

Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá

LA PROBLEMÁTICA DEL "HABEAS CORPUS" EN EL DERECHO COLOMBIANO

Es ilegal toda captura ordenada por la Policía Judicial (a excepción de los casos de flagrancia y cuasiflagrancia), aunque se trate de personas que aparezcan como "gravemente indiciadas" y se esté todavía en diligencias preliminares de Policía Judicial. En estos casos es procedente el derecho de *habeas corpus*, el cual se puede solicitar y decidir aun antes de las 48 horas de que habla el art. 417 del C. de P. P., pues prima la ley 74 de 1968, que dispone que el juez debe pronunciarse a la mayor "brevedad posible". La recepción de indagatoria no impide el reconocimiento del *habeas corpus*.

Dr. TOMÁS RAFAEL JORDÁN MORALES.
Noviembre 22 de 1984.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

I. El 20 de noviembre de 1984, a las cinco y siete minutos de la tarde, el Dr. E. M. L., abogado titulado, presentó al juzgado escrito por el cual invoca la acción de *habeas corpus* en favor del señor L. A. S. P., quien según informa en la petición, "ha sido privado de la libertad con flagrante preterminación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución...".

De inmediato se admitió la solicitud y para tramitarla se ordenó en primer lugar una inspección judicial al expediente en virtud del cual el ciudadano mencionado se encuentra capturado; del mismo modo se ordenó solicitar los informes del caso a la Cárcel Nacional Modelo y a la Jefatura de Investigaciones Especiales de la Aduana.

II. De la prueba de inspección judicial y de los informes recibidos en respuesta a los requerimientos del juzgado, se colige la siguiente situación de hecho:

Por irregularidades en la tramitación de algunos manifiestos de aduana, y en la consiguiente importación de vehículos, la División de Investigaciones Especiales Administrativas de la Dirección General de Aduanas, inició averiguación administrativa, equivalente a diligencias preliminares de policía judicial, procedimiento que tuvo origen en auto de 24 de agosto de 1984.

Dentro de esa investigación preliminar se adelantaron abundantes diligencias y se allegaron pruebas documentales relacionadas con los posibles delitos de contrabando y falsedad en documentos públicos. La investigación señaló como posible autor o partícipe de estos hechos punibles al señor L. A. S. P., copropietario de la empresa "CAR'S 82 LTDA.", a quien la oficina de investigaciones de la aduana oyó en exposición voluntaria el día 9 de noviembre de 1984, señalándose por parte del señor jefe de esa oficina que S. P. acudió espontáneamente a rendir tal diligencia.

Informa el señor R. E. H. G., jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, que el día 20 de noviembre, "cuando las diligencias iban (sic) a ser remitidas al Juez Instructor, el señor S. P., se presentó voluntariamente a estas dependencias y se le informó el destino de las diligencias y se le *solicitó acompañar* a los funcionarios encargados de entregar al Juez Instructor las diligencias para que fuera este funcionario quien decidiera sobre la captura o citación para indagatoria..." (subrayamos).

"El señor Juez Sexto de Instrucción Penal Aduanera, a quien le correspondió la investigación, decidió ordenar la captura y fue así como expidió la correspondiente boleta para ser remitido a la Cárcel Nacional Modelo, orden que cumplieron los agentes secretos J. E. M. M. Placa núm. 5173 y F. G. Placa núm. 5158, siendo recibido por el centro carcelario a las 4:30 p. m....".

Señala además el señor jefe, que por su oficina "no se ordenó la captura del sujeto S. P..." (Oficio 1296).

En la diligencia de inspección judicial practicada al respectivo expediente, el juzgado tomó fotocopia del oficio 1284 de la misma Oficina de Investigaciones Especiales, por el cual se remite el expediente al reparto de los juzgados de instrucción aduanera, oficio que señala: "...me permito remitirle el expediente... *junto con el señor L. A. S. P.*, identificado con la cédula de ciudadanía 19.122.503 de Bogotá, *quien aparece sindicado dentro de estas diligencias...*".

Dentro de la diligencia de inspección judicial rindió declaración el doctor G. C. C., Juez Sexto de Instrucción Penal Aduanera, quien para el efecto renunció a la prerrogativa del art. 244 del C. de P. P., y señaló entre otras cosas que se había presentado algún inconveniente o disparidad de criterios entre los distintos jueces de esa categoría respecto del reparto del asunto a que nos venimos refiriendo, por cuanto se trataba de una *investigación administrativa con preso*, rubro de reparto que hasta el mo-

mento no se había presentado. De su declaración se deduce que el asunto se recibió en el reparto (a cargo ese día del mismo funcionario que declara) *con preso*.

También se estableció que S. P. había conferido poder al doctor M. L., para que lo representara en esas diligencias y que el mismo doctor M. L., aún no reconocido como apoderado, había presentado escrito, coadyuvado por S. P., en el cual el abogado, haciendo uso del derecho de petición (art. 45 de la Carta, desarrollado y reglamentado por el decreto-ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo), solicita al señor Juez 6° de Instrucción Penal Aduanera, "*que se levante en forma inmediata el estado de captura del señor L. A. S. P., porque la aprehensión de este ciudadano ha sido ilegal por cuanto viola lo dispuesto en el artículo 23 de la Carta...*"; dentro de este memorial el peticionario menciona y sustenta su solicitud con base en el art. 429 del Código de Procedimiento Penal.

