicación inmediata [...]

b) Por referirse a un derecho fundamental, el *habeas corpus* y a los procedimientos y recursos para su protección, el artículo 2 de la ley 15 de 1992, tenía que ser parte de una Ley estatutaria, como lo dispone el literal a) del artículo 152 de la Constitución [...]

41. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 0-24 de 27 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y S-9354 de 30 de octubre de 1996. Magistrado Ponente: Juan Manuel Torres Fresneda.

42. El artículo 28 constitucional dispone en su parte pertinente: «...Nadie puede ser molestado en su

persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley».

43. Refiriéndose a la prisión provisional, el Tribunal Constitucional español, mediante Sentencia 128/1995, de 26 de julio, F. J. 3, sostuvo que su legitimidad constitucional «exige que su configuración y aplicación, tengan como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines dichos».

44. ALBERTO JORGE BARREIRO. "La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal". En *Detención y prisión provisional, Cuadernos de Derecho judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 56, quien estima que su estudio consiste en un análisis probabilístico relativo a la intervención del imputado en los hechos que se investigan, de manera que no se restrinjan derechos fundamentales sin una probabilidad clara de que en su momento, dicho individuo pudiera ser condenado.

45. En nuestro país el requisito del *fumus boni iuris* puede ser colegido de las circunstancias que originan la captura en flagrancia y de los requisitos sustanciales que deben concurrir para imponer medida de aseguramiento a los imputables, es decir, por lo menos un indicio grave de responsabilidad, basado en el material probatorio producido legalmente en el proceso.

46. La Corte ha ahondado en el asunto diciendo que el motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto de hechos articulados «que permiten inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o participe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado». Vide CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024, de 27 de enero de 1994, *Cit*.

47. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de enero 27 de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

48. *Ibidem*.

49. JESÚS MARÍA CASAL HERNÁNDEZ. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de iden-*

tificación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 70. Para este autor también debe hacerse un estudio sobre la existencia de una relación proporcionada entre el sacrificio del derecho fundamental a la libertad personal y el interés público que se intenta salvaguardar. Nosotros, con Banacloche Palao, pensamos que esta adecuación del principio de proporcionalidad también debe realizarse en el momento de legislar, pues una vez el juez recoge esa valoración al juez sólo le queda aplicarla, so pena de incurrir en prevaricación. *Vide*: BANACLOCHE PALAO. *La libertad personal y sus limitaciones*, *Cit.* p. 219.

50. JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO. “Hacia la reforma de la prisión provisional”. *Revista Justicia*, 1988-1, p. 73.

51. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 27 de enero de 1994, *Cit.*

52. GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Madrid: Edersa, 1990, pp. 328-330, esp. 329.

En España será necesario valorar en cada caso concreto el principio de proporcionalidad, unido a los de congruencia y oportunidad por expreso mandato de artículo 1. c) de la Ley Orgánica 2 de 1986 de marzo 13, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin que baste la existencia de una necesidad abstracta del uso de la fuerza, toda vez que es necesario que dicha necesidad se presente en concreto. *Vide* FRANCISCO ALONSO PÉREZ. *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Madrid: La Ley, 1997, p. 296.

53. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010 de 20 de enero de 1994, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz, sostuvo: «Como se ha señalado, con el *habeas corpus* se podrá asegurar la protección de la libertad física y personal frente a los atentados de que se pueda ser objeto por la actuación de cualquier autoridad pública. Además, en principio no es propio de la acción comentada su uso para precaver violaciones a la libertad física que puedan provenir de decisiones de los particulares, como por ejemplo la reclusión en un centro religioso o el forzoso internamiento en un centro psiquiátrico, o educativo, o familiar, o la hipótesis del secuestro, en cuanto es posible que por el desarrollo de los fenómenos sociales se pueden presentar abusos en este campo, que pueden ser corregidos excepcionalmente también por el *habeas corpus*, y residualmente por la acción de tutela».

54. Salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro

Martínez Caballero, a la sentencia de la Corte Constitucional C-010 de 20 de enero de 1994.

55. Salvamento de voto del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 16 de mayo de 1995, radicado número S-9731-95.

56. También en este sentido se ha pronunciado el TEDH en sentencia del 17 de marzo de 1997, asunto *Muller contra Francia*, en la que se aprecia que dicho Tribunal siempre cuenta a partir de la fecha de la detención para considerar cualquier efecto.

