

En este capítulo serán objeto de análisis dogmático cuatro tipos penales que tienen que ver con la prohibición de la detención arbitraria de las personas, que son: la privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de la libertad, la detención arbitraria especial y el desconocimiento de *hábeas corpus*¹⁰⁶.

La legislación internacional suscrita por Colombia establece que ninguna persona puede ser privada de la libertad de manera arbitraria. Así lo disponen la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948, art. 9) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado mediante la Ley 74 de 1968: “Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias” (ONU, 1966). Por su parte, la *Convención Americana de Derechos Humanos*, ratificada por la Ley 16 de 1972, establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas” (OEA, 1969). Igualmente, en la legislación internacional tiene fundamento el *hábeas corpus*, que como acción y derecho fundamental garantiza la protección de la libertad individual contra las detenciones arbitrarias.

En el sistema penal colombiano la libertad de toda persona constituye la norma general y la restricción a la misma tiene una serie de límites. Toda persona es libre, aunque se reconoce que esta situación puede ser afectada con la pérdida de la libertad bajo determinadas condiciones. De hecho, para la privación de la

106 Estos tipos penales corresponden a los artículos 174, 175, 176 y 177, en el orden en que fueron nombrados.

libertad de una persona, primero se debe atender el principio de la reserva judicial (Const., 1991, arts. 28, 30, 32), debido a que la pérdida de la libertad solo puede ser ordenada, por escrito, por la autoridad competente (juez de control de garantías), con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados. Estos le permiten inferir al juez si la persona contra quien se pide librar la orden de captura es probablemente o no el autor o partícipe del delito que se investiga y si es necesaria la privación de la libertad, según la petición hecha por el respectivo fiscal (Código Procedimiento Penal, 2004, art. 297).

Igualmente, para imponer la privación de la libertad como medida de aseguramiento (detención preventiva), esta debe ser dispuesta por el juez de control de garantías (Código Procedimiento Penal, 2004, arts. 306 - 308) o, en el caso de una sentencia condenatoria, por un juez de conocimiento (Código Procedimiento Penal, 2004, arts. 450 y 451). En algunas situaciones se presentan excepciones frente a quién puede imponer dicha privación. Una de ellas es la captura en flagrancia, que puede ser realizada por cualquier autoridad o persona particular (Código Procedimiento Penal, 2004, art. 301, 302). La otra corresponde a la captura excepcional, dispuesta por la Fiscalía General de la Nación con el arreglo al artículo 300 del Código de Procedimiento Penal.

La flagrancia, como excepción a la reserva judicial, tiene su fundamento en la proximidad de ocurrencia del delito, en su actualidad y en la identificación o individualización del autor. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que la flagrancia corresponde a

una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades [o de los particulares], cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 2012).

Aparte del principio de reserva judicial existe el de la reserva legal (Const., 1991, arts. 28, 29), que implica que la restricción de la libertad solo puede ser autorizada por los motivos establecidos previamente en la ley. Para los casos

•De la detención arbitraria•

regulados por la Ley 906 del 2004, toda privación de la libertad debe ser sometida a control judicial de inmediato y a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes a que se haya retenido a la persona.

Por otra parte, la ley establece términos procesales perentorios para la investigación y el juzgamiento de las personas, los cuales pretenden garantizar la efectividad de los derechos del procesado (Corte Constitucional, Sentencia C-390, 2014), entre ellos, el derecho a que no ocurra durante el proceso la privación ilegal de la libertad o la prolongación ilícita de la misma.

Privación ilegal de la libertad

La privación ilegal de la libertad está tipificada, en el artículo 174 del Código Penal del 2000, con una pena de prisión de cuarenta y ocho a noventa meses. El supuesto de hecho es similar a los contenidos en los Códigos Penales de 1936 (artículo 295) y de 1980 (artículo 272), con la diferencia de que éste último contemplaba una pena de prisión entre uno y cinco años, así como establecía, como pena principal, la pérdida del empleo (Código Penal, 1980, art. 272).

Para que el supuesto de hecho se perfeccione, se requiere:

- Que la calidad del sujeto activo sea la de servidor público en cualquiera de las ramas del poder y de sus dependencias o entidades.
- Que el hecho sea el de privar a una persona de su libertad personal.
- Que tal privación de la libertad se ejerza con abuso de la funciones públicas, esto es, sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.

La clasificación del tipo penal

Es un tipo de resultado, porque se requiere efectivamente la privación material de la libertad. Es también un tipo de lesión, porque vulnera la libertad individual. De igual forma es un tipo de conducta permanente, porque la antijuridicidad se prolonga por el tiempo que dure la privación de la libertad. Finalmente, es pluriofensivo, porque no solamente afecta la libertad individual, sino también a la familia, a la dignidad humana, entre otros bienes jurídicos.

El tipo objetivo

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo es singular y está cualificado por el vínculo con el Estado, conforme a la definición y alcance que le da el artículo 20 del Código Penal. Para este caso el servidor público debe tener competencia funcional, es decir, facultad para privar de la libertad a las personas, pero lo hace abusando de sus funciones.

Este delito, aunque está cualificado en el sujeto activo, admite la intervención de particulares como partícipes (Código Penal, 2000, art. 30). De igual manera, por tratarse de un delito permanente en el que se mantiene la situación antijurídica de privación de la libertad, se pueden dar la autoría y participación después de haberse concretado el acto de retención. Por otra parte, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona susceptible de ser destinataria de una medida privativa de la libertad. En este caso, el sujeto pasivo y el objeto material son la misma persona, que es el titular del bien jurídico de la libertad individual y sobre la cual recae la acción de la privación de la libertad.

b. La conducta. El tipo penal emplea un solo verbo rector (simple), privar a otro de la libertad. Viene del latín *privare*, que significa quitar, despojar o suprimir (RAE, 2014) la libertad de locomoción de la persona. De esto se deduce, entonces, que es una conducta que sólo se puede cometer por acción.

Por principio constitucional, como se ha dicho, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito por parte de una autoridad judicial competente, con las formalidades legales requeridas y por motivo previamente definido en la ley (Const., 1991, art. 28). Por ello, la conducta de privación ilegal de la libertad viola el artículo 28 de la Carta Política, en cuanto el servidor público actúa de forma contraria a la protección de la libertad, conforme lo exige dicha norma, y las limitaciones que expresamente establece para restringir un derecho fundamental como es la libertad individual.

Las personas pueden ser privadas de la libertad, con violación de las garantías constitucionales o legales, en varios casos. Uno de ellos se puede presentar, como ha dicho la Corte Constitucional, cuando

una autoridad priva de la libertad a una persona en lugar diferente al sitio destinado de manera oficial para la detención de personas, o lo hace sin mandamiento escrito

•De la detención arbitraria•

de autoridad judicial competente, o lo realiza sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, o por un motivo que no esté definido en ésta¹⁰⁷ (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

También puede suceder “que sea la propia autoridad judicial, la que al disponer sobre la privación de la libertad de una persona, lo haga sin las formalidades legales o por un motivo no definido en la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

c. El elemento normativo: abuso de las funciones. El Código Penal del 2000, al igual que el de 1980, tiene un elemento normativo que exige la privación de la libertad por el abuso de las funciones del servidor público, es decir, dentro de su órbita de competencia funcional establecida en la ley, pero de manera ilegal o arbitraria, porque el sujeto activo no la ordena por motivos razonablemente fundados o de acuerdo con las formalidades legales.

El servidor público que realiza la conducta debe tener la competencia funcional para privar de la libertad a una persona, acción que efectúa arbitrariamente, es decir, sin el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales que le deben servir de fundamento. De igual manera, puede ejecutar esto sin las formalidades legales o sin que la norma jurídica autorice la captura, es decir, de manera ilegal. Si el servidor público no tiene dichas funciones o no las ejerce en el momento de la realización de la conducta, no se considera que abuse de ellas. Por tanto, si priva de la libertad a una persona sin tener la competencia funcional para ello, incurre en el delito de secuestro.