Al momento de practicarse la inspección judicial, dicho memorial no había sido resuelto; por el contrario, el señor Juez 6° de Instrucción Penal Aduanera había librado boleta de encarcelación contra S. P., remitiéndolo a la Cárcel Modelo, incomunicado.

El 21 de noviembre, este juzgado solicitó al 6° de I. P. Aduanera, que informara si la solicitud de libertad por captura ilegal había sido resuelta, y que en caso de haberlo sido se enviara copia de la respectiva providencia.

En la misma fecha, a las 11 y 59 a.m., el funcionario requerido respondió enviando copia de auto de esa fecha, en el cual niega la libertad solicitada, auto de sustanciación, motivado por las siguientes razones:

"...no procede en este momento la libertad impetrada, por cuanto *la captura se efectuó por autoridad competente, como lo es la División de Investigaciones Especiales de la Aduana*, cuyos funcionarios, según el artículo 35 del Estatuto Penal Aduanero, revisten la calidad de policía judicial (hemos subrayado).

"Ahora bien, se dice que la captura se efectuó sin el lleno de los requisitos establecidos por la ley, ya que esta limita la actividad de la policía judicial al hecho de que debe ser mediante orden escrita en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia delictiva; pero, estas circunstancias están ampliadas con el contexto del numeral 9° del artículo 289 del C. de P. P., que en lo pertinente dice textualmente, «...ordenar y ejecutar la captura... a la persona o personas sorprendidas o gravemente indiciadas (s subrayas del texto) y ponerlas dentro de las veinticuatro horas siguientes a órdenes del respectivo funcionario de instrucción», que fue precisamente lo que aconteció en el caso concreto que hoy ocupa nuestra atención.

"De otra parte, del contenido del informe suscrito por el jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, se deducen cargos concretos que comprometen la responsabilidad del señor S. P. en la comisión de los hechos punibles contra la economía nacional y la fe pública, que han sido puestos en conocimiento de la jurisdicción especializada de aduanas; tampoco se han violado los términos expresamente señalados por la ley sobre aprehensión o captura de los ciudadanos, toda vez que el mencionado señor S. P. fue puesto a disposición del juzgado el mismo día en que fue privado de su libertad, vale decir, el día 20 de los cursantes, fecha en la cual se realizó el reparto correspondiente.

"Es por las anteriores consideraciones que el despacho se abstendrá, por el momento, de decretar la libertad inmediata del aprehendido, en la forma como se solicita en el memorial aludido anteriormente..., y su situación jurídica se resolverá una vez escuchado en indagatoria... Cúmplase... El Juez... G. C. C... El Secretario... J. H. S. G."

El mismo Juez 6° de I. P. Aduanera informa en oficio 566 del 21 de noviembre que señaló como fecha para escuchar en indagatoria a S. P. el 22 de noviembre a las nueve de la mañana.

Finalmente, la Asesoría Jurídica de la Cárcel Modelo, confirma que S. P. se encuentra en ese centro de reclusión desde el 20 de noviembre de 1984, a órdenes del Juzgado 6° de Instrucción Penal Aduanera.

III. El doctor M. L., además del escrito petitorio de *habeas corpus*, acompañó copia de la solicitud de libertad inmediata por captura ilegal formulada ante el Juez 6° de I. P. Aduanera, y el 21 de noviembre presentó otro memorial 'ampliando' las consideraciones que en su sentir dan lugar al *habeas corpus*.

En el día de hoy, cuando ya se había empezado a redactar esta providencia, agrega nuevo escrito, esta vez un concepto emitido por el Dr. JAIME BERNAL CUELLAR, en relación con hechos y conceptos jurídicos que interesan a esta acción de *habeas corpus*.

Tales escritos serán analizados y tenidos en cuenta por el despacho de acuerdo a como se vaya desarrollando el tema de consideraciones que conduzcan a una decisión en derecho.

IV. *Se considera:* La institución del *habeas corpus*, reconocida universalmente como obligación de los Estados y derecho de las personas, por los pactos internacionales sobre derechos humanos, aprobados por la ley 74 de 1968 del Congreso de Colombia, a pesar de su importancia, no ha sido reglamentada en forma completa, coherente, ágil y efectiva, de tal modo que puede afirmarse que en Colombia es otra burla más de la 'democracia de papel' que nos rige.

En primer lugar, las normas sobre *habeas corpus* contenidas en el capítulo único del Título IV, Libro 2° del Código de Procedimiento Penal, son ambiguas, recortadas e incoherentes en muchos de sus aspectos.

En segundo lugar, no se desarrolla allí toda la materia relacionada con la institución de *habeas corpus* como se conoce en el derecho penal y constitucional comparado.

En tercer término, la competencia para conocer del *habeas corpus* se le ha asignado a los jueces de menor categoría dentro de

la jerarquía judicial, de tal modo que, por carecer de recursos y posibilidad de revisión alguna, no hay en el país ni jurisprudencia ni doctrina provenientes de las más altas autoridades judiciales que desarrollen o ilustren el tema y sirvan de guía u orientación para resolver esta clase de 'recursos' o acciones.