57. *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 86/1996 de 21 de mayo, F.J. 3, según la cual la duración del tiempo de detención comienza a contar desde el momento en que se materializa la privación de libertad y no desde el que se formaliza documentalmente la situación, ya que la detención del artículo 17 de la Constitución española «no es una pura situación fáctica». Se retoma la doctrina expuesta en STC 98/1986, F.J. 4.

58. Con esta expresión “termino de la distancia” el ordenamiento jurídico colombiano hace referencia al tiempo en que dure el traslado del detenido desde el lugar en el que se materializó la privación de libertad hasta el sitio en que es puesto a disposición de autoridad jurisdiccional.

59. El artículo 317 del C. P. P. regula la captura en flagrancia (como excepción al artículo 28 constitucional, según el cual sólo se puede ser privado de libertad en virtud de orden judicial), e impone el término en el que debe ser llevado el privado de libertad ante la autoridad jurisdiccional, toda vez que como se ha visto, la ley faculta a cualquier ciudadano a realizar la captura cuando se presenta flagrancia. Esta misma regulación es aplicable a los casos de captura públicamente requerida, por expreso mandato del artículo 372 del C. P. P. De manera que la regulación interna colombiana se halla acorde con la regulación internacional.

60. Artículo 379 del C. P. P.

61. Artículo 371, inciso 1º del C. P. P.

62. Artículo 372 del C. P. P.

63. Artículo 58 del decreto 1355 de 1970.

64. JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, *Cit.*, p. 126.

65. JAVIER GÁLVEZ MONTES y OSCAR ALZAGA VILLAAMIL. “Comentarios a las leyes políticas. Artículo 17. Tomo II, artículos 10 a 23”. *Revista de Derecho Público*. Madrid: Edersa, 1984, p. 409.

66. Este artículo debe interpretarse en armonía con el artículo 383 del C. P. P. que ordena a la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre una persona

capturada con violación de las garantías constitucionales o legales, que ordene su inmediata puesta en libertad y que igualmente se proceda cuando la persona es capturada en flagrancia, por un delito que exija querrela y ésta no se haya interpuesto.

67. Las principales formas en que se tortura en Colombia a los detenidos son resumidas por la CIDH y recogidas por la Corte Constitucional en una importante sentencia en la que se declara la posibilidad de que también los particulares puedan actuar como sujetos activos del delito de tortura. En todos estos casos, procederá el *habeas corpus*: plantones al sol de día y de noche, ahogamientos y sumergimientos en agua, aplicación del “submarino”, venda en los ojos hasta por 12, 17 y 20 días, vendado y amarrado por 47 días, sometimiento a golpes en el cuerpo con palos y a patadas, impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo, amenazas de muerte al detenido, la familia y amigos, colgaduras atados de las manos, prohibición de agua y alimento hasta por 4, 7 y 8 días seguidos, simulacros de disparos en la cabeza, esposados de las manos, torturas a otras personas cerca de la celda para que se escuchen los gritos, incomunicación, palpitación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo, asfixia, lavadas, caminar de rodillas, torturas psicológicas, sumergimiento en un lago amarrados, quemaduras con cigarrillos, sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlos como escudos humanos esposados y vendados, simulacros de fusilamiento mientras e está vendado a un árbol, introducción de armas en la boca y rotura de los nervios como consecuencia de colgamientos, sumergimiento desnudos en un río, negativa de asistencia médica para embarazo, fractura de costillas, amenaza de traer a sus familiares para torturarlos frente a ellos y contemplación de torturas frente a otras personas. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-587-92, de 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón, asunto *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 279 del decreto 100 de 1980 (Código Penal)*.

68. ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE. *Derecho procesal penal*, Madrid: Tecnos, 1986, p. 188.

69. JOSÉ CHIOVENDA. *Principios de Derecho procesal civil*. Traducción de la 3ª ed. italiana por José Casais Santalo. Madrid: Reus, 1977, pp. 625 y ss.

70. PIERO CALAMANDREI. *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 146 y ss.

71. Los contenidos de esta sentencia fueron reiterados en su totalidad por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de julio 28 de 1995, S-9444, Magistrado Ponente: Juan Manuel Torres Fresnada.

72. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010 de enero 20 de 1994. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

73. A través de esta ley se adoptaron como legislación permanente los artículos 1º, 3º y 4º del decreto 1156 de 1992.

74. Esta sentencia tuvo como ponente al magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente queremos advertir que después de haberse dictado ésta sentencia, la norma fue nuevamente demandada y la Corte, mediante sentencia C-020 de enero 27 de 1994 con ponencia del mismo magistrado de la anterior, puso de manifiesto que de conformidad al artículo 243 constitucional, los fallos de la Corte proferidos en ejercicio del control constitucional hacen tránsito a cosa juzgada, por lo cual no resultaba procedente volverse a pronunciar.