La privación de la libertad puede ser producto de una decisión caprichosa o arbitraria del servidor público, aun cuando este sea el fiscal competente para realizar la investigación y actúe en ejercicio del artículo 300 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el cual faculta a la Fiscalía para ordenar la captura excepcional. Así mismo, es arbitraria cuando es el juez el que autoriza tomar esa determinación sin que existan motivos razonablemente fundados o la necesidad para

.....
107 Dice la Corte Constitucional:

En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año de 1979 sobre el caso Argentino, esta Comisión recomendó que para evitar que se produzcan nuevos casos de desaparición, crear un registro central de detenidos que permita a los familiares de éstos y a otros interesados conocer, en breve plazo, las detenciones practicadas; ordenar que éstas detenciones sean llevadas a cabo por agentes debidamente identificados e impartir instrucciones a fin de que los detenidos sean trasladados sin demora a lugares específicamente destinados al objeto (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

ello. La privación ilegal también se puede presentar en aquellos procesos que están regulados por la Ley 600 del 2000, cuando el fiscal la ordena y no se cumplen los requisitos para afectar la libertad de una persona con el objeto de recibirle indagatoria o para imponerle la detención preventiva.

También los policías, con base en las atribuciones del anterior Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), privaban ilegalmente la libertad de las personas. Un ejemplo de ello es que la Policía Nacional realizaba retenciones transitorias de la libertad hasta por 24 horas contra personas que no tenían orden judicial en ese sentido y no se encontraban en situación de flagrancia en la comisión de un delito. Esto, prevalidos de lo dispuesto por el artículo 207 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), que establecía como contravención deambular en estado de embriaguez y no consentir en ser acompañado al domicilio y encontrarse en estado grave de excitación que implicara que se pudiera cometer una inminente infracción a la ley penal.

Estas disposiciones le concedían amplias facultades a los policías para valorar a las personas en su estado de “embriaguez” o de “excitación” y así aplicarles la medida privativa de la libertad, como también daba lugar a abusos policiales. Recurriendo a esta norma, encubrían la privación de la libertad que ejercían sobre ciudadanos del común, trabajadores sexuales¹⁰⁸, estudiantes, vendedores ambulantes, población LGBTI¹⁰⁹, drogodependientes y personas pobres¹¹⁰, a las cuales, en contra de las garantías establecidas por la Carta Política, se les violaba también su derecho a la intimidad “en la medida en que durante la privación de la libertad son vigiladas y observadas” (Lalinde Ordóñez, 2015, p. 77).

Aunquela Corte Constitucional consideró que el artículo 207 facilitaba la aplicación de “sanciones disfrazadas”, prefirió conminar al legislador para que expidiera una nueva normatividad que garantizara los derechos, en vez de declarar inexecutable la norma, argumentando que no se debía privar a la policía de un mecanismo destinado, supuestamente, a garantizar la protección de las personas y a prevenir

108 Para ver más al respecto, visitar [Elespectador.com](http://www.elespectador.com), el artículo: *Así maltratan a las trabajadoras sexuales en Bogotá*, en <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/asi-maltratan-trabajadoras-sexuales-bogota-articulo-670304>.

109 Para ver más al respecto, visitar [Colombiadiversa.org](http://colombiadiversa.org), el artículo escrito por Catalina Lleras Cruz (2008-2009): *Abuso policial: autoritarismo en la arbitrariedad legal*, en <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-informe-dh-2008-2009-capitulo-3.pdf>.

110 Para ver más al respecto visitar [Elespectador.com](http://www.elespectador.com), el artículo de Mauricio Albarracín: *UPJ: la cárcel de los jóvenes pobres*, en <http://www.elespectador.com/opinion/upj-carcel-de-los-jovenes-pobres>.

•De la detención arbitraria•

posibles conductas delictivas¹¹¹ (Corte Constitucional, Sentencia C-199, 1998). El plazo dado al legislador se venció el 20 de junio del 2008 sin haber expedido norma alguna.

La decisión tomada por la Corte Constitucional fue realmente contradictoria, porque si ya aceptaba que la norma facilitaba los abusos policiales, so pretexto de la protección de las personas en estado de embriaguez o de grave excitación, la debió haber declarado inexecutable para así no permitir que continuaran presentándose esos casos de abuso policial y de real violación de la libertad individual de las personas que a posteriori fueran retenidas.

Finalmente fue expedida la Ley 1801 del 2016 (Código Nacional de Policía y convivencia)¹¹², la cual rige a partir del 29 de enero del 2017. De esta se espera

.....
111 Dijo la Corte, respecto al artículo 207, que la intervención de la Policía debía tener como finalidad la protección de la persona y la prevención, para así salvaguardar valores constitucionales como la vida o la integridad personal. Se argumentó que una persona en estado momentáneo de debilidad podía llegar a afectar los intereses de terceros. Así mismo, que era un hecho ineludible que el consumo de alcohol y los estados de intensas emociones, en un elevado número de personas, "ocasionan el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas" (Corte Constitucional, Sentencia C-199, 1998). Además, que esta medida también protegía al sujeto sobre el cual recaía, porque en un estado transitorio de incompetencia para tomar decisiones libres él mismo podría atentar contra su vida o su salud o provocar a otros para que lo hicieran.

De esta manera, puede considerársele como una medida correctiva eficaz, en razón del estado de incompetencia transitoria del sujeto, que es el supuesto fáctico en el que se funda y justifica esta medida de protección. En caso de embriaguez, la policía debe intentar acompañar a la persona a su lugar de residencia, pero ante su renuencia, no les queda otro camino que conducirla a la estación.

Sin embargo, cabe advertir que en la apreciación de las circunstancias que la motivan, las autoridades de policía, como autoridades administrativas, no pueden excederse en el ejercicio de sus funciones en relación con los objetivos perseguidos por la norma, pues con el argumento de que una persona se encuentra embriagada o en estado de grave excitación, no puede eliminarse el ejercicio legítimo de sus derechos. Por ello, la autoridad de policía, al ejercer esta función preventiva, debe justificar la retención con motivos fundados, objetivos y ciertos.

Por otra parte, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-720 del 2007, dijo que la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y respetando las siguientes garantías constitucionales:

- i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición (Corte Constitucional, Sentencia C-720, 2007).

112 Dice el artículo 155 del Código Nacional de Policía, que la protección a la persona será realizada por la policía cuando esta deambule en estado de indefensión o de grave alteración del estado de conciencia, debido a aspectos de orden mental y bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas. Dice que la policía debe entregar la persona a un allegado o pariente que asuma la protección. Cuando el traslado sea el único medio disponible para evitar el riesgo a la vida o a la integridad de la persona y de la de terceros, se llevará a la persona a un centro asistencial o de protección, de salud u hospital o a un lugar especialmente destinado por

que a través de la utilización de los procedimientos establecidos en el artículo 155, se logre garantizar tanto el respeto a la libertad individual como una real protección de las personas, especialmente cuando su vida e integridad estén en riesgo o peligro. Si el motivo de retención no es fundado y constituye una arbitrariedad, el funcionario comete el delito de privación ilegal de la libertad y tanto el retenido, como cualquier otra persona, podrán interponer, en cualquier momento, la acción de *habeas corpus*.

Por otra parte, el Ejército colombiano incurre en detenciones arbitrarias, prohibidas por la Constitución Política, en las jornadas de reclutamiento que realiza, desconociendo el debido proceso, el cual ha sido establecido por la Ley 48 de 1993. Mediante dichas jornadas, numerosos jóvenes de sexo masculino que llegan a la mayoría de edad, son detenidos y llevados a batallones militares para efecto de la prestación del servicio militar obligatorio (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011).