La única razón que puede esgrimirse en favor de que sean los jueces municipales quienes conozcan del *habeas corpus* es la de que son las autoridades más cercanas al pueblo raso, sobre todo en municipios y regiones apartadas del país; pero ese argumento no tiene ninguna razón de ser en ciudades como Bogotá, o en las capitales de distrito judicial, o en las cabeceras de circuito. Se impone, pues, como necesidad ineludible, si es que las instituciones jurídicas del país quieren avanzar a una democracia verdadera, que se reglamente mejor la institución del *habeas corpus*, se cree la jurisprudencia necesaria y se revisen los estrechos conceptos que hasta el momento se han enquistado produciendo en la práctica la ineffectividad absoluta de este derecho, cuya capital importancia no es necesario destacar.

V. Lucha contra la delincuencia y protección de la libertad, sobre estos dos extremos gira toda la institución de derecho penal, incluyendo la parte procedimental; para luchar contra la delincuencia se ha creado el Código Penal; para proteger la libertad de las personas se ha reglamentado el ejercicio de la acción penal, de tal manera que en definitiva solo sean los verdaderamente culpables quienes padezcan el rigor de la 'venganza estatal'.

Obviamente que tales principios, como todos los atinentes al derecho, envuelven contradicciones a veces insolubles, reflejo de las contradicciones de la propia sociedad. Y resulta inevitable señalar aquí que en esencia la contradicción principal del derecho penal estriba en que en el fondo es un derecho creado para controlar, mantener en cintura y manejar política y económicamente a una clase social determinada, que no es

otra que la conocida como 'lumpen-proletariado', ejército de reserva del trabajo, compuesto por criminales, vagos, prostitutas, y en general toda clase de desclasados, parias, desempleados, subempleados, cuya función positiva para el mantenimiento de la actual sociedad consiste, de una parte, en mantener a la clase obrera sujeta a los bajos salarios y a las condiciones impuestas por la clase dominante, ante la competencia que significa ese 'ejército de reserva'; y de otra parte, sirve como justificación para el mantenimiento de aparatos de represión y estructuras de encierro (FOUCAULT), que no solo cobijan a esa clase sino a toda la sociedad entera.

Frente a ese fin no declarado por el derecho pero desenmascarado por la filosofía, aparece el otro extremo de la contradicción, cual es el de que según los principios de la democracia formal, todas las personas, incluyendo a aquellos parias, son 'iguales', tienen los mismos 'derechos', son 'libres'. Aunado a esto se presenta la circunstancia de que la misma clase dominante, para mantener esos principios de 'igualdad' debe someterse en idénticas condiciones al rigor de la justicia penal cuando, bien por contradicciones políticas o económicas, bien por su misma avidez de ganancia, lujo, dinero y poder, caiga o sea descubierta cometiendo 'hechos punibles' (no tan 'punibles' cuando se trata de estos casos), de tal manera que es imperioso garantizar la 'libertad' de las personas, sin 'distinción de posición social'.

De este modo el *habeas corpus*, cuyo lírico origen no es otro que la imposición de la naciente burguesía al soberano británico de ciertas garantías para esta clase, debió extenderse y convertirse en un derecho 'sin distinciones de ninguna naturaleza', conferido por el legislador a 'toda persona', paria o rey, prostituta o santo, obrero o desempleado, de clase 'alta, media o baja', delincuente común o politicosocial, preso de conciencia o preso de paciencia.

Vistas estas contradicciones, no es de extrañar entonces que el *habeas corpus*, máxima garantía de la democracia, se haya reglamentado de forma tan ambigua e incompleta que pueda convertirse en un verdadero derecho para quienes tienen todos los derechos y una simple entelequia sin contenido práctico para el grueso de la población carcelaria.

VI. Dejando a un lado estas consideraciones de índole 'extrajurídica', debemos concentrarnos en los conceptos 'jurídicos', campo donde se 'realiza' la igualdad abstracta con miras a convertirse en práctica cuando se dejen los temores, los prejuicios y se utiliza el poder del Estado con el fin de realizar y hacer efectiva la obligación de las autoridades de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, (bienes entre los que debe contarse la libertad individual) y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares..." (Const. Nal., art. 16).

Si la Constitución garantiza la libertad (arts. 16, 20, 22, 23, 28), la misma Constitución la niega para casos expresos, determinados o determinables según las leyes. La libertad es el género, el principio básico; la prisión (entendida como privación de la libertad) es la excepción; obviamente el Estado se reserva la excepción y les niega a los particulares la posibilidad de privar a otros de su libertad (Const. Nal., art. 22; C. P., Libro 2º, Título X, capítulos I, II y III).

Siendo la libertad el principio general, cuando se presente la excepción de la prisión esta debe tener sus límites temporales, corriendo a cargo del Estado, que ha privado de la libertad a un ciudadano, el regresársela cuando haya desaparecido el motivo o haya sido purgada la pena correspondiente.

Del mismo modo, la excepción está regulada de tal manera que sea una verdadera excepción; de allí que el art. 23 señale como mandato imperativo: "Nadie podrá ser...

reducido a prisión o arresto, ni detenido... sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes..." (se subraya).