75. En Colombia rige un sistema procesal mixto con tendencia acusatoria, según el cual la Fiscalía General de la Nación, que forma parte de la Rama Judicial, se encarga de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, salvo excepciones legales en las que se le atribuye competencia a los jueces para adelantar ambas etapas procesales, como por ejemplo, cuando se incrimina a un congresista, caso en el cual la Corte Suprema de Justicia adelanta tanto la investigación como el juicio. *Cfr.* artículos 235 numerales 3, 249 incisos 3 y 250 de la Constitución Política. Con la entrada en vigor de la Constitución de 1991 desaparecen los Juzgados de Instrucción de guardia y sus funciones son asumidas por las nuevas Fiscalías de turno.

76. Recordamos que en Colombia la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y lleva a cabo la labor de investigar los delitos y acusar ante los jueces de la República a sus presuntos infractores. *Cfr.* artículo 249 constitucional, 1º del decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991 y 11 de la ley estatutaria 270 de 1996.

77. Frente a este artículo se han pronunciado tanto la Corte Suprema de Justicia como la Constitucional. La primera de las citadas, mediante providencia del 3 de marzo de 1993, sostuvo que la Constitución ha establecido «un sistema procesal mixto con tendencia acusatoria, según el cual la función de investigación de delitos y la acusación corresponden de manera exclusiva y autónoma a la Fiscalía General

de la Nación y sus Fiscales Delegados, señalando que el Juez competente sólo puede conocer del proceso en la etapa de juicio para dictar la sentencia [...] Para garantizar la autonomía de la Fiscalía en esta función de investigación e impedir la interferencia de funcionarios ajenos a ella, el artículo 122 [del C. P. P.], estableció que dentro de la Fiscalía habrá funcionarios encargados de tramitar y resolver los recursos de apelación y de hecho interpuestos contra las providencias interlocutorias, proferidas por el fiscal delegado o la unidad de fiscalía que dirija la investigación».

La Corte Constitucional por su parte mediante sentencia C-395 de 8 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, declaró la constitucionalidad del artículo 414A, exponiendo como uno de sus fundamentos, que el artículo 116 de la Constitución Política, la Fiscalía administra justicia.

78. Vide FRANCESCO CARNELUTTI. *Instituciones del proceso civil*, Vol. I. Traducción de la 5ª ed. italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1973. PIERO CALAMANDREI. *Instituciones de Derecho procesal civil*, Vol. II, *Cit.*, pp., 172 y ss., quien explica que con base en este factor de competencia se busca “localizar” las causas, es decir, considerarlas como situadas en un espacio, estableciendo una vinculación entre cada una de ellas y la circunscripción territorial del juzgado. Para Claria Olmedo la distribución territorial de la justicia busca un acercamiento de la autoridad judicial al lugar del hecho para favorecer la defensa en el juicio y al mismo tiempo la eficacia en la formación de las diligencias y el éxito de los debates. Vide JORGE A. CLARIA OLMEDO. *Tratado de Derecho procesal penal*, Vol. II, *Cit.*, p. 182.

79. VICENZO MANZINI. *Tratado de Derecho procesal penal*, *Cit.*, pp. 117-119.

80. Esta categoría competencial tiene como característica la de ser absoluta e improrrogable. Vide JOSÉ CHIOVENDA. *Principios de Derecho procesal civil*, Tomo I, *Cit.*, pp. 678-679 y artículo 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

81. Para Manuel Serra Domínguez, la legitimación puede contemplarse desde dos perspectivas diferentes: la legitimación material, derivada de la titularidad efectiva por las partes litigantes de la relación jurídica deducida en el proceso y, la legitimación procesal, que consiste en la determinación de las personas que pueden intervenir en un proceso concreto. MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ. “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal,

representación y legitimación”. *Revista Poder Justicia*, Nº 2, 1987, pp. 289 y ss, esp. 306 y ss.

82. Vide LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ. *Tratado de Derecho procesal civil*, 2ª ed. Tomo I, Pamplona: Aranzadi, 1985, pp. 314 y ss. Respecto a éste tema también puede verse JUAN MONTERO AROCA. *La legitimación en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1994.

83. Vide FAUSTINO CORDÓN MORENO. “De nuevo sobre la legitimación”. *Revista de Derecho procesal*, 1997, Nº 1, Madrid: Edersa, 1997, pp. 45 y ss. Para el autor, esta definición es precisamente la que provoca una disociación entre los conceptos de titularidad de la relación jurídica sustancial y la titularidad de hacerla valer en el proceso.