El artículo 14 de la Ley 48 de 1993 faculta a las autoridades militares para compeler al hombre que llegue a la mayoría de edad, sin haber dado cumplimiento a la obligación de inscribirse, para efecto de cumplir con el servicio militar obligatorio. El verbo compeler es muy ambiguo “y presenta serios problemas constitucionales en su aplicación, pues da lugar a que sea interpretada en el sentido que autoriza detenciones arbitrarias que vulneran la reserva judicial prevista en el artículo 28 constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011). La Corte advierte que la retención solo puede ser momentánea y para efecto de verificar o realizar la respectiva inscripción, en ningún caso con el propósito de someterlo a exámenes o de incorporarlo a las filas.

la administración municipal para tal fin. Según sea necesario o en cuanto sea posible, se le intentará llevar a su domicilio. En ningún caso se harán traslados a sitios destinados a la privación de la libertad y la duración de estos no podrá ser mayor a doce horas. En todo caso, se agrega que la policía deberá obrar por motivos fundados y con base en los principios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y legalidad.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-281-17, condicionó este artículo

en el entendido de que (i) el traslado de protección “a un lugar destinado para tal fin” solo se podrá aplicar en los municipios que cuenten con los lugares adecuados de atención y protección de personas trasladadas. (ii) en el informe escrito exigido por el parágrafo 3° del artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 se deberá incluir, además de la causal invocada, los hechos que dieron lugar al traslado y las razones por las cuales se considera que esos hechos caben dentro de la causal, y (iii) la persona sujeta al traslado podrá solicitar la cesación del mismo al superior jerárquico que haya recibido el informe (Corte Constitucional, Sentencia C-281, 2017).

El concurso con otros delitos

Este se produce cuando la privación ilegal de la libertad es delito medio para la comisión de otro delito fin, por ejemplo la concusión (Código Penal, 2000, art. 404), en el que aquella tiene como objetivo constreñir al capturado a dar o prometer dinero o cualquier utilidad. También ocurre en concurso con el cohecho (art. 405) o la falsificación de documentos, para obtener que se prive ilegalmente de la libertad a una persona.

La descripción típica de la privación ilegal de la libertad no concurre con el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (Código Penal, 2000, art. 416), pues este quedaría subsumido dentro de la primera, por tratarse de un abuso de autoridad consignado en un tipo penal especial.

La tentativa

Como se trata de un tipo penal de resultado, que exige la efectiva privación de la libertad para que se perfeccione la conducta, este admite el grado de tentativa. Todos los actos ejecutivos realizados para la privación de la libertad, conforme lo dispone el artículo 27, sin que esta sea consumada, se tendrán como tentativa, por ejemplo, cuando se libra la orden de captura ilegal pero esta no se logra llevar a cabo.

El tipo subjetivo

La conducta debe realizarse a título de dolo, lo cual supone que el sujeto agente actúe con conocimiento y voluntad (Código Penal, 2000, art. 22), por lo que debe tener claro cuáles son los elementos del hecho punible. Así, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que una de las características del tipo penal es

la indubitable consciencia de que al privar de la locomoción a una persona, estaría contrariando el ordenamiento legal, en tanto no se cumplen los presupuestos legales para ello. Por otro lado se integra como elemento la voluntad, pues a pesar de la claridad que se tiene de la ilegalidad que comporta privar a la persona de la libertad, se opta por realizar dicho comportamiento de manera libre y autónoma (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 39109, 2012).

Los errores invencibles excluyen la responsabilidad. Por no estar descrita expresamente una conducta culposa, solamente es sancionable al sujeto agente cuando la ha realizado con dolo.

Diferencias del delito de privación ilegal de la libertad con el delito de secuestro

Ambos tipos penales tienen en común que, para su tipificación, se requiere que se prive de la libertad a una persona y por ende se afecte efectivamente el bien jurídico de la libertad individual. Sin embargo, es fundamental entender las diferencias entre estos delitos.

Si bien el tipo penal del secuestro es de sujeto activo indeterminado, este puede ser realizado no solamente por el particular, sino también por el servidor público, e incluso su condición puede ser un agravante cuando se trata del secuestro extorsivo (Código Penal, 2000, art. 170). Respecto a esto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la conducta del servidor público debe calificarse como secuestro cuando no actúa prevalido de la competencia funcional para privar de la libertad a una persona, sino que se aprovecha de su condición de servidor público para lograr, con alguna facilidad, la retención, sin que la conducta tenga relación alguna con la función misma. Por ejemplo, los casos en que los actores, aprovechando su condición de miembros de la policía judicial, “privaron de la libertad a varias personas, no con el fin de dejarlas a disposición de las autoridades competentes, pues no existía orden judicial ni mediaba situación de flagrancia, sino con un propósito distinto” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 42510, 2015), que pudo ser el de exigir una elevada suma de dinero.

La Corte Suprema de Justicia ha hecho la siguiente distinción: cuando es un particular quien priva a una persona de la libertad, el tipo penal aplicable es el de secuestro y en igual situación estaría el servidor público que actúa como un particular, sin identificarse, con proceder ajeno a sus funciones, sin ejercitar autoridad y sin que esta se concrete, al menos, aparentemente, en acto propio de los que son inherentes a su cargo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 15 de febrero de 1972); en cambio, en la privación ilegal de la libertad, el servidor público debe actuar en razón de sus funciones, pero con abuso de éstas, como se explicó anteriormente.

Prolongación ilícita de la privación de la libertad

Esta conducta¹¹³ se encuentra descrita en el artículo 175 del Código Penal del 2000, cuyo supuesto de hecho es igual al del artículo 273 del Código Penal de 1980, con la diferencia de que en la parte punitiva cambió la pena de arresto por prisión e incrementó el número de meses de la pena.

La clasificación del tipo penal

Este tipo penal es de resultado, no obstante que la privación de la libertad ya se ejecutó y basta la acción o la omisión del servidor público para prolongarla. El hecho de permanecer más tiempo con esa afectación es un efecto perceptible y una vía de hecho contra un derecho fundamental. También es un tipo penal de lesión, de conducta permanente y pluriofensivo.

El tipo objetivo

La descripción típica, para su perfeccionamiento, requiere los siguientes elementos:

- Un sujeto activo con la calidad de servidor público.
- Un sujeto pasivo que puede ser cualquier persona sin ninguna calidad especial.
- Que se prolongue ilícitamente la privación de la libertad del sujeto pasivo.

a. Los sujetos y el objeto material. El sujeto activo es cualificado, es decir, debe ser un servidor público que, de acuerdo con sus funciones, tiene bajo su cargo, orden o custodia a la persona privada de la libertad. En razón de su competencia funcional, la disposición jurídica o material de la libertad de la persona depende del servidor público. Esta conducta la pueden cometer los fiscales y jueces, como también los directores de establecimientos carcelarios. Por ejemplo, un fiscal puede realizar este delito cuando la policía judicial le pone a su disposición una persona por un presunto delito que, de acuerdo con el Código

.....
113 A través del artículo 14 de la Ley 890 del 2004, se aumentan las penas estipuladas en el artículo 175 del Código Penal del 2000, las cuales competen a la prolongación ilícita de la privación de la libertad. En este artículo dice que: "el servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público" (Código Penal, 2000, art. 175).

de Procedimiento Penal, no amerita medida de aseguramiento y, sin embargo, lo mantiene privado de la libertad.

El sujeto pasivo es la persona privada materialmente de la libertad –legal o ilícitamente– y que, de acuerdo con la ley, debe ser liberada. Este es, al mismo tiempo, objeto material personal, al recaer sobre él la conducta del sujeto agente.

b. La conducta. El tipo penal es de verbo rector simple, prolongar con ilicitud la privación de la libertad de una persona. El verbo prolongar tiene que ver con aumentar o alargar la duración de la privación de la libertad. La conducta puede ser realizada por acción, mediante decisiones o vías de hecho que permiten prorrogar, diferir o dilatar la recuperación de la libertad. También puede darse de manera omisiva, simplemente aplazando o retardando la decisión de liberación de una persona privada de la libertad.