Ahora bien, la Constitución, por ser un cuerpo de principios generales, no nos ilustra cuáles son las autoridades competentes y cuáles son las formalidades que se requieren para reducir a un ciudadano a prisión o arresto o para detenerlo; sino que nos envía a consultar 'las leyes' sobre el particular que en desarrollo de este principio se hayan expedido por el Congreso como legislador ordinario, por el ejecutivo como legislador de excepción (estado de sitio) o como reglamentario de las leyes ordinarias.

En cuanto a las autoridades competentes encontramos, de una parte, el art. 58 de la Constitución Nacional, y de otro lado el Código de Procedimiento Penal, las leyes que lo adicionan y reforman y, en el caso concreto que nos ocupa, el Estatuto Penal Aduanero (ley 21 de 1977).

Sobre las formalidades, debemos referirnos también al Código de Procedimiento Penal como básico estatuto de normas que regulan la manera como deben actuar las autoridades competentes para limitar la libertad de las personas.

Haciendo un paréntesis, el juzgado advierte que no entrará a estudiar para nada, en este caso, los conceptos de 'flagrancia' o 'cuasi-flagrancia', pues al respecto no hay ninguna confusión ni discusión, ya que ocurridos los hechos imputados a S. P. años atrás, mal puede siquiera pensarse en la posibilidad de tales situaciones el día 20 de noviembre de 1984.

VII. *Motivo de la Captura*: Según el art. 23 de la Constitución, la captura solo procede por 'motivos previamente definidos en las leyes...'

Primera inquietud: ¿puede el juez que conoce del *habeas corpus* entrar a hacer una valoración jurídica para determinar si el motivo de la captura, el hecho imputado está

definido en las leyes, es decir si es típico, o aún más discutir, si es el caso, que aunque sea típico no es antijurídico, o no es culpable?

Primer vacío: la reglamentación del *habeas corpus*, calla al respecto.

Primera ambigüedad: se puede interpretar que, de acuerdo con el art. 417 del C. de P. P., que establece el derecho a pedir el *habeas corpus* cuando se considere que "se está violando la ley", incluye aquellos casos en que la persona, a pesar de ser inocente, por no haber cometido el hecho, por no estar el hecho previamente definido en las leyes como típico, por no estar sancionado con pena que implique la privación de la libertad, por haber obrado en circunstancias que justifiquen el hecho o lo hagan inculpable, puede dar lugar a la libertad por orden del juez que conoce el *habeas corpus*.

No debe olvidarse que la ley 2ª de 1984, en sus arts. 38 y 39, párrafos respectivos, prohibió la captura del imputado aun sorprendido en flagrancia cuando "sea evidente que el inculpa obró en legítima defensa", o "sea evidente que el imputado no actuó con culpa".

Cabe preguntarse entonces si cuando una persona —que cree haber obrado o que efectivamente obró en legítima defensa o "sin culpa"— es capturada por la Policía Judicial en cuasiflagrancia o en flagrancia plena se 'está violando la ley', para que, siguiendo los términos del art. 417 del C. de P. P. proceda la petición de *habeas corpus*.

Tentativa de solución: el art. 417 del C. de P. P. establece el derecho a pedir el *habeas corpus*, cuando el 'agraviado' (así lo llama el art. 419) considere que se 'está violando la ley'; es una norma dirigida al 'agraviado', donde se le concede un derecho muy general, pues puede pedir en cualquier caso que considere que se está violando la ley. Admirable principio, pero que inmediatamente queda recortado por las normas que siguen.

Según el art. 420, si se comprueba que 'el agraviado' está 'capturado o detenido

sin las formalidades legales' procederá el *habeas corpus* y se ordenará su libertad.

Estas formalidades legales pueden estar todas satisfechas, en cuanto a formalidades, pero al mismo tiempo se pueden estar desconociendo derechos sustanciales. Ejemplo: una persona puede estar detenida con todas las formalidades, indagatoria previa, auto interlocutorio expedido dentro de los términos legales, confirmado por el superior jerárquico, etc., pero por un hecho que no está tipificado en la ley como punible.

Y el recorte a la amplia capacidad o derecho de pedir es aún mayor cuando el art. 421 indica que el *habeas corpus* no procede cuando el peticionario esté privado de la libertad en virtud de auto o sentencia de autoridad competente, o 'en caso de captura cuando no han vencido los términos señalados en este Código', es decir que, según eso, el capturado solo puede obtener la libertad por *habeas corpus* cuando se viole o pretermita algún término (temporal) de los establecidos por la ley para este estado de hecho. De manera que aun cuando esté violando la ley y el 'agraviado' capturado tenga derecho a pedir, el juez no puede conceder el *habeas corpus* sino en el caso ya dicho de violación de términos temporales.

Sin embargo, frente a tan recortado y contradictorio reglamento legal del *habeas corpus*, existe de un lado la garantía constitucional del art. 23 de la Carta y además la ley 74 de 1968, por la cual se aprueban "Los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime...", cuyo Segundo Libro, sobre derechos civiles y políticos, art. 9º, numeral 4º establece: "Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fue-

ra ilegal", y numeral 5° que dice: "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación...".