Sobre la teoría de la legitimación procesal activa se ha dicho que es aquella “que sirve para determinar la parte que jurídicamente debe figurar como tal en el proceso”. MANUEL MORÓN PALOMINO. “Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa”. *Revista de Derecho procesal Iberoamericano*. Madrid, 1978, p. 909.

84. LORENZO M. BUJOSA VADELL. “Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la Acción Popular”. *Revista Justicia*, Nº 1, 1990, pp. 101 y ss., especialmente 115 y ss.

85. Sentencia del Tribunal Constitucional español 86/1996, de 21 de mayo. De ello deduce el Tribunal Constitucional que resulta indiferente que en la solicitud se den detalles sobre la hora a la que se produjo la detención, ya que la persona que invoca el *habeas corpus* puede no ser el afectado y, por tanto, no tener conocimiento directo de ellos.

86. Sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1995 de 28 de febrero en la que el Tribunal manifiesta que, aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel importante para su ordenación, no toda irregularidad formal puede constituir un obstáculo insalvable para su prosecución.

87. Según el artículo 292 de la LECr, todos los funcionarios de policía se encuentran en la obligación de insertar en el atestado policial todas las declaraciones que se formulen tanto favorables como desfavorables al presunto reo.

88. LUIS ALFREDO DE DIEGO DÍEZ. *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 24 y 25.

89. Sentencia CteIDH de 26 de junio de 1987, Serie C, Nº 1, asunto *Velásquez Rodríguez*.

90. Al efecto, el artículo 7 de la LOHC, dispone el deber de escuchar al letrado por parte de la autoridad

que preside el proceso de *habeas corpus* y el pronunciamiento que debe realizar sobre el material probatorio que éste, junto a otros sujetos procesales, solicite.

91. El artículo 433 del C. P. P. utiliza la expresión “capturado” con la cual nos encontramos en desacuerdo, ya que puede suceder que la persona cuya detención se reputa ahora como ilegal no haya sido capturada en el sentido técnico de la palabra, como ocurre con aquél a quien se detiene con posterioridad a haber rendido diligencia de indagatoria o a quienes han realizado presentación voluntaria ante las autoridades. Proponemos entonces, que en una posterior regulación se empleen los términos “privado de libertad” o “detenido”.

92. En éste sentido también, LUIS ALFREDO DE DIEGO DíEZ. *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, Cit., p. 27. Debido a que en éstos supuestos se origina delito, el juez deberá incoar inmediatamente diligencias previas.

93. Nos encontramos en desacuerdo con Gimeno Sendra, cuando manifiesta que con la sola presencia del juez en el lugar de detención, ésta pasará a tornarse en una detención judicial. Opinamos por el contrario que la detención es judicial sólo cuando el detenido es puesto a disposición judicial o cuando la privación de libertad ha sido ordenada por el juez, por tanto si la detención fue practicada por la autoridad administrativa sin autorización judicial, no basta con que el juez se constituya en el lugar de la detención, es necesario que el detenido sea puesto a su dispo-

sición. GIMENO SENDRA. *El proceso de habeas corpus*, Cit., pp. 110 y 111.

94. *Ibid.*, p. 109, deducción a la que llega a través de la interpretación de los artículos 290 y 291 de la LECr, 35 de la L.O. 2/1986 y 17 del real decreto 769/1987.

95. ANGEL-VICENTE ILLESCAS RUS. “El proceso de *habeas corpus* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Cit., p. 4608.

96. Nuevamente aquí ponemos de manifiesto nuestra crítica al reiterado uso de la expresión “capturada”, toda vez que la violación de las garantías constitucionales o legales puede no devenir del acto mismo de captura. Es más, como hemos dicho puede que la privación de libertad haya surgido con la entrega voluntaria, por lo cuál el término aducido resulta inadecuado.

97. En sentido similar se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá en auto de 18 de marzo de 1993, Magistrado Ponente: José Ignacio Soto Cano, al considerar que el término de 36 horas establecido por la Constitución y la ley indica que el proceso se debe desatar en una única instancia, puesto que es físicamente imposible que el recurso se pueda tramitar en ese período. También se afirmó de manera errónea que si el auto que decreta el *habeas corpus* es interlocutorio, el que lo niega no necesita tales formalidades, es decir, sería un “auto de sustanciación motivado” que con más razón es inimpugnable. Olvida con ello el Tribunal que una postura en tal sentido atenta contra el derecho al debido proceso y al derecho de defensa.