Hay dos posiciones doctrinarias en relación con la licitud del acto de privación de la libertad. La primera sostiene que la tipicidad de la conducta depende de que el acto que la ordena debe ser lícito, tanto en lo formal como en lo sustancial, porque si el acto es ilícito la conducta se adecúa a la privación ilegal de la libertad (Pérez, 1985). El profesor Antonio Vicente Arenas (1991) señalaba que “la detención es legal por todos sus aspectos, menos por el de su duración, pues lo abusivo y arbitrario no es la detención misma sino la indebida prolongación de esa medida, inicialmente legítima” (p. 289).

La segunda posición sostiene que el acto de privación de la libertad puede ser lícito o ilícito, ajustado a derecho o arbitrario, pero debe tener apariencia de legalidad en su aspecto formal, porque, de lo contrario, estaríamos frente al delito de secuestro. Basta la situación de detención del sujeto pasivo y la prolongación ilícita de tal situación para que se genere la infracción (Pabón Parra, 1996). Siguiendo a Pabón Parra (1996):

- No cabe duda de que si el funcionario que prolonga ilícitamente la privación de la libertad es el mismo que, abusando de sus funciones, la ordenó originalmente, su conducta se adecúa plenamente al artículo 174 del Código Penal del 2000, el cual describe la privación ilegal de la libertad.
- Si el funcionario que prolonga ilícitamente la privación de la libertad es el mismo que en forma lícita la ordenó, la conducta se adecuará a la contenida en el artículo 175 del Código Penal del 2000.

- Si el servidor que ilícitamente ha privado de la libertad es diferente al que prolonga ilícitamente dicha situación, las conductas de cada uno son autónomas y el primero responde por el artículo 174 y el segundo por el artículo 175 del Código Penal del 2000.

Conforme al artículo 174 del Código Penal, cuando una o varias personas son aprehendidas por la policía judicial, sin que se presente una situación de flagrancia y sin orden del juez de control de garantías, la captura es ilegal. Si, además, el fiscal enterado de la captura persiste en la privación de la libertad y pone a los capturados a disposición de la autoridad judicial, la cual a pesar de lo ilícito de la captura mantiene la situación, tanto el fiscal como el juez incurrir en la violación del artículo 175 del Código Penal. En efecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

si a pesar de descubrir que la captura no se ciñe a los motivos ni a la competencia que autorizan su ejecución por las autoridades de Policía, el funcionario judicial la formaliza, no cabe duda que con ese actuar desconoce los derechos de los aprehendidos y [...] no al delito de prevaricato como en su momento lo propone el Ministerio Público, pues mediante un abuso de poder habrá prolongado ilícitamente los efectos del también exceso funcional en que incurrieron quienes realizaron indebidamente la aprehensión. [Además], absolutamente inaceptable resulta por ejemplo, el pretender que una captura realizada con violación de las garantías individuales puede adquirir legalidad por la sola y errada formalización que de ella haga un juez a posteriori, pues bajo esa modalidad pronto se llegarían a hacer inoperantes tanto el derecho que se debía proteger, como el precepto mismo del [...] Código de Procedimiento Penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 6560, 1992).

Como lo prevé el artículo 295 de la Ley 906 del 2004, la privación o restricción de la libertad del imputado tiene carácter excepcional, es decir, solo puede ser interpretada restrictivamente y, por tanto, se debe disponer la libertad inmediata cuando la captura se produce o prolonga con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando la persona es aprehendida en flagrancia por conducta punible que no comporta detención preventiva (Código Penal, 2000, art. 302). En estos casos el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario.

La Corte Constitucional trae, por vía de ejemplo, las siguientes hipótesis sobre la prolongación ilegal de la libertad:

En cuanto a la prolongación ilegal de la privación de la libertad también pueden considerarse diversas hipótesis, como aquella en la cual se detiene en flagrancia a una persona (C. Pol. art. 32) y no se le pone a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las 36 horas siguientes; también puede ocurrir que la autoridad pública mantenga privada de la libertad a una persona después de que se ha ordenado legalmente por la autoridad judicial que le sea concedida la libertad. Otra hipótesis puede ser aquella en la cual, las detenciones legales pueden volverse ilegales, como cuando la propia autoridad judicial prolonga la detención por un lapso superior al permitido por la Constitución y la ley, u omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

c. El elemento normativo: ilicitud de la prolongación de la privación de la libertad. La modalidad adverbial que utilizaba el artículo 296 del Código Penal de 1936 era el término “indebidamente” y en los Códigos Penales de 1980 y el 2000 se utiliza la expresión “ilícitamente”. Es decir, el servidor público competente, prolonga la privación de la libertad del detenido de manera contraria a derecho, sin que exista justificación o causa legal o jurídicamente atendible para hacerlo. Se refiere a que la conducta no debe tener fundamento legal sustancial o procedimental para prolongar la privación de la libertad más allá de los términos legales o judiciales, conociendo el servidor público que debe hacer efectiva la libertad.

El tipo subjetivo

La conducta debe realizarse a título de dolo, el cual se concreta

en el conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la prolongación de la detención originariamente legítima de una persona, sin justificación legal, y la conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la libertad, sin que sea menester demostrar el móvil que guió la acción del funcionario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 21050, 2004).

Por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso del 2012, absolvió a una jueza de instrucción militar que mantuvo detenido ilegalmente a un procesado de las Fuerzas Militares. La Corte indicó que en este caso se demostraba la negligencia de la funcionaria, pero no su voluntad de mantener detenido al militar sindicado con el fin de afectarle su libertad, es decir, que obró

•De la detención arbitraria•

con culpa, debido a la violación objetiva del deber de cuidado y no con dolo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 33149, 2012).

Debido a este tipo de casos, se le reclama al legislador el no haber establecido la modalidad culposa de esta conducta, es decir, cuando el servidor público, con la violación del deber objetivo de cuidado, prolonga indebidamente la privación de la libertad de una persona, por ejemplo por simple olvido, caso en el que el acto culposo o negligente del funcionario encargado de decidir sobre la libertad del privado de la libertad, actualmente es atípico.

La posición de garante en el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad

Esta conducta (Código Penal, 2000, art. 175) puede ser cometida por acción o por omisión de liberar a la persona detenida.

En cuanto a la primera forma, se da cuando el servidor público ha recibido a la persona privada de la libertad o ha dispuesto la privación de esta. Desde el momento de la captura, sobre el detenido se ejerce todo el poder, capacidad de regulación y control absoluto del Estado. En esa medida, se le aleja de su entorno natural, laboral y social, perdiéndose su intimidad y disminuyéndose, radicalmente, sus posibilidades de autoprotección. En consecuencia, el servidor público asume la posición de garante, no solamente en relación con los derechos fundamentales de la vida y la integridad personal, sino también en relación con su libertad individual

En cuanto a la segunda forma, teniendo en cuenta que el servidor público tiene posición de garante, si omite darle cumplimiento a la ley y prolonga ilícitamente la privación de la libertad del detenido, su conducta omisiva constituye el fundamento de su responsabilidad.

Detención arbitraria especial

Se trata de un tipo de resultado, de lesión, de conducta instantánea y que es pluriofensivo. Ha sido establecido por el artículo 176 del Código Penal del 2000, el cual conserva la redacción del supuesto de hecho del artículo 274 del Código Penal de 1980, con la diferencia, en materia punitiva, del cambio de pena de arresto por la de prisión y el aumento de la cantidad a imponer. En el del 2000

queda dispuesta la pena de prisión de cuarenta y ocho a noventa meses y la pérdida del empleo (Código Penal, 2000, art. 176).