En consecuencia, ante estas normas de superior entidad, constitucional la primera, y aprobatoria de tratado internacional la segunda, considera este despacho, en su modesto criterio, que los arts. 420 y 421 del Código de Procedimiento Penal no pueden ser camisas de fuerza que limiten el derecho de *habeas corpus* prohibiendo al juez que examine la legalidad de la captura por encima de consideraciones, de 'formalidades' o de límites temporales, sino que, así como se le da el derecho al agraviado a invocarlo en todos los casos en que se esté violando la ley, existe la obligación del juez de resolverlo favorablemente en todos los casos en que se esté violando la ley o la Constitución.

Por lo tanto, dentro de límites que debieran ser reglamentados por el legislador, y entre tanto aclarados por la doctrina (si así se puede llamar a decisiones de jueces municipales), el juez que conoce del *habeas corpus*, debe examinar el motivo de la captura, para establecer si está previamente definido en las leyes.

En este caso concreto, en relación con S. P., debe anotarse que se le imputan delitos de falsedad en documento público y contrabando, los cuales están definidos inequívocamente como hechos punibles por el Código Penal y el Estatuto Penal Aduanero.

VIII. *Autoridad competente*: De acuerdo con el art. 58 de la Carta, la Corte Suprema y los tribunales y juzgados que establece la ley, administran justicia; dentro de las facultades que implica la administración de justicia está como atribución exclusiva e indelegable, la de imponer penas por hechos punibles, y en consecuencia ordenar la captura de los ciudadanos en los casos previamente definidos por las leyes.

El doctor M. L., peticionario del *habeas corpus* en este caso, dedica gran espacio de sus memoriales a discutir si el jefe de la Divi-

sión de Investigaciones Especiales de la Aduana, aun siendo funcionario de policía judicial es autoridad competente para ordenar la captura de una persona gravemente indiciada.

Señala el peticionario que, según su entender, si bien la ley 2ª de 1984 en su art. 39 dio atribución a la policía judicial para capturar a los gravemente indiciados, señaló que solo lo podrían hacer aquellos funcionarios de la policía judicial que fueran competentes; y agrega que hasta el momento no existe reglamentación alguna que diga cuáles son los funcionarios competentes de la policía judicial para ordenar la captura de los gravemente indiciados, señalando la división entre competente para investigar y competente para capturar y ordenar la captura.

Para este juzgado, tal vez por simpleza, o mejor por *firmeza de principios*, la solución es más sencilla de lo que las elaboradas argumentaciones del doctor M. L. pretenden:

Ningún funcionario de policía judicial tiene facultad para ordenar la captura de ningún ciudadano, fuera de los casos de flagrancia y cuasiflagrancia.

En efecto, el depositario de la jurisdicción y en consecuencia de la facultad para limitar la libertad personal es el juez; si bien se acepta la policía judicial como organismo auxiliar de la justicia, no hay posibilidad alguna de darle *competencia* para nada a ese cuerpo auxiliar. Toda sus funciones son derivadas de la jurisdicción, y si bien se puede hablar de competencia (en minúsculas) para señalar límites espaciales, temporales o funcionales de los organismos de Policía Judicial, la *competencia* (en mayúsculas) que según algunos equivale a la *jurisdicción*, no puede ser delegada ni por ley ni por reglamento, y hasta ahora no lo ha sido por reforma constitucional.

De donde, cuando el art. 39 de la ley 2ª de 1984 atribuyó a la policía judicial facultades para capturar a personas gravemente indiciadas, *previa orden escrita de autori-*

dad competente, lejos de darle *competencia*, lo que hizo fue quitársela, no porque alguien se la hubiese conferido antes, sino porque la ambigua redacción del art. 289, literal c, numeral 9º, del Código de Procedimiento Penal, había permitido que la policía judicial permanentemente usurpara la jurisdicción y dispusiera capturas ilegales pasivamente aceptadas por jueces más ambiguos que la norma.

Por lo tanto, el entendimiento que debe dársele al art. 39 de la ley 2ª de 1984, no puede ser otro que el de que corresponde al juez competente o instructor dar la orden escrita para la captura del gravemente indiciado, así se esté aún en las diligencias preliminares de policía judicial y que la facultad de la policía judicial en este caso se limita a *ejecutar o cumplir* la orden del juez.

Y no es interpretación caprichosa, personal o inventada para este caso. Por el contrario: ese fue el pensamiento del legislador de la ley 2ª de 1984.

"Se introdujo en este artículo (el 39 de la ley 2ª) una modificación que, a nuestro juicio, es *muy importante*, consistente en limitar la facultad de la policía judicial para capturar, *sin orden escrita de juez competente, exclusivamente* a los casos de *flagrancia y cuasiflagrancia*. En cuanto a la persona contra quien haya graves indicios, se requerirá siempre dicha orden. Se modifica así el art. 427 del código de Procedimiento Penal. *La calificación de los indicios que existan en un momento dado contra una persona, solo debe ser hecha por un juez. Es absurdo que se le dé esa facultad a la policía judicial...*". No son palabras de un juez municipal, ni de abogado interesado en la solución de un caso, son palabras del doctor ENRIQUE PAREJO GONZÁLEZ, actual ministro de justicia, a la sazón senador de la República, ponente del proyecto de ley que luego se convirtió en la ley 2ª de 1984, con la modificación mencionada, hoy plasmada en el art. 39 de esa ley. (Anales del Congreso, núm. 45, junio 14 de 1983, ponencia para segundo debate).