El sujeto activo es cualificado jurídicamente, es decir, debe ser un servidor público que debe tener la competencia funcional de recibir personas para privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medidas de seguridad. La conducta tiene que ver con la acción establecida en el verbo recibir, que para este caso significa admitir el ingreso de una persona, contra quien recae la privación de la libertad, con efectivo internamiento en un establecimiento carcelario o psiquiátrico, en una clínica, casa de estudio, trabajo o institución de carácter oficial o privado, para efecto del cumplimiento de una medida de seguridad (Código Penal, 2000, art. 69).

Potencialmente pueden ser sujetos activos de esta conducta: los directores y empleados de cárceles, clínicas, establecimientos psiquiátricos, dependencias de reclusión transitorias de policía judicial, cuarteles de policía o militares y demás establecimientos de carácter oficial que se habiliten como lugares de reclusión, es decir, sitios a los que las autoridades remiten algunos procesados o condenados que requieren una protección especial. También pueden ser sujetos activos los particulares que se encuentren comprendidos dentro de la definición de servidores públicos del artículo 20 del Código Penal del 2000, quienes estén encargados de labores de recibir personas, para efectos de la privación de la libertad o para mantenerlas bajo medidas de seguridad.

En este tipo penal el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico de la libertad individual, que es, a su vez, sobre quien recae la orden de privación de la libertad o la aplicación de la medida de seguridad. Por tanto, también es objeto material personal afectado por la acción delictiva.

El tipo penal tiene un elemento normativo que se refiere a la realización de la conducta con la inobservancia de los requisitos legales para admitir e internar a una persona en los establecimientos antes referidos, o sea, los requerimientos establecidos en el estatuto procesal o en el Código Penitenciario. Lo más importante que debe tener en cuenta el sujeto activo al recibir a una persona que ha sido privada de la libertad, es que la orden provenga de una autoridad competente.

Finalmente, y en lo subjetivo, la conducta debe realizarse con dolo y no admite la modalidad culposa, por no haber sido establecida expresamente por el legislador.

Desconocimiento del *habeas corpus*

La expresión *habeas corpus* proviene del latín “*habeas corpus [ad subiiciendum]* cuyo significado literal es ‘que tengas tu cuerpo [para exponer]’” (RAE, 2014). También se puede entender como *habeas*, del latín *habere* (tener), en el sentido de “cuerpo presente”.

Antecedentes

Aunque propiamente no existió como institución en Roma, por el origen latino de las palabras *habeas corpus*, se le atribuye el vínculo y su más remoto antecedente al Digesto (Libro XLIII, título XXIX) de los romanos, que bajo la denominación de *Homine libero exhibendo*, fue instituido para proteger la libertad personal y obligaba a exhibir al hombre libre que había sido retenido con dolo malo, sacándolo al público para que se le viera y se le tocara (Betancourt, 2007). Sin embargo, esta figura jurídica era una acción posesoria que correspondía al derecho privado de carácter civil, ejercida por quien con dolo malo se pretendía asumir como amo de un hombre libre, privándolo de su libertad, esclavizándolo (Lazzarini, 1967), caso en el cual el sometido podía solicitar a las autoridades la aplicación del *Homine libero exhibendo*. Esta protección realmente no tiene una relación directa con el *habeas corpus*, pues fue concebida para proteger la libertad de los hombres libres frente a los abusos de los particulares y no de los del monarca y demás autoridades.

El otro antecedente se le adjudica a los ingleses, cuando fue suscrita la *Magna Carta Libertatum* (Carta Magna de las libertades), el 15 de junio de 1215 por el Rey Juan Sin Tierra, quien finalmente, y por razón de un movimiento encabezado por los nobles y el clero, se vio precisado a expedirla. Este documento es muy importante, ya que contiene una declaración primigenia de los derechos a la libertad, igualdad y asociación de los hombres libres. Además, estableció límites al ejercicio del *ius puniendi*. Dicha Carta, dirigida entre otros a los jueces, realmente estableció la reserva legal y la reserva judicial en relación con la privación de la libertad de los hombres libres¹¹⁴ (Magna Carta, 1215), como una obligación de

.....
114 Dice la Carta que

ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra

presentarlos físicamente ante un tribunal. No obstante, no estaba ligada, como se conoce hoy, a la recuperación de la libertad, pero en su momento constituyó un avance muy significativo del cual se derivaría, siglos más tarde, el *habeas corpus*, aun cuando para esa época esta figura no se estableció expresamente bajo esa denominación.

A pesar de esto y, para frustración del movimiento, el mismo Juan sin Tierra burló el acuerdo y logró obtener una bula del Papa Inocencio III, anulando así la Magna Carta y eximiéndolo de su cumplimiento, con el argumento de haber sido arrancada por la fuerza y ser atentatoria contra los derechos de la soberanía. Sin embargo, algunos de los sucesores de este Rey sí la pusieron en práctica, como Enrique III, quien la ratificó tres veces y Eduardo I, quien lo hizo once veces (Hernández y Gómez, 1861).

Algunos años después, en 1287, en el reino de Aragón, hoy perteneciente a España, existió un Privilegio que se extendía solamente a los señores feudales, que se ocupaba de la libertad de los hombres ricos, hacendados, caballeros, procuradores y afines (Molina Mesa, 2008). Se dice también que los españoles, durante el reinado de Alfonso V (en 1428) y mediante el Fuero de las Cortes de Teruel –conocido como Fuero de Aragón–, adoptaron bajo la denominación de “recurso de manifestación de personas”, una figura similar al *habeas corpus*.

La manifestación era un proceso presentado ante la justicia o alguno de sus lugartenientes, con el objetivo de que se dictase una orden o mandamiento contra algún juez, autoridad judicial o cualquier otra persona que tuviera detenida o presa a otra, para que se la entregase a quien realizara la petición. Tenía como finalidad primordial la protección del detenido contra los abusos o vejaciones que se pudieren cometer en el proceso ordinario.

La petición la podía realizar cualquier persona por escrito y, si no había acusación contra el detenido, debían proceder a liberarlo en un término no mayor de setenta y dos horas. Igualmente, se le tomaba testimonio respecto a los agravios sufridos, cuestión para la que se abría otro proceso en el que el quejoso y el funcionario, o la persona contra quien se dirigía la acción, podían aportar pruebas respecto a la situación de la detención (Fernández Asenjo, 2008). Similar a este proceso, existió otro en el Fuero de Vizcaya de 1527.

él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino (Magna Carta, 1215).

Siglos después, nuevamente en Inglaterra, luego de varias luchas internas y de guerras contra otros reinos, hacia 1628 aparecieron otras peticiones de derechos al Rey del momento, en un panorama en el que la Carta Magna de 1215 se había cumplido insuficientemente. El contexto de esto tuvo que ver con que en ese año, el Rey Carlos I de Inglaterra acudió ante el parlamento en demanda de más auxilios para proseguir las guerras contra España y Austria, petición que le fue negada. Ante esta situación el Rey decidió imponer nuevos impuestos y una medida de detención en la cárcel a aquellos que se negaran a pagarlos, situación que fue confrontada por la Cámara de los Comunes (Hernández y Gómez, 1861).

Debido a la censura realizada sobre los impuestos, el Rey Carlos I disolvió dos Parlamentos y convocó uno nuevo, que se reunió en Wistminster el 28 de Abril de 1628. No obstante, este Parlamento “decidió proclamar solemnemente sus libertades, obligar al monarca a reconocerlas y no consentir que los derechos pasen por concesiones ni los abusos por derechos” (Hernández y Gómez, 1861, p. 9). Así mismo, Los Comunes, conociendo el incumplimiento repetido de Carlos I, de manera respetuosa, pero inflexible, le presentaron la famosa *Petición de derechos* (*The pelition of rights*), la cual tuvo que sancionar el 7 de junio de 1628, después de alguna resistencia. En ella se declararon contrarios a la Constitución los empréstitos forzosos y los tributos disfrazados de donativos, así como los encarcelamientos y detenciones sin pruebas contra cualquier individuo libre, entre otros (Hernández y Gómez, 1861).