"...bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento..." (art. 27, inc. segundo del Código Civil).

De manera que para el juzgado no cabe duda alguna de que ni el señor jefe de la División de Investigaciones Especiales de Aduanas ni ningún otro funcionario de policía judicial podía ordenar, disponer o ejecutar la captura de S. P., por presuntos graves indicios de delitos cometidos años antes de esa captura.

IX. *Formalidades legales*: Según la Constitución (art. 23), salvo el caso de flagrancia, la captura solo procede previa orden escrita; esta es una formalidad constitucional, además el mismo artículo deja a la ley la reglamentación de otras formalidades.

En ese orden de ideas, la ley 2ª de 1984 (art. 41, modificatorio del art. 433 del Código de Procedimiento Penal) señaló como *formalidad* previa a la orden escrita, un auto de sustanciación donde se expongan brevemente las razones de su expedición.

Además deben guardarse otras formalidades, tales como las previstas en el art. 40 de la misma ley, y algunas otras que no viene al caso estudiar en este momento.

Obviamente que la ausencia de la orden escrita, la ausencia del auto que la ordene, dan lugar a la ilegalidad o aún más a la inconstitucionalidad de la captura o aprehensión.

X. En este caso concreto se observa: Motivo: S. P. fue aprehendido por delitos de falsedad y contrabando, hechos definidos previamente en las leyes como punibles. No hay nada que reprochar al respecto.

Autoridad competente: de lo que surge de las pruebas copiadas en el expediente de *habeas corpus*, puede deducirse que nadie capturó a S. P.; por lo tanto debía estar gozando de libertad, sino que probablemente le dio en gana ir a la cárcel Modelo, voluntariamente.

Esto por cuanto el jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana niega haber ordenado la captura de S. P.; él simplemente lo 'invitó' a que acompañara a 'ciertos' funcionarios de la Aduana que llevaban el expediente al reparto de los juzgados de instrucción penal aduanera.

Y por su parte, el Juez 6° de I. P. Aduanera tampoco capturó ni ordenó la captura de S. P., sino que recibió el expediente con preso a bordo.

Probablemente en el camino entre la Aduana y el juzgado 6 de I. P. Aduanera, alguien decidió capturar a S. P., trasgrediendo así no solo la ley sino las reglas de decencia, pues él iba solamente en calidad de 'invitado'.

Lo concreto es que S. P. terminó en la Cárcel Modelo, sin que nadie hubiera ordenado ni ejecutado su captura.

Para el juzgado es claro que S. P. fue capturado en las instalaciones de la Aduana, cuando se presentó 'voluntariamente' el 20 de noviembre, y que lo fue por orden verbal del señor jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, quien lo remitió en calidad de capturado al reparto de los juzgados de instrucción penal aduanera, junto con el expediente, custodiado en calidad de aprehendido por esos ciertos funcionarios de la Aduana, que no fueron otros que los detectives J. M. y F. G.

Lo anterior se deduce de los siguientes: el oficio 1284 por el cual el funcionario de aduanas remite el expediente, señala que lo envía 'junto con el señor L. A. S. P... quien aparece sindicado dentro de estas diligencias...'. La forma de redacción de este oficio, no deja lugar a dudas acerca de que S. P. es *enviado junto con un expediente*, es decir que se le asimila a calidad de *cosa*, equiparado al expediente, *junto* con el cual se le envía, demostrándose de esa manera que S. P. desde el momento en que salió de las instalaciones de la Aduana, no tenía autonomía personal, estaba privado de la libertad de locomoción, y su único destino, quisiera o no, era el juzgado de reparto de la jurisdicción especializada.

Además, aun cuando el señor jefe de la División se cuida de decirlo, se deduce de su información que los funcionarios que llevaban el expediente no eran otros que los mismos detectives que, según el mismo jefe, obedecieron la orden de captura que dice el señor jefe dio el juez. Si se trataba de llevar tan solo un expediente, si S. P. iba en calidad de 'invitado', ¿cuál la necesidad de que fueran dos detectives a tan sencilla misión? ¿Es que acaso es función de los detectives llevar y traer expedientes?

Miente, pues, el señor jefe de la División de Aduanas en su información dada a este juzgado cuando esconde el bulto y niega haber ordenado la captura de S. P.

Ya dijimos antes que ningún funcionario de policía judicial es competente para ordenar la captura del gravemente indiciado. En consecuencia se presenta aquí la primera irregularidad o ilegalidad en relación con la captura de S. P.

Orden escrita: ni el Juez 6° de I. P. Aduanera, ni el señor jefe de Investigaciones Especializadas, libraron mandamiento escrito alguno para la captura de S. P.

Segunda irregularidad o ilegalidad.

Formalidades legales: ni el Juez 6° de I. P. Aduanera, ni el jefe de Investigaciones Especiales, dictaron el auto previo a la orden escrita (que tampoco dictaron), donde expusieran brevemente los motivos de esa captura.

Tercera irregularidad o ilegalidad en la captura de S. P.

Una o tres irregularidades, para el caso es lo mismo; tres ilegalidades sumadas no dan más que una ilegalidad, que no se puede medir en cuantía, pues lo que es ilegal lo es de por sí, y en derecho no se distinguen ilegalidades mayores o menores.