Posteriormente, en el reinado de Carlos II, el Parlamento expidió el *Habeas Corpus Act* de 1640, el cual proveyó que todo súbdito inglés que fuera aprehendido por orden del Rey o su Consejo, sin estar procesado por medio de una acusación formal, tendría a su favor el *hábeas corpus*. Esto quería decir que el prisionero debía ser llevado ante un tribunal, sin demora, para la exposición del motivo de su captura, frente al cual se pronunciaría, dentro del término de tres días, la legalidad de la misma, dando como resultado su liberación, dejándolo en libertad bajo fianza o remitiéndolo a prisión. De esta manera el *hábeas corpus* tenía efectos liberatorios cuando el tribunal consideraba arbitraria la privación de la libertad (BHO,1640).

Además, la demanda la podía impetrar tanto la persona retenida, así como sus parientes o amigos o cualquier ciudadano que tuviere conocimiento del hecho y se interesara en su favor para lograr el amparo de las leyes. Adicional a esto,

también se podía reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por parte del que ilegalmente hubiera ordenado la detención (BHO, 1640).

Después de Carlos II se produjo el reinado de Jacobo II, quien prontamente quebrantó las leyes que había prometido respetar, lo que sublevó el espíritu público y generó una revolución, cuyo resultado fue la pérdida de su corona y su huida del reino. El Parlamento declaró vacante el trono y llamó a María, hija de Jacobo II, para sucederle en el reino. Ella estaba casada con Guillermo, príncipe de Orange (Hernández y Gómez, 1861). En ese contexto fue expedida la *Ley de Modificación del Hábeas Corpus (Habeas Corpus Amendment Act)*, del 28 de mayo de 1679, para completar las libertades de los súbditos.

En dicho Acto se destaca, como aspecto importante, que el funcionario o quien hacía sus veces, tanto cuando descuidaba la obligación de responder al mandamiento de *Hábeas corpus* y no volvía a presentar al preso, ni a petición de éste ni de quien lo representaba, así como cuando no entregaba en el término de seis horas el auto de prisión, debía indemnizar al perjudicado pagándole, previa demanda, cien libras por la primera infracción y doscientas por la segunda y, adicionalmente, quedaba inhabilitado para el ejercicio de su cargo (Online Library of Liberty, 2016). Se puede afirmar que este es el antecedente a la penalización de este tipo de conducta omisiva.

El hábeas corpus en la legislación internacional

Aunque los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no utilizan la expresión *hábeas corpus*, sí exponen el contenido de lo que se entiende por esta acción y garantía. Por ejemplo, en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (arts. 8, 9 y 10) se prevé, como primera medida, la prohibición de la detención arbitraria (art. 9); de igual forma, se establece el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la Ley (art. 8); finalmente, instaura la posibilidad de acceso a la justicia para que toda persona pueda ser oída para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art. 10) (ONU, 1948, art. 8-10).

Igualmente, el *hábeas corpus* tiene fundamento jurídico en los artículos 7.6 y 25.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y, por tratarse de una garantía judicial, no puede ser suspendido por un Estado parte del acuerdo, ni siquiera en situación de emergencia, como queda establecido en la parte final del párrafo 2 del artículo 27 (OEA, 1969). Por otra parte, el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (art. 2, numeral 3, literal a) también contiene el derecho a un recurso efectivo contra las detenciones arbitrarias (ONU, 1966). De igual manera, en las legislaciones de los diferentes países se ha incluido el *hábeas corpus* como un límite al ejercicio arbitrario del poder en relación con la libertad individual de las personas.

En el artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina se dispuso la acción de *hábeas corpus* cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado sea la libertad física o en caso de que haya agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención o exista la situación de desaparición forzada de personas. Esta acción puede ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez deberá resolver la situación de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio (Constitución Nacional de la República Argentina, 1994). El *hábeas corpus* en Argentina es más amplio que en Colombia, en cuanto establece la posibilidad de que se corrijan situaciones relativas a las condiciones de detención de las personas en las prisiones y, además, en forma expresa, en las relativas a los casos de desaparición forzada.

En la Constitución Política de Chile, país que al igual que Argentina fue afectado por una dictadura militar, se establece la protección contra las privaciones ilegales de la libertad sin darle ninguna denominación, ni como acción de amparo ni de *hábeas corpus* (Constitución Política de la República de Chile, 2005, art. 21). Cabe destacar que aparecía en el Código de Procedimiento Penal de Chile (1906), en el artículo 307, como una especie de recurso de “amparo”, el cual tenía la particularidad de que la magistratura pudiera ordenar que el individuo fuera traído a su presencia, atendiendo el sentido del *hábeas corpus* en su origen, que consiste en mostrar o presentar físicamente el cuerpo de la persona.

Según el artículo 200 de la Constitución Política de Perú (1993), la acción de *hábeas corpus* procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

El hábeas corpus en Colombia

Según la Corte Constitucional colombiana, la institución del *hábeas corpus* fue adoptada por el sistema constitucional norteamericano y de allí pasó a los Estados latinoamericanos, en los cuales se desarrolló teniendo como referente, además, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

En Colombia, en el artículo 23 de la Constitución Política de 1886, se garantizó el derecho a la libertad individual, sin que la ley, en desarrollo de dicha Carta, definiera los mecanismos en contra de la arbitrariedad o de los abusos. El *hábeas corpus* fue establecido por primera vez mediante el Decreto Ley 1358 de 1964, en el que se dispuso que toda persona que se encuentre privada de la libertad por más de cuarenta y ocho horas tiene derecho, si considera que se está violando la ley, a promover, ante el juez penal municipal del lugar, el recurso de *hábeas corpus* (Ley 1358, 1964, arts. 56 -64). Así, y sucesivamente, ha sido regulado por otras disposiciones legales¹¹⁵.

En la Carta Política de 1991, en el artículo 30¹¹⁶, se reconoce expresamente el *hábeas corpus* y en su vigencia, igualmente, se han expedido varias regulaciones legales¹¹⁷. La última de estas ha sido la Ley 1095 del 2 de noviembre del 2006, en la que se le define, siguiendo las disposiciones constitucionales, como un derecho fundamental. A su vez, para garantizarlo, establece una acción constitucional “que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente” (Ley 1095, 2006, art. 1°).

Fue el Código Penal de 1980 el que incluyó la descripción de esta conducta como un tipo penal especial (Código Penal, 1980, art. 275), con un mensaje

115 Estas han sido: Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal, artículos 417 a 425); Decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal); Decreto Legislativo No. 182 de 1988; Decreto Ley 2459 de 1988; Decreto 2790 de 1990; Decreto 99 de 1991.

116 Dice la Constitución Política de Colombia:

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 (Const., 1991, art. 30).

117 Disposiciones legales en las que se desarrolla el *hábeas corpus*: Decreto 2700 de 30 de noviembre 1991 (Código de Procedimiento Penal); Decreto Legislativo 1156 de 1992; Ley 15 de octubre 5 de 1992; Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción), Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal, arts. 382 a 389); Ley 971 de 2005, arts. 1 inciso 2, 11 y 17.

•De la detención arbitraria•

claro sobre la obligatoriedad de resolver rápidamente esta clase de peticiones, no obstante que el desconocimiento al *habeas corpus* puede considerarse como prolongación ilícita de la libertad. Siguiendo estos lineamientos, el Código Penal del 2000, en su artículo 177, incluyó la conducta con los mismos elementos originales, aunque aumentó la parte punitiva¹¹⁸.

¿Qué es el habeas corpus?

El *habeas corpus* es una acción pública dirigida a garantizar el derecho fundamental de la libertad individual de todas las personas que consideran que se encuentran ilegalmente privadas de su libertad. Opera mediante una solicitud que puede ser impetrada en todo tiempo, por la persona detenida o por un tercero, sin necesidad de mandato alguno, para que cualquiera de los jueces y tribunales de la Rama Judicial del Poder Público revise la situación jurídica dentro de un término de treinta y seis horas y se defina acerca de la petición.

El Tribunal Constitucional Español considera que el “derecho a la obtención del *habeas corpus*, [...] no contiene propiamente un derecho fundamental sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes” (Tribunal Constitucional España, Sentencia 44, 1991). Por lo tanto, es un procedimiento de cognición limitada con el que se pretende establecer si la privación de la libertad de una persona ha sido legal o no (Tribunal Constitucional España, Sentencia 44, 1991). A diferencia del caso español, el constituyente colombiano de 1991 consideró que el *habeas corpus* es un derecho fundamental ligado a la libertad de la persona (Const., 1991, arts. 30, 85, 282, 283)¹¹⁹ lo cual conforma el fundamento de la protección del cual surge la obligatoriedad de resolver en un término muy corto de tiempo.

118 Desconocimiento de *habeas corpus*, cuyas penas fueron aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, y empezaron a regir a partir del 1o. de enero del 2005:

El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de *habeas corpus* o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) meses a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público (Código Penal, 2000, art. 177).

119 La Corte Constitucional ha dicho:

El derecho a invocar el *habeas corpus* asegura a la persona la posibilidad de que un juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad. El interés protegido en forma mediata es la libertad, pero el interés inmediato es el examen jurídico-procesal de la actuación de la autoridad. Precisamente porque el control de legalidad de la detención es una garantía especial de la libertad, la decisión que resuelve el *habeas corpus* no es susceptible de impugnación, ni resulta procedente el ejercicio del recurso frente a los mismos hechos que generaron la interposición de la acción.

La finalidad del *habeas corpus* es la de asegurar que todas las decisiones que recaigan sobre la libertad personal sean tomadas mediante orden escrita, proferida por la autoridad judicial competente y con observancia del debido proceso. En ello se incluye el cumplimiento de los precisos términos consagrados en la Constitución y en la ley, así como que la persona sea reclusa en un lugar oficial de detención y no en otro diferente a los destinados para ello (Corte Constitucional, Sentencia C-187, 2006).

El amparo mediante el *habeas corpus* es viable cuando se presenta una actuación o decisión judicial arbitraria, contraria al Derecho, en una vía de hecho en el proceso de privación de la libertad, desde la captura hasta el control de legalidad de la misma o durante el proceso mediante la privación de la libertad como medida de aseguramiento o durante la ejecución de la pena.

Los eventos en que es procedente el *habeas corpus* pueden ser¹²⁰ en cuanto a la aprehensión de una persona o en cuanto a la prolongación ilegal de la libertad. El primer caso ocurre cuando la aprehensión de una persona se realiza de manera inconstitucional o ilegal, es decir, sin orden judicial previa (Const., 1991, art. 28; Ley 906, 2004, art. 2 y 297); cuando no existe flagrancia (Ley 600, 2000, art. 345; Ley 906, 2004, art. 301) o captura públicamente requerida (Ley 600, 2000, art. 348); si se llega a invocar la captura administrativa, que ya no es una especie

La inejecución de una decisión judicial que concede un recurso de *habeas corpus* desconoce el núcleo esencial de este derecho fundamental si esta omisión trae como consecuencia que la garantía se torne impracticable, ineficaz o resulten irrazonables las exigencias para su ejercicio (Corte Constitucional, Sentencia T-046, 1993)

Otra sentencia en la que la Corte Constitucional establece algo similar: Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993.

120 Para ver más sobre estos eventos revisar: Corte Constitucional, Sentencia T-260 del 22 de abril de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-260-99.htm>; Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 15 de marzo de 2006; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 27 de noviembre de 2006, radicación 26503, M.P. Alfredo Gómez Quintero, en: [http://190.24.134.94/sentencias/penal/2006/dr.alfredo%20gomez%20quintero/noviembre/26503\(27-11-06\).doc](http://190.24.134.94/sentencias/penal/2006/dr.alfredo%20gomez%20quintero/noviembre/26503(27-11-06).doc); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 22 de septiembre de 2011, Radicado 37499, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, en: www.notinet.com.co/pedidos/39734.doc; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 18 de noviembre de 2011, r Radicado 37877, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, en: www.notinet.com.co/pedidos/37877.doc; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Auto de 11 de septiembre de 2015. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, Radicación 47001-23-33-000-2015-00316-01(HC), en: [http://190.24.134.67/documentos/boletines/174/AC/47001-23-33-000-2015-00316-01\(HC\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/174/AC/47001-23-33-000-2015-00316-01(HC).pdf).

aceptada por la Corte Suprema de Justicia¹²¹ para aprehender a una persona, también es procedente el *hábeas corpus*.

El segundo caso ocurre cuando se presenta la prolongación ilegal de la libertad de una persona, más allá de los términos constitucionales o legales que han sido establecidos en diversas hipótesis, por ejemplo: cuando se detiene en flagrancia (Const., 1991, art. 32; Ley 906, 2004, art. 302) o por orden judicial a una persona y no se le deja a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las treinta y seis horas siguientes; cuando el funcionario judicial no lleva a cabo la indagatoria (Ley 600, 2000, art. 340) o no define la situación jurídica dentro del término legal (Ley 600, 2000, art. 354); cuando la autoridad pública mantiene privada de la libertad a una persona después de que ha sido ordenada legalmente su liberación, por la autoridad judicial correspondiente; cuando el fiscal o el juez no ordenan la libertad frente a una captura ilegal; cuando las detenciones legales pueden volverse ilegales, como en los casos en los que el funcionario que prolonga ilícitamente la privación de la libertad fue el mismo que la ordenó en forma lícita, o cuando el mismo servidor público omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho a impetrarla.

La petición de *hábeas corpus* puede ser presentada ante cualquiera de los jueces y tribunales de la Rama Judicial del Poder Público. Cuando sea interpuesta ante una Corporación Judicial, se tendrá a cada uno de sus integrantes como juez individual para resolver las acciones de *hábeas corpus* (Ley 1095, 2006, art. 2).

Esta subregla que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado,

se justifica en la necesidad de que (i) el juez cuente con la posibilidad inmediata de visitar a la persona en el lugar en el que está privada de la libertad; (ii) puede entrevistar con mayor agilidad a las autoridades que han intervenido en el caso; (iii) facilita la inspección de los documentos que se requieran y (iv) permite practicar en el lugar las diligencias que sean del caso ‘para el esclarecimiento de los hechos’ (Corte Constitucional, Auto 333, 2014).

121 La Corte Suprema de Justicia ha precisado que

no se puede predicar la existencia de una autorización constitucional para la realización de capturas administrativas en Colombia, lo cual responde, además de la realización del Estado social de derecho (cuyos cimientos son la dignidad humana y la libertad personal), que coloca límites al ejercicio del poder asignado a las autoridades públicas, al cumplimiento de compromisos internacionales de nuestro país (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 36107, 2011).

Por otra parte, para efectos de su trámite debe tenerse en cuenta el factor territorial, “en virtud del cual conocerá de la petición la autoridad con jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los hechos” (Ley 1095, 2006, art. 2°).

Antes de impetrar la acción de *habeas corpus* se debe acudir, primero, a los medios ordinarios a través de los cuales es posible reclamar la libertad, con fundamento en alguna de las causales contempladas en la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26810, 2007), por ejemplo, cuando se trata de modificar alguna de las situaciones procesales, como obtener la excarcelación de una persona por cumplirse alguno de los presupuestos para ello. El trámite debe realizarse al interior del proceso y con las formalidades exigidas para agotar el procedimiento ordinario, “pues de lo contrario el juez constitucional podría incurrir en una injerencia indebida sobre las facultades jurisdiccionales del operador natural de la causa” (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, Radicado 45300, 2015).