En síntesis: como premisa a la solución que dará el juzgado a este asunto, se predica: *la captura de S. P. fue ilegal*.

XI. Ahora bien, siendo ilegal la captura de S. P., cabe preguntarse cuál ha debido ser la decisión del Juez 6° de I. P. Aduanera.

La respuesta es bien sencilla: dejarlo en libertad inmediata, como lo ordena el art. 429 del Código de Procedimiento Penal.

Cuál fue su decisión: abstenerse de ordenar esa libertad y ordenar la indagatoria de S. P.

XII. La ley ha establecido diversos mecanismos para que una persona recobre la libertad, cuando no se hayan cumplido las formalidades legales para su captura. Uno de esos mecanismos es el previsto en el art. 429 del C. de P. P.; otro, por ejemplo, es el previsto en el art. 432 *ibidem*.

Y por sobre todos ellos está la institución del *habeas corpus*, cuyas características de universalidad, origen constitucional y garantizado por pactos internacionales convertidos en ley de la República, le dan un realce y una importancia que supera y rebasa los estrechos límites de los otros dos mecanismos mencionados.

Por esa razón, si, por ejemplo, el alcaide o director de la cárcel no cumple con su obligación de dejar en libertad al capturado según el art. 432, obviamente que queda al 'agraviado' el 'recurso' del *habeas corpus*; y no se puede pretender que el juez que resuelva el *habeas corpus* en ese caso esté invadiendo órbitas extrañas, usurpando funciones del director de la cárcel, o enfrentando el poder ejecutivo (director de la cárcel) al poder jurisdiccional (juez del *habeas corpus*).

Del mismo modo, si el juez a cuya disposición se pone un capturado ilegalmente no cumple con su obligación de dejarlo en libertad, es procedente invocar el *habeas corpus*, y así mismo será procedente su libertad por ese mecanismo.

No se trata de que el juez del *habeas corpus* se convierta en segunda instancia del juez a cuya disposición está el aprehendido; tampoco se trata de enfrentar decisiones jurisdiccionales. Por el contrario, puede afirmarse que es tan delicado este punto de la libertad personal, que la ley ha rodeado de garantías al ciudadano, de tal modo que in-

tentado un mecanismo, el del art. 429, no queden cerradas las posibilidades al 'agraviado', sino que pueda recurrir a otro juez que con decisión irrecusable, con autoridad de cosa juzgada, encarnando en ese momento todos los poderes de la Constitución, decida definitivamente sobre la ilegalidad o legalidad de la captura.

En el expediente obra un auto del señor Juez 6° de I. P. Aduanera, por el cual decide la petición de libertad inmediata por el mecanismo del *habeas corpus*, negándola. No entra este juzgado a discutir, ni a analizar, ni menos a criticar, los argumentos y decisiones del señor Juez 6° de I. P. Aduanera. Ya lo dijimos, no somos ni nos convertimos en su segunda instancia, menos aún en sus jueces.

Recordando aquella contradicción del derecho penal a que hicimos referencia al salirnos un poco del tema, podemos afirmar que en casos como estos el juez a cuya disposición está el capturado toma la posición del juez que lucha contra la delincuencia y dentro de esa concepción toma sus determinaciones y hace sus análisis.

En la contraposición polar está el juez que conoce del *habeas corpus*, para quien en estos casos no hay delincuentes, peligrosos o no, culpables o no, sino ciudadanos con iguales derechos, a los cuales hay que garantizar la libertad personal, bajo principios de igualdad.

XIII. El auto del señor Juez 6° de I. P. Aduanera, por el cual niega la libertad por captura ilegal, es un asunto formalmente de sustanciación; su contenido puede discutirse acerca de si es de naturaleza interlocutoria (C. de P. P., art. 169 num. 2°), pero no es una orden formal de detención, no es un auto de detención que convierta el estado de captura en la situación jurídica del detenido; mucho menos puede considerarse como sentencia o con autoridad definitiva de cosa juzgada sobre la situación de captura de S. P., como sí lo será la decisión que tome este juzgado.

Por lo tanto, no se está en el caso de la prohibición del art. 421 del C. de P. P., en virtud de la cual frente a un auto de detención se paraliza la acción de *habeas corpus*, hayáanse o no pretermitido los términos anteriores sobre el estado de captura.

XIV. En relación con el término de 48 horas de que trata el art. 417 del C. de P. P., para que el ciudadano pueda invocar el *habeas corpus* es de hacer algunas precisiones:

Según la ley 74 de 1968, sobre derechos políticos y sociales, ya transcrita, el ciudadano tiene derecho a que se decida 'a la brevedad posible' sobre la legalidad de su prisión y se ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. Obviamente que el Código de Procedimiento Penal (decr. 409 de 1971) es posterior a esta ley, y puede argumentarse que es su reglamentación; sin embargo, la reglamentación no puede recortar los derechos conferidos por la ley reglamentada, además, es conocida la doctrina constitucional acerca de que las leyes aprobatorias de tratados públicos son de superior entidad y no pueden ser derogadas por leyes ordinarias. En consecuencia, pese a la estrecha concepción del C. de P. P., según el cual el *habeas corpus* solo se puede *invocar* después de 48 horas, la vigencia de la ley 74 de 1968, obliga al juez a *pronunciarse* a 'la brevedad posible', sin sujeción a ese término.