La Corte Suprema de Justicia, refiriéndose particularmente a las actuaciones tramitadas bajo el procedimiento de la Ley 906 del 2004, dijo que

a partir del momento en que se impone la medida de aseguramiento, todas las peticiones que tengan relación con la libertad del procesado deben elevarse al interior del proceso penal, no a través del mecanismo constitucional de *habeas corpus*, pues esta acción no está llamada a sustituir el trámite del proceso penal ordinario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26810, 2007).

La acción de *habeas corpus* es procedente cuando se afecta el derecho a la libertad individual y se ha agotado la posibilidad de solicitar la libertad o no existe, dentro del proceso penal ordinario, mecanismo para proteger ese derecho contra la arbitrariedad ejercida por el servidor público. Entonces, debe tenerse en cuenta que la acción de *habeas corpus* “se encuentra instituida como la última garantía fundamental con la que cuenta el perjudicado para restablecer el derecho que le ha sido conculcado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 26810, 2007). La acción de *habeas corpus* es excepcional, responde al principio de subsidiariedad y, por lo tanto, no es un mecanismo sustitutivo del procedimiento ordinario, ni es una instancia adicional a la que pueda recurrir el procesado cuando se le han negado sus pretensiones de obtener la libertad, salvo cuando se trata de arbitrariedad manifiesta.

Finalmente, se debe resaltar que no se considera como privación ilegal de la libertad, por parte del Ejército Nacional de Colombia, retener a un remiso, es decir, a quien habiendo sido inscrito y superado los exámenes de aptitud psicofísica y el sorteo, es citado a concentración para la incorporación al servicio militar obligatorio y no se presenta en la fecha, hora y lugar indicado por la autoridad de reclutamiento. La condición de remiso implica, de conformidad con el artículo 50 del Decreto 2048 de 1993, que este sujeto puede ser “compelido” por la autoridad de reclutamiento y conducido por una patrulla militar para ser incorporado al ejército (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 45721, 2015).

La Corte Constitucional sostuvo que en el supuesto del remiso el procedimiento que se ejecuta es el cumplimiento de una orden de conducción para su incorporación a prestar el servicio militar, lo que no constituye una privación ilegal, sino una

restricción momentánea de la libertad mientras el remiso se incorpora a filas, que se prolonga durante el término en que es conducido al lugar de concentración e incorporación y, por lo tanto, no configura una detención arbitraria practicada sin previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011).

Dada la condición de remiso de una persona, la acción de *habeas corpus* no está llamada a prosperar, por no encontrarse en una situación de privación ilegal de la libertad.

La clasificación del tipo penal

Este tipo penal es de mera conducta, es decir, no exige un resultado fáctico, sino que basta con la omisión de la decisión de la petición de *habeas corpus* dentro del término legal o mediante la acción que obstaculiza el trámite del mismo.

No es un tipo penal de resultado, porque la libertad individual ya se encuentra afectada. Frente al bien jurídico entraña un peligro no decidir oportunamente u obstaculizar el trámite, para restablecer, si es del caso, el derecho lesionado.

Es de conducta instantánea, en razón de que se perfecciona el comportamiento delictivo cuando se vence el término de treinta y seis horas sin decidir la

petición o en el momento en que se realizan las acciones de obstaculización del trámite del *hábeas corpus*.

Finalmente, es un tipo penal pluriofensivo, porque la conducta en concreto no solo vulnera la libertad individual, sino también la dignidad humana y la eficaz administración de justicia, entre otros.

El tipo objetivo

La conducta del artículo 177 del Código Penal se tipifica desde el punto de vista objetivo cuando se reúnen los siguientes requisitos: un sujeto activo cualificado, el juez; una conducta omisiva, que corresponde a no tramitar o decidir dentro de los términos legales una petición de *hábeas corpus*; una conducta comisiva, es decir, obstaculizar, por cualquier medio, el trámite de la solicitud.

a. Los sujetos activo y pasivo. El sujeto activo es cualificado jurídicamente, porque la conducta solamente puede ser realizada por un Juez de la República, nombrado para el respectivo cargo, posesionado del mismo y en ejercicio de tal investidura.

El sujeto pasivo es la persona privada de la libertad, lo sea lícita o ilícitamente, porque el tipo sanciona la conducta del juez que no le da trámite o no decide sobre la solicitud de *hábeas corpus* dentro de los términos legales, independientemente de la prosperidad de la acción. Por esta razón, el tipo es de mera conducta, porque no exige un resultado a favor de quien ha sido privado de la libertad.

b. La conducta. La conducta está regida por los verbos rectores no tramitar, no decidir u obstaculizar. Al ser de verbo rector compuesto alternativo, se consuma con cualquiera de esos comportamientos.

No tramitar la petición de *hábeas corpus* es una conducta de omisión realizada por el juez, la cual se refiere al deber legal que tiene ese funcionario judicial respecto a darle impulso a las solicitudes que se le presenten, independientemente de que sea competente o no para decidir.

No decidir también es una conducta de omisión, que se refiere al deber legal del juez penal de pronunciarse, accediendo o negando la petición de *hábeas corpus*.

Obstaculizar es trastornar o dificultar, por cualquier medio, la tramitación del *hábeas corpus*. Esta es una conducta de comisión por acción que exige la exteriorización de actos tendientes a obstaculizar ese derecho.

El trámite de la acción de *hábeas corpus* debe iniciarse en forma inmediata y el procedimiento se debe realizar conforme lo disponen los artículos 5 y 6 de la Ley 1095 del 2006¹²².

c. El elemento normativo: términos legales. Como elemento normativo del tipo penal se tiene que el trámite y decisión del *hábeas corpus* debe realizarse dentro de los términos legales. Para efectos de la constatación de los hechos invocados y que son relativos a la privación ilegal de la libertad o a la prolongación ilícita y la decisión de fondo, el juez tiene treinta y seis horas, desde la interposición de la acción, sin que la actuación se suspenda o aplace por la eventualidad de días festivos o de vacancia judicial (Ley 1095, 2006, art. 3).

Si por los informes y las pruebas practicadas se demuestra la violación de las garantías constitucionales o legales, la autoridad judicial debe ordenar, inmediatamente, la libertad de la persona capturada, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno. Si se niega la petición, la decisión puede ser impugnada dentro de los tres días (calendario) siguientes a la notificación.

d. El objeto jurídico y el objeto sobre el cual recae la acción (objeto material). El bien jurídico protegido es el de la libertad individual y el objeto jurídico, como especial protección del tipo penal,

no es la libertad ambulatoria, sino la garantía constitucional de demandar ante los representantes jurisdiccionales la pronta resolución de situaciones hipotéticamente contrarias a la libertad individual, que se concreta en el fenómeno de soslayar su gestión o dictamen dentro de los plazos legales o en el entorpecimiento de la misma (Ferro, 1987, p. 324).

Por otra parte, el objeto material es fenoménico, o sea, recae sobre la acción interpuesta de *hábeas corpus* que no se tramita, no se decide o se obstaculiza su trámite o resolución.

.....
122 Para más información sobre la Ley 1095 de 2006, visitar: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1095_2006.html

El tipo subjetivo

La conducta debe ser realizada con dolo, es decir, con el conocimiento, por parte del Juez, de su obligación de resolver la solicitud de *hábeas corpus* dentro de los términos establecidos por la ley, así como el conocimiento de que no debe obstaculizar el ejercicio de esta acción, sin justificación alguna y con la consciencia de que con su conducta puede vulnerar el bien jurídico de la libertad de una persona que ha recurrido a una acción con la que pretende proteger un derecho fundamental. No hay responsabilidad penal cuando se presenta, por ejemplo, un caso de fuerza mayor, un caso fortuito o una insuperable coacción ajena, que le impide al juez resolver en el tiempo establecido (Código Penal. 2000, art. 32).