Por otra parte, como se está resolviendo por el mecanismo del *habeas corpus*, no un asunto de términos temporales, sino sobre la legalidad o ilegalidad de la captura, es de observar que el art. 429 señala que el pronunciamiento debe ser *inmediato*. Hay pues especialidad de la norma en cuanto a este aspecto.

XV. Respecto de la indagatoria de S. P., que a la hora en que se redacta este párrafo (3 y 30 de la tarde) ya debe haber sido recibida, o por lo menos comenzada, debe el despacho hacer las siguientes precisiones:

La captura tiene por objeto, en principio, la indagatoria; si la captura es legal, la inda-

gatoria será legal. *A contrario sensu*, ante una captura ilegal, el mantenimiento de ese estado de captura, la incomunicación y la indagatoria que se realicen serán igualmente ilegales. Ya lo dijo la Corte desde 1977: ante la ilegalidad de la captura, ante el vencimiento de los términos legales (momento desde el cual comienza a ser ilegal la captura que se haya producido legalmente), la obligación del juez instructor o competente es ordenar la libertad del imputado y recibirle luego indagatoria, libre de coacción alguna. Una diligencia no puede paralizar una acción constitucional como el *habeas corpus*; además, aunque se admita la legalidad de la diligencia, esta no es equiparable a la decisión del juez, auto de detención o sentencia, que haga declinar el *habeas corpus*.

Por lo demás, el juzgado hace suyos los siguientes planteamientos del doctor JAIME BERNAL CUELLAR, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, y del Tribunal de Bogotá, salas penales, co-legislador y asesor del gobierno en múltiples oportunidades en relación con leyes de procedimiento, quien a pesar del vínculo conocido (por notoriedad pública) con el abogado peticionario del *habeas corpus* en este caso, no por ello deja de ser, para este funcionario, persona con la suficiente entereza para ser imparcial en sus juicios, y con la suficiente respetabilidad por sus servicios anteriores a la justicia, como para ser tomado como guía en este caso:

"La recepción de indagatoria no es un mecanismo idóneo para impedir que prospere un pedimento de *habeas corpus*. Cuando se priva ilegalmente de la libertad a una persona (v. gr. con pretermisión de lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución), la recepción de indagatoria no puede subsanar una situación *ilegal*, porque la detención arbitraria y el atropello a las garantías constitucionales se consuma desde el mismo momento de la aprehensión, o de la extensión indebida de la privación de la libertad, y se constituye *por regla general* en un hecho irreversible.

"Esta posición se fundamenta principalmente en lo dispuesto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se consagran como *únicos casos* de improcedencia del *habeas corpus* la existencia de auto o sentencia de autoridad competente, o el no vencimiento de los *múltiples términos* señalados en el ordenamiento para poner a disposición de *otro* funcionario a la persona aprehendida, recibirle indagatoria, resolverle situación jurídica, ordenar su libertad, entregarlo a un estado extranjero, etc. etc.

"Cuando la captura ha sido ilegal, o se prolonga indebidamente la privación de la libertad, el *habeas corpus* solo se torna improcedente cuando se profiere un auto de *fondo* en el proceso como el *auto de detención*...".

XVI. De todo lo anterior, resulta incuestionable para este juzgado que se debe ordenar la libertad inmediata de L. A. S. P., por el mecanismo del *habeas corpus*, y así lo decidirá el juzgado en la parte resolutive de esta providencia.

Estamos ciertos, sabemos y esperamos que esta decisión traerá no pocos sinsabores al funcionario que la toma; pero, en primer lugar, no es la medrosidad característica del mismo, ni debe serlo de ningún juez; y, por otra parte, constituye parte de su pensamiento filosófico, jurídico y político, la lucha permanente por los Derechos Humanos, por la Democracia, por el Estado de Derecho, por las libertades públicas, contra las tendencias autoritarias y fascistoides que algunos quisieran imponer, y en ciertos períodos han impuesto, a la nación colombiana.

En el aspecto moral, desligado absolutamente del plano jurídico, consideramos a S. P., en cuyo favor ordenaremos la libertad, un delincuente común y peligroso, merecedor de la sanción que la ley ha establecido para su conducta, y aspiramos a que sea recapturado pronto, con las formalidades legales para que responda ante el juez competente por sus actos lesivos de la economía nacional.

Pero ni siquiera esa contradicción impedirá que este funcionario cumpla con sus deberes constitucionales y legales.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, *administrando justicia por autoridad de la Constitución, de la ley y de los tratados internacionales*.

RESUELVE:

I. *Amparar* a L. S. A. P., identificado con la cédula 19.122.503 de Bogotá, con el derecho de *habeas corpus*, por considerar *ilegal* el estado de captura a que se encuentra reducido en la actualidad.

II. *Ordenar*, en consecuencia, la *libertad inmediata* de L. A. S. P.

III. Notifíquese esta determinación al agraviado, comuníquese al señor Juez 6º de Instrucción Penal Aduanera.

IV. Expídanse copias de toda la actuación con destino a la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de que esa entidad establezca si hay lugar a proceso penal o disciplinario contra algún funcionario, incluyendo al que suscribe esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase