

## PROLONGACIÓN ILÍCITA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

MARCELA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

### MARCO TEÓRICO

La libertad personal debe considerarse como uno de los pilares fundamentales de un Estado Social de Derecho, en la cual la detención o prolongación ilegal de la libertad puede generar al Estado una responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes a los servidores públicos que priven ilegalmente a una persona de su libertad o la prolonguen ilícitamente, de acuerdo a lo establecido en los artículos 174<sup>2</sup> y 175<sup>3</sup> del Código Penal colombiano.

En ese sentido y partiendo del nuevo Código de Procedimiento Penal por el cual se adoptó un sistema penal acusatorio y además se creó la figura del juez de control de garantías, constituyéndose en guardián de los derechos constitucionales fundamentales del procesado y de las víctimas, como también lo relativo al derecho constitucional de la libertad personal, de tal suerte que cualquier limitación a este derecho, debe someterse a los principios de adecuación, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo a lo establecido por el artículo 295<sup>4</sup> del Código de Procedimiento Penal.

Una de las actuaciones que se adelantan frente al juez de control de garantías es la audiencia de legalización de captura, la cual está sometida al principio de reserva judicial, en el entendido de que nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito y expedido por autoridad judicial competente, bajo unas formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. Ante esto existe una excepción, la cual es la captura en los casos de flagrancia.

Ahora bien, respecto al control *posterior* de la captura, se ha establecido que la misma debe hacerse en el menor tiempo posible sin superar de las treinta y seis (36) horas siguientes,

---

<sup>2</sup> ARTÍCULO 174. PRIVACIÓN ILEGAL DE LIBERTAD. El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

<sup>3</sup> ARTÍCULO 175. PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. 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.

<sup>4</sup> ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

en el entendido que dentro de este tiempo se debe realizar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de control de garantías o del juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de:

*“(…) (i) evaluar si concurren razones jurídicas suficientes para la restricción de la libertad; (ii) establecer si se precisa la detención antes del juicio; (iii) salvaguardar el bienestar del detenido; (iv) prevenir detenciones arbitrarias y otras eventuales afectaciones de derechos fundamentales.”<sup>5</sup>*

En ese sentido, el sistema jurídico penal colombiano ha acogido una restricción de la libertad despojada de control judicial frente a la prolongación indefinida de la libertad, estableciendo para ello un parámetro temporal para que se lleve a cabo la respectiva supervisión de legalidad. De tal forma que toda privación efectiva de la libertad personal debe ser sometida a control judicial dentro del menor tiempo posible o dentro de un plazo razonable y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción. Teniendo en cuenta lo anterior y en caso de que no se realice el respectivo control de legalidad de la captura dentro del término señalado para ello, existe el Hábeas Corpus, como un derecho fundamental y una acción constitucional que garantiza el control de la legalidad, no sólo sobre la aprehensión sino sobre la prolongación del estado de aprehensión o de la privación de la libertad, teniendo en cuenta lo indicado por la Constitución Política en su artículo 30, que indica lo siguiente:

*“ARTÍCULO 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Hábeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis (36) horas.”*

El Hábeas Corpus es un derecho que tiene todo ciudadano y que puede ser ejercido en cualquier tiempo cuando considere que su privación de la libertad o la privación de otra persona es injusta. De igual forma se considera que el Hábeas Corpus es una acción pública que tutela la libertad personal cuando alguien es capturado con violación a las garantías constitucionales o legales, o cuando se ha prolongado ilegalmente la privación de la libertad. En este sentido, el Hábeas Corpus debe ser considerado como una acción y no como un recurso, ya que no en todos los casos existe un proceso en curso y sólo se está ejerciendo un derecho ante la jurisdicción.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

¿Es ilegal la privación de la libertad cuando se prolonga innecesariamente sin exceder de las treinta y seis (36) horas?

Con este proyecto de investigación se busca dar respuesta al problema jurídico planteado, atendiendo a que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 297 indica que para realizar una captura se requiere orden escrita proferida por un Juez con función de control

---

<sup>5</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de garantías bajo las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, para inferir que aquél contra quien se pide librar la orden de captura es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal. En este sentido, la persona que ha sido capturada debe ser puesta a disposición de un Juez con funciones de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas, con el fin de que se efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

Respecto de las formalidades legales de la orden de captura, el artículo 298 del Código de Procedimiento Penal indica que dicho mandamiento escrito debe ser expedido por el Juez con función de control de garantías, en la cual se debe indicar lo siguiente:

Motivos de la captura de forma clara y sucinta  
Nombre de la persona a capturar (indiciado o imputado)  
Datos que permitan la individualización de la persona (indiciado o imputado)  
Delito que provisionalmente se señale  
Fecha de la ocurrencia de los hechos  
Nombre del Fiscal que dirige la investigación

En cuanto a los motivos razonablemente fundados, éstos deben tener respaldo probatorio, tal y como lo señala el artículo 221 del mismo estatuto procesal, como lo es el informe de policía judicial, declaraciones juradas de testigos o informantes, o con base en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación de la persona a capturar como autor o partícipe con los hechos que se refieren. Dicha orden de captura tendrá una vigencia máxima de un (1) año, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del Fiscal correspondiente.

Por otra parte el procedimiento de la captura en los casos de flagrancia es diferente, ya que en estos casos y atendiendo a lo indicado en el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia. Si la captura es realizada por una autoridad, ésta deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia ante la Fiscalía General de la Nación. De igual forma se debe proceder si la aprehensión es realizada por un particular, ya que deberá conducirse al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía, quien dentro del mismo plazo lo pondrá a disposición de la Fiscalía.

Ahora bien, se tiene claro que cuando a una persona se le priva de la libertad, ésta debe ser puesta a disposición de la autoridad competente, esto es, ante el Juez con función de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la captura, pero ¿qué sucede si la persona capturada pudo haber sido puesta a disposición de la autoridad competente en un término inferior a las treinta y seis (36) horas y no se hizo? ¿Es ilegal la captura?

En este sentido, lo que se busca establecer por medio de este proyecto de investigación es encontrar una respuesta a la pregunta planteada, en relación a que se desconoce si una persona capturada y que no ha sido puesta a disposición de la autoridad competente dentro del término máximo de las treinta y seis (36) horas, puede alegar o no que su captura es ilegal si pudo haber sido puesto a disposición de la autoridad competente en un término menor a las treinta y seis (36) horas.

## **HIPÓTESIS**

La privación de la libertad es ilegal cuando se prolonga innecesariamente, aun cuando no excede de las treinta y seis (36) horas.

## **OBJETIVO GENERAL**

Determinar la constitucionalidad de la privación de la libertad cuando se prolonga innecesariamente, sin exceder de las treinta y seis (36) horas.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Determinar el régimen de libertad y captura en Colombia

El desarrollo de este objetivo se llevará a cabo por medio del Código de Procedimiento Penal, atendiendo al Título IV del mismo que dispone todo lo relacionado con el Régimen de la libertad y su restricción, en el entendido que la privación o restricción de la libertad del imputado tiene carácter excepcional y sólo podrá hacerse aplicable cuando la misma sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable, frente a los contenidos constitucionales, bien sea al inicio de un proceso penal o ya dentro de una actuación.

De igual forma se señalan los requisitos generales para la emisión de una orden de captura por parte de un Juez con función de control de garantías, como también el contenido que debe llevar la orden de captura y la vigencia que ésta tiene. De igual forma se desarrolla cómo es el trámite de la orden de captura y en qué casos la Fiscalía puede excepcionalmente ordenarla.

Por otra parte, dentro de este régimen se señala cómo es el procedimiento de la captura en los casos de flagrancia cuando la misma ha sido efectuada por una autoridad o por un particular y cuáles son los derechos que se le deben informar de manera inmediata a la persona capturada.

Describir la garantía de la temporalidad en el régimen de libertad y captura

El término de las treinta y seis (36) horas, es el lapso máximo que ha conferido el legislador, lo cual no implica que la persona capturada no pueda ser puesta a disposición del Juez de control de garantías dentro de un lapso inferior, atendiendo a que se pretende que la

legalidad de la captura se realice en el menor tiempo posible. En este sentido, el juez no sólo debe verificar que la legalidad de la captura se está realizando dentro del lapso de las treinta y seis (36) horas, pues lo primordial sería determinar si dicha diligencia pudo haberse realizado dentro de un término inferior.

Con base en lo anterior y atendiendo a la necesidad de realizar un control de legalidad de la captura en el menor tiempo posible, tal y como lo señala el inciso 3° del artículo 2° del Código de Procedimiento Penal<sup>6</sup>, tiene su fundamento jurídico en varios tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado en relación al derecho a la libertad personal, como los siguientes:

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

(Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José. Artículo 7.5)

2. “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.”

(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9.3)

3. “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevidad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.”

(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9.4)

En ese sentido, se evidencia que los diferentes instrumentos internacionales han optado por los términos “sin demora”, “brevidad posible”, “dentro de un plazo razonable” para hacer referencia a que el control de legalidad de la captura se debe realizar en el menor tiempo posible, siendo las treinta y seis (36) horas el límite máximo para la realización de dicho control, entendiéndose este lapso de tiempo como el de mayor prolongación permitida para la privación de la libertad, ya que de lo contrario se daría paso a la arbitrariedad de la captura, además que se estarían afectando los derechos constitucionales fundamentales de la persona.

Describir el principio de necesidad de la privación de la libertad

El desarrollo de este objetivo se llevará a cabo en primera medida con base en el principio de proporcionalidad, el cual ha sido definido como un principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de

---

<sup>6</sup> ARTÍCULO 2. LIBERTAD. (...) En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

libertad de los ciudadanos por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles, y proporcional en sentido estricto, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.

De este modo, son tres subprincipios los que se derivan de la máxima de proporcionalidad, conforme a los cuales se compara la proporción existente entre el principio protegido por el medio arbitrado y el principio protegido por la finalidad querida.

Idoneidad o adecuación

Necesidad o indispensabilidad

Proporcionalidad en sentido estricto

El subprincipio de idoneidad o adecuación exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la finalidad legítima perseguida.

El subprincipio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos restrictivo sobre el derecho fundamental en juego.

Mediante el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las ventajas y los sacrificios de la medida.

Los anteriores subprincipios se aplican de una manera sucesiva y escalonada, de modo que si no se logra atravesar uno de ellos, la norma debe ser declarada inconstitucional.

La Corte Constitucional<sup>7</sup> ha indicado que el principio de proporcionalidad es el principal criterio de análisis que en el marco de la justicia constitucional permite examinar y neutralizar el exceso en el uso de la potestad de configuración del legislador penal y, por lo que aquí interesa, en el ámbito de las medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal del imputado. La proporcionalidad, como estándar de delimitación de la producción normativa, es un criterio analítico que previene, desde el punto de vista material, del empleo arbitrario e injustificado de disposiciones cautelares con efectos aflictivos sobre los derechos del procesado y encausa su legítimo ejercicio con arreglo a los mandatos constitucionales.

Por tal motivo para que una persona sea legalmente capturada, se requiere orden escrita proferida por un Juez de control de garantías, autoridad jurisdiccional a quien el artículo

---

<sup>7</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

297, inciso 1º y párrafo único de la Ley 906 de 2004, erige como el funcionario competente para emitirla, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Así las cosas, y atendiendo a lo indicado por BERNAL PULIDO<sup>8</sup> se debe realizar un previo juicio fundado y racional, respecto a la necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, exigencia que no puede ser considerada en caso alguno como extrema, toda vez que, de no ser así, supondrá una intromisión innecesaria, desproporcionada y por tanto arbitraria a este derecho fundamental de primera categoría, que es el que permite dinamizar los restantes derechos fundamentales.

Sintetizar la relación entre el principio de necesidad y la temporalidad de la libertad y captura

Bien se ha indicado en la sentencia C-163 de 2008 con M.P. Jaime Córdoba Triviño, en cuanto a que el plazo de las treinta y seis (36) horas previsto en la ley procesal penal para someter al control de legalidad de la captura efectuada en cualesquiera de sus modalidades, es un límite temporal destinado a evitar las privaciones arbitrarias de la libertad. De tal forma que deba interpretarse de manera restrictiva, por las afectaciones que representa para la libertad y para los postulados constitucionales pro libertate, y de reserva legal y judicial de las mismas, en cuanto a que sería inadmisibles una privación de la libertad que no cuente con un plazo para el respectivo control de su legalidad.

El ex Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Hernando Torres Corredor<sup>9</sup>, indica que sí existe una justificación para que el servidor encargado de la captura no haya cumplido estrictamente con la inmediatez que exige el inc. 2º del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, para poner a disposición de la Fiscalía al capturado y si, por otra parte, durante ese lapso de tiempo no se le vulneraron los derechos fundamentales al capturado, es decir se respetó su integridad personal, y no se le vulneraron los derechos que tiene como capturado consagrados en el artículo 303 ibíd., tampoco se puede considerar que la captura haya sido ilegal. Más aún si se tiene en cuenta que las autoridades administrativas de policía se rigen por un sistema de jerarquía y por reglamentos internos que hacen dispendioso los procedimientos impidiendo la agilidad y prontitud de los mismos.

Por otra parte, ha indicado que ante las dificultades para establecer pautas absolutas en relación con el tiempo, con la inmediatez, propone un test con tres variables, las cuales son las siguientes:

---

<sup>8</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 2003, pp. 687 y ss.

<sup>9</sup> Torres Corredor, Hernando. Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio. Segundo texto sobre captura. Bogotá D.C., agosto de 2005. p. 5.

La conducta de la persona: verificando si se trata o no de un crimen organizado para poder adelantar el procedimiento.

Complejidad del caso: verificar cuántas personas están involucradas, qué tipo de caso se trata, características del territorio, si éste es apartado o no, etc.

Capacidad institucional: verificar la capacidad de respuesta de la institución, bien sea de la Fiscalía, de la Policía o del sistema en general.

## **RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN**

Artículos 295 a 320 del C.P.P.

### Excepcionalidad de la privación de la libertad

La privación o restricción de la libertad de una persona (indiciado-imputado) tiene carácter de excepcional y sólo podrá hacerse aplicable cuando la misma sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable, bien sea al inicio de un proceso penal o ya dentro de una actuación, esto es, y de acuerdo al artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, la libertad personal tiene como finalidad y teniendo en cuenta su necesidad, de evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT<sup>10</sup> indican que la captura es una forma de aplicar medidas restrictivas de la libertad y sólo en virtud de la existencia de una orden judicial en la que se establezca la responsabilidad por una conducta punible, partiendo del principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8° del Pacto de San José, sin dejar de lado que la privación de la libertad también puede verse como una sanción como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho a la libertad.

### Captura como acto complejo

La captura es un acto complejo que no puede confundirse con los motivos de la privación de la libertad o con la aprehensión en sentido estricto, ya que la captura consiste en la orden de un juez con funciones de control de garantías o excepcionalmente de un Fiscal, sustentada en razones constitucionales y legales, y con el fin de poder aprehender físicamente a una persona, es decir, la captura es la orden dictada por una autoridad judicial, bien sea por un juez de control de garantías o excepcionalmente por un fiscal, mientras que la aprehensión es la concreción de la orden de captura.

---

<sup>10</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Estructura y Garantías Procesales. Tomo II. Naturaleza de la Captura. Universidad Externado De Colombia. 6° ED, 2014.

La captura no sólo se agota con la mera aprehensión física, ya que ésta se basa en el hecho de que durante todo el procedimiento, la persona conserva todo el núcleo de derechos y garantías que le son propios.

#### Formalidades legales y motivos fundados para la orden de captura

Para poder llevarse a cabo la captura, requiere que ésta sea proferida por un juez de control de garantías o excepcionalmente por la Fiscalía (art. 300 del C.P.P.) con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, para inferir que aquél contra quien se pide librarla es autor o participe del delito que se investiga. En igual sentido lo ha señalado la Constitución Política en su artículo 28, en el entendido nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Lo anterior significa que es indispensable tener en cuenta la existencia de una conducta que revista las características de un delito y comporte una medida de aseguramiento privativa de la libertad, la cual debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable.

La orden escrita y emitida por el respectivo juez de la República debe contener las siguientes formalidades legales de acuerdo al mandato constitucional y legal (art. 28 de la Constitución Política y art. 298 del Código de Procedimiento Penal):

#### *Motivos de la captura de forma clara y sucinta*

Este requisito responde al derecho que le asiste a la persona capturada de ser informada de los motivos de la aprehensión de acuerdo al numeral 1° del artículo 303 Código de Procedimiento Penal y atendiendo a que la persona tiene derecho a conocer sobre el hecho que se le atribuye y el motivo de su captura. Dichos motivos se reducen a los indicados en el artículo 296 y 308 *Ibíd.* En este sentido se concluye que sólo se puede capturar si se pretende adoptar una medida de aseguramiento privativa de la libertad, esto en razón a que la captura es el instrumento para así poder disponer de la privación de la libertad y poder adoptar una medida de aseguramiento.

#### *Individualización o identificación de la persona a capturar*

La orden de captura debe responder al requisito de inferencia de autoría o participación de la persona a capturar en una conducta delictiva, asegurándose que la orden de captura esté dirigida a una persona en específico, evitándose la captura de homónimos.

#### *Delito que provisionalmente se señale*

Esto en atención a que el capturado tiene el derecho de conocer sobre la posible conducta delictiva por la cual se le está señalando y por la cual se ordenó orden de captura.

#### *Fecha de los hechos*

La persona capturada tiene derecho a conocer la fecha en la cual supuestamente cometió la conducta delictiva.

### *Vigencia de la orden de captura*

La orden de captura tiene una vigencia máxima de un (1) año, pero podrá prorrogarse, a petición del fiscal correspondiente, tantas veces como resulte necesario, quien deberá sustentar la solicitud oralmente ante el juez con función de control de garantías, ya que una vez que dicho funcionario ha expedido la orden de aprehensión o ha ejercido control sobre el mismo, es el único competente para disponer que dicha orden de captura se prolongue en el tiempo para su ejecución.

La Fiscalía estará obligada a comunicar la prórroga al organismo de policía judicial encargado de hacerla efectiva, además que debe tenerse en cuenta que la prórroga está sometida al control del juez con función de control de garantías, debido a que es necesario determinar si aún subsisten las razones probatorias para mantener vigente la orden de captura.

### *Fiscal que dirige la investigación*

Identificar al Fiscal que dirige la investigación facilita a que el capturado pueda interponer los recursos a que haya lugar, controlar la actividad del ente investigador, entre otros.

En cuanto a los motivos fundados, se refiere al respaldo probatorio que se tiene gracias a los informes de policía judicial, declaraciones juradas de testigos o de informantes, o en elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 221 C.P.P.) con la que se logre inferir la participación de la persona a capturar en el delito investigado.

La expedición de una orden de captura sólo resulta viable cuando deba imponerse una medida de aseguramiento privativa de la libertad como la detención preventiva, en este sentido, la captura debe considerarse como una solución extrema para que la persona capturada concorra al proceso y atienda los demás requerimientos procesales, además de los señalados en el artículo 296 del C.P.P., estos son, evitar la obstrucción a la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso y la protección de la comunidad y las víctimas.

La captura en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente sólo tiene dos excepciones consagradas directamente en la Carta: los eventos de flagrancia y los casos excepcionales en que la Fiscalía General de la Nación puede librar la orden de captura. Los particulares sólo pueden realizar capturas en casos de flagrancia y captura públicamente requerida.

Ahora bien, la orden de captura debe ser el producto acabado de la investigación, ya que no se puede librar orden de captura para así proceder a investigar, siendo así, que sólo es factible capturar a una persona antes de la audiencia de formulación de imputación cuando existan elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, además de los motivos fundados que permitan aseverar objetivamente que es procedente imponer medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por otra parte, la captura no es necesaria para la celebración de la audiencia de formulación de imputación, ya que ante la no concurrencia del indiciado, éste puede ser declarado persona ausente o en contumacia, y bastará la presencia de su defensor.

En este sentido se tiene que el juez de control de garantías debe realizar un análisis profundo sobre todos los elementos con los que cuenta la Fiscalía para llevar a cabo la captura de una persona, en atención a que dichos elementos de prueba deben ser suficientes para indicar que la persona a capturar ha participado en una conducta delictiva, bien sea como autor o partícipe, además que la medida debe ser necesaria para afectación del derecho fundamental de la libertad.

Una vez se tenga la orden de captura y emitida por el juez con funciones de control de garantías, la misma es enviada a la Fiscalía y a los organismos de Policía Judicial encargados de la aprehensión física y de efectuar su registro en el sistema de información. De igual forma, la policía judicial puede divulgar a través de los medios de comunicación las órdenes de captura durante su vigencia, pero esta actuación deberá ser determinada por el juez durante la audiencia donde libra la orden de captura, ya que la divulgación implica afectar derechos fundamentales que exige control judicial.

Es importante tener clara la competencia del juez para librar orden de captura, esto en relación a la etapa en la que se encuentre el proceso, es decir, la competencia del juez de control de garantías va hasta antes de que se dicte sentencia condenatoria, momento en el cual le corresponderá al juez de conocimiento, pero si ya se dictó dicha providencia y ésta está en firme, al juez que le corresponde expedir la orden de captura será al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. En estos dos últimos casos no se exige el control de legalidad de la captura por parte del juez de control de garantías, ya que la persona será aprehendida para el cumplimiento de la sentencia condenatoria, caso en el cual le corresponderá al juez de conocimiento o de ejecución de penas según sea el caso.

#### Derechos del capturado en la aprehensión material

Al momento de realizarse la aprehensión material, al capturado se le deben informar de manera inmediata sus derechos, teniendo en cuenta el respeto a la dignidad humana, buen trato moral y físico.

De acuerdo al artículo 303 del Código de Procedimiento Penal, al capturado se le debe informar inmediatamente lo siguiente:

Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.

Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión.

Del derecho que tiene a guardar silencio, ya que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra.

Que no está obligado a declarar en contra de sí mismo, de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública le designará un defensor.

Ahora bien, TORRES CORREDOR<sup>11</sup> considera que si la autoridad de policía quien realizó la captura no dio a conocer los derechos del capturado y que en la práctica no se vulneraron dichos derechos, ya que hubo buen trato, el capturado guardó silencio, tuvo la oportunidad de comunicarse con su abogado de confianza, entre otros, no se puede considerar que como consecuencia de dicha omisión pueda verse afectada la legalidad de la captura:

*“En estos casos, la omisión de información se convierte en una formalidad no violatoria del debido proceso; no obstante, el apego a las formalidades hace perder de vista la finalidad para lo cual fue dispuesta la medida restrictiva de la libertad, atendida la necesidad de evitar la obstrucción de la justicia, de asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad, y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena. (Art. 296 del C. de P.P.). En última instancia, también, la búsqueda de la verdad y la justicia.”<sup>12</sup>*

Disposición del capturado ante la autoridad competente

Una vez realizada la captura, respetando los lineamientos ya indicados, como lo son la orden proferida por el juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos legales, el capturado debe ser puesto a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas, con el fin de que se efectúe la audiencia de control de legalidad la captura, evaluando la situación en la que se produjo la restricción de la libertad, verificando el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley en relación con los derechos del capturado, se ordene la cancelación de la orden de captura y se disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

Por otra parte, en dicha audiencia de control de legalidad se puede decretar la invalidez de la aprehensión y tomar las medidas pertinentes para la protección de los derechos del capturado. Así mismo, se requiere de la presencia del indiciado en dicha diligencia, ya que es fundamental para la eficacia de sus derechos, por tal motivo no puede declararse persona ausente ni contumaz, ya que de lo contrario implicaría la afectación de los derechos.

En este sentido, la captura no es válida y por lo tanto es ilegal cuando se presentan las siguientes circunstancias (BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT):

Cuando se violen los preceptos constitucionales, esto es, el artículo 28 de la Carta Magna. Cuando no se cumplen los términos establecidos en la Constitución, esto es, cuando no se ponga a la persona capturada a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que

---

<sup>11</sup> TORRES CORREDOR, Hernando. Magistrado. Conversatorio del Derecho Penal Acusatorio. Segundo texto sobre captura. Bogotá, 2005. p. 5.

<sup>12</sup> TORRES CORREDOR, Hernando. Magistrado. Conversatorio del Derecho Penal Acusatorio. Segundo texto sobre captura. Bogotá, 2005. p. 5.

establezca la ley. En este sentido, no se habla de una captura ilícita, sino de una captura irregular por prolongación ilegal de la privación de la libertad.

Cuando no se respetan los derechos implícitos en la forma de ejecución de la orden. En este sentido, deben aplicarse los mismos criterios del habeas corpus reparador.

Cuando se desconocen garantías legales que trascienden a la violación de principios, valores y derechos constitucionales. En este sentido, el incumplimiento de la normativa legal no implica per se la ilegalidad de la captura, porque aquí debe seguirse la regla de la instrumentalización de las formas. Sólo en la medida en que la transgresión de los preceptos legales implique una vulneración de derechos fundamentales, la captura será ilegal. En otras palabras, no toda violación de preceptos legales significa que la captura es constitucionalmente cuestionable.

El juez que conoce sobre la legalización de la captura, está facultado (competencia extensiva) frente a las diligencias judiciales como la formulación de imputación y solicitud e imposición de medida de aseguramiento, a esto se le conoce como concentración de audiencias preliminares. En este sentido, se entiende que las diligencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento se cumplen en una única audiencia ante el juez con función de control de garantías, las cuales se deben llevar a cabo dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Si se declara la ilegalidad de una captura, ésta trae consigo el restablecimiento inmediato del derecho a la libertad, so pena de incurrir en una prolongación ilícita de retención, la cual da lugar al ejercicio del Hábeas Corpus, como mecanismo para la protección de la libertad personal cuando de ella se ha privado ilegalmente, como garantía de los derechos fundamentales que han sido reconocidos en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Por otra parte, TORRES CORREDOR ha indicado que otro efecto que se puede producir como consecuencia de la declaratoria de la ilegalidad de la captura es el de la exclusión de prueba de acuerdo al principio de la cláusula de exclusión consagrado en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, que establece lo siguiente:

*“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.”*

La captura en situación de flagrancia

De conformidad con el artículo 32 superior, cualquier persona puede aprehender a la persona sorprendida en flagrancia con el único fin de ponerlo a disposición de un juez de la República. Se trata de un caso de aprehensión sin orden previa de autoridad judicial, es decir, en estos casos la captura se realiza antes de iniciarse la actuación procesal cuando no hay una denuncia sobre la presunta comisión de un delito, de tal suerte que gracias a la captura en flagrancia, ésta puede constituir en un fundamento probatorio para dar

comienzo a la investigación y así proceder a la privación de la libertad sin que exista un mandamiento escrito de autoridad competente.

El artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, hace referencia al procedimiento de la captura en casos de flagrancia, en el cual se señala que cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia. Ante esto, no está de más llegar a considerar que los particulares también se encuentran facultados para aprehender a una persona sobre la cual reposa una orden de captura, esto de conformidad con el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, que consagra como deber de los particulares colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia y lograr la colaboración de la ciudadanía para la ejecución de la orden legítimamente expedida, así como en los casos en que la orden de captura se pone en conocimiento de la sociedad a través de los medios de comunicación, de acuerdo con el inciso 3° del artículo 298 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se indica lo siguiente:

*“...La policía judicial puede divulgar a través de los medios de comunicación las órdenes de captura.”*

Si es una autoridad la que realiza la captura, ésta deberá conducir al aprehendido inmediatamente o más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Respecto de la inmediatez, el Magistrado Hernando Torres Corredor, ha indicado que la exigencia de la inmediatez, tiene sentido en función de la protección física de la persona, en cuanto que en el momento de la captura, que significa mucho más que la mera aprehensión física, ya que la persona se encuentra en manos del Estado y de sus instituciones, por esa razón, debe actuarse con especial celo frente a este hecho.

Frente a la discusión de inmediatez que se ha generado frente a la captura, se propuso por parte de un Juez de Engativá un test con 3 variables que pueda servir de base para llevar a cabo un control más razonable sobre la captura, con el fin de establecer algunas pautas absolutas con relación al tiempo, es decir, con la inmediatez. Dicho test está definido a partir de la jurisprudencia y de opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual consta de los siguientes criterios:

La conducta de la persona: verificar si se está frente a un crimen organizado.

Complejidad del caso: se trata de verificar cuántas personas están involucradas, qué tipo de caso se trata, qué característica precisas tiene éste en función de las dificultades que encierra, etc.

Capacidad institucional: consiste en verificar la capacidad de respuesta institucional, es decir, la capacidad de respuesta que tiene la Fiscalía, la Policía Nacional y en general el sistema.

Los particulares no están autorizados para ejercer violencia sobre la persona capturada, sin perjuicio de que se llegue a considerar que se obró bajo la figura de la legítima defensa y

del uso racional de la fuerza para así poder someter al aprehendido, lo que conlleva a que se realice un examen sobre la prohibición de exceso.

## **GARANTÍA DE LA TEMPORALIDAD EN EL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y CAPTURA**

Se ha venido cuestionando sobre la afectación de uno de los derechos más importantes de una persona, la cual es la libertad, en relación a la captura, ya que debe imponerse la necesidad de unas razones, una forma y un tiempo para que la misma sea revisada por una autoridad judicial competente de manera rápida. En ese sentido, se tiene que el Legislador ha indicado que se deben realizar los controles correspondientes por parte de la autoridad judicial para determinar la legalidad o no de la captura.

En ese sentido, el inciso 2° del artículo 297 del C.P.P., en relación con la captura por orden escrita de autoridad judicial competente, teniendo en cuenta las formalidades legales y los motivos razonablemente fundados, ha indicado que el aprehendido debe ser puesto a disposición del juez de control de garantías en un plazo máximo de 36 horas, a efectos de que se analice la legalidad de la forma en que se produjo la privación de la libertad, en atención a la orden de captura que se había emitido luego de haberse inferido la autoría o participación de la persona frente a una conducta delictiva.

Ahora bien, respecto del control de la captura en flagrancia, ésta resulta más exigente a diferencia de la captura con orden de autoridad judicial, ya que debe analizarse la forma, el tiempo en que debe realizarse y el trato hacia la persona aprehendida. En relación con el tiempo, bien se sabe que si ha sido una autoridad la que realiza la captura, deberá conducir al aprehendido INMEDIATAMENTE o A MÁS TARDAR EN EL TÉRMINO DE LA DISTANCIA, ante la Fiscalía General de la Nación, pero si la captura ha sido realizada por un particular, deberá conducir al aprehendido EN EL TÉRMINO DE LA DISTANCIA ante cualquier autoridad de policía administrativa o quien ejerza funciones de policía judicial, y deberá además rendir ante ésta un informe sobre lo ocurrido.

Por otra parte, si es una autoridad quien realiza la aprehensión, ésta deberá poner a la persona capturada a disposición de la Fiscalía y presentar el respectivo informe.

La Corte Suprema de Justicia ha afirmado que el plazo que debe haber entre la respectiva aprehensión y la presentación de la persona capturada ante la fiscalía, debe ser de manera inmediata, atendiendo a lo siguiente:

*“...se debe afirmar que la única posibilidad legítima de actuación por parte de una autoridad que captura a una persona en situación de flagrancia, es la de conducirla de inmediato, o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación, como lo señala el inciso 2.° del artículo 302 de la Ley 906. Cualquier dilación torna en ilegítima la aprehensión y activa los mecanismos constitucionales y legales consagrados para proteger la libertad personal, como el hábeas corpus, y compromete la responsabilidad del servidor público que se desvía de su deber...” (SP. Rad. 36107 – 14/09/11)*

Por tal motivo, se le ha impuesto a la Fiscalía una obligación adicional previo para el control de la legalidad de la captura, en ese sentido debe deliberar sobre libertad del aprehendido, ya sea porque no existió flagrancia o porque resultó desproporcionada la captura, cuando se trata de un delito de menor entidad, o en el evento contrario, deberá presentarlo ante el juez de control de garantías, quien le corresponderá analizar si existe o no flagrancia y, de existir, determinar si procede o no una medida de aseguramiento que justifique la privación de la libertad personal previa a la audiencia de imputación. De tal forma que el inciso 4° del artículo 302 del C.P.P. indica lo siguiente:

*“...que si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la fiscalía, imponiéndose bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.”*

En consecuencia, esta norma impone al fiscal a cuya disposición es puesto el capturado, la obligación de valorar dos situaciones (SP. Rad. 36107 – 14/09/11):

- 1) si el presunto delito por el que se procede comporta medida de aseguramiento; y,
- 2) si la captura fue legítima, esto es, si se produjo dentro de una de las precisas y estrictas hipótesis previstas para la flagrancia –vale decir que no haya sido arbitraria-, y si la forma en que se produjo respetó los estándares legales; apreciación que de acuerdo con sus resultados podría generar como efecto ineluctable la orden de libertad inmediata del aprehendido, so pena de incurrir en el delito descrito en el artículo 175 del estatuto punitivo, conocido como prolongación ilícita de privación de libertad.

De manera que, si el fiscal concluye que el delito por el que se produjo la captura no comporta medida de aseguramiento, o que la aprehensión fue ilegal, deberá, de inmediato, ordenar el restablecimiento de la libertad, sin más consideraciones. De suerte que, cuando la captura en situación de flagrancia se presenta o se interpreta extendiendo la ley más allá de los eventos que la configuran y contrariando los alcances de la evaluación restrictiva contenida en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004, se convierte en arbitraria, siendo obligación de la autoridad llamada a controlar la legalidad de la aprehensión, declararlo así.

## **PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**

Para comenzar, se debe partir del principio de proporcionalidad, el cual ha sido definido de la siguiente manera:

*“... principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción*

estatal —en cualesquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial) — debe ser útil, necesaria.”<sup>13</sup>

La esencia del principio de proporcionalidad está dirigida a la interdicción de intervenciones excesivas por parte de las ramas de los poderes públicos, y además que se ha transformado en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales de las personas. Es por ello que se prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas y se establece la obligación de que las mismas estén contenidas dentro de sus propios límites, de tal forma que se trata esencialmente de un principio, el cual está destinado a proteger los derechos y libertades.

De este modo, son tres subprincipios los que se derivan de la máxima de proporcionalidad, conforme a los cuales se compara la proporción existente entre el principio protegido por el medio arbitrado y el principio protegido por la finalidad querida.

#### Idoneidad o adecuación

El subprincipio de idoneidad o adecuación exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la obtención de la finalidad constitucionalmente legítima. De igual forma, pretende que toda intervención en los derechos fundamentales deba ser aceptada, efectiva y que contribuya a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, los cuales son los consagrados en el numeral 1° del artículo 250: asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

#### Necesidad o indispensabilidad

El subprincipio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos restrictivo sobre el derecho fundamental en juego. En este sentido, si la medida que se pretende adoptar tiene un fin constitucional y se desea que la misma sea la menos lesiva al derecho fundamental de la libertad, la ley ha consagrado varias opciones y que han sido adoptadas, como lo son las medidas alternativas a la prisión, o aquella que afecte en el menor grado posible el derecho a la libertad.

Así las cosas, CRUZ BOLIVAR<sup>14</sup> ha planteado que si de la estructura de este subprincipio surge en la dinámica del proceso penal una problemática en el caso de que el ente acusador haya solicitado medida de privación intramural, sin realizar petición alguna en relación con la detención domiciliaria, ¿puede el juez concederla motu proprio, de forma independiente a la posición de las demás partes? O por el contrario, ante el carácter rogado de la solicitud de medida de aseguramiento, ¿deberá no hacer el juez ninguna consideración al respecto, centrando su pronunciamiento en la imposición o no de la restricción solicitada por el fiscal?

---

<sup>13</sup> BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. Revista de Administración Pública. Núm. 135. Septiembre – diciembre, 1994. p. 500.

<sup>14</sup> CRUZ BOLIVAR, Leonardo Fabián. Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Universidad Externado de Colombia. 2012. p. 83.

Ante las cuestiones planteadas, es importante tener en cuenta que se encuentra en juego la mayor o menor intensidad de afectación de un derecho fundamental, en el cual, el juez sí cuenta con autonomía para no basarse únicamente en la petición que realiza la Fiscalía, sino que bien puede imponer la detención domiciliaria, siempre y cuando se haya analizado que el fin constitucional puede cumplirse de esa forma y no necesariamente en detención intramural, con base en que la detención domiciliaria es una medida menos restrictiva y más acorde con el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la necesidad de la misma.

#### Proporcionalidad en sentido estricto

Mediante el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las ventajas y los sacrificios de la medida. De igual forma se busca garantizar que la injerencia en el derecho fundamental esté justificada con el fin legislativo que se busca<sup>15</sup>, además de evitar sobrecargas en materia de injerencia en los derechos fundamentales.

De acuerdo con CRUZ BOLIVAR<sup>16</sup>, en materia procesal penal se haría un razonamiento de las siguientes características:

“... la privación de la libertad de la persona, con miras a que se proteja la seguridad probatoria, la necesidad de comparecencia, y la seguridad de la comunidad y las víctimas, es una situación extrema que solo se explica por la importancia de la institución de la administración de la justicia penal en la sociedad, pues de no tomarse esta clase de medidas podría perder trascendencia el procedimiento penal: ello en la medida que sin la posibilidad de detener y ante el advenimiento de una posible sentencia de privación de la libertad, no se lograría la efectividad del procedimiento y sus fines, tales como la obtención de la verdad material y la reparación a las víctimas. Lo anterior explica que la medida de aseguramiento tenga una fundamentación exclusivamente intraprocesal, lejos de cualquier consideración diferente a las necesidades de la administración de justicia.”

Lo anterior explica por qué el legislador ha impuesto medidas de aseguramiento con el fin de afectar la libertad en los eventos de persecución penal de alta trascendencia o para aquellos delitos de especial gravedad para la sociedad, como lo fue en la Ley 600 de 2000, que tuvo la tendencia de imponer medidas de aseguramiento como una necesidad para resolver la situación jurídica de los delitos más graves.

Los anteriores subprincipios se aplican de una manera sucesiva y escalonada, de modo que si no se logra atravesar uno de ellos, la norma debe ser declarada inconstitucional.

---

<sup>15</sup> BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad. p. 759.

<sup>16</sup> CRUZ BOLIVAR, Leonardo Fabián. Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Universidad Externado de Colombia. 2012. p. 85.

La Corte Constitucional<sup>17</sup> ha indicado que el principio de proporcionalidad es el principal criterio de análisis que en el marco de la justicia constitucional permite examinar y neutralizar el exceso en el uso de la potestad de configuración del legislador penal y, por lo que aquí interesa, en el ámbito de las medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal del imputado.

La proporcionalidad, como estándar de delimitación de la producción normativa, es un criterio analítico que previene, desde el punto de vista material, del empleo arbitrario e injustificado de disposiciones cautelares con efectos aflictivos sobre los derechos del procesado y encausa su legítimo ejercicio con arreglo a los mandatos constitucionales.

Cualquier análisis que se realice sobre la libertad en el actual procedimiento penal, debe hacerse a partir del artículo 28 de la Constitución Política, en el entendido de que la libertad es vista como un principio, derecho y un valor constitucional. La Carta Magna bien ha indicado que “Toda persona es libre”, y en este caso, detener a una persona es una situación de alta preocupación constitucional, ya que se está afectando un derecho fundamental, como un principio que debe mantenerse en un Estado Social y como un valor que debe ser defendido por las autoridades. Debe tenerse en cuenta que no se debe dejar de lado el bloque de constitucionalidad, con el cual se refuerzan aquellos aspectos insuficientes dentro de la legislación, mediante tratados de derechos humanos que hayan sido suscritos por el Estado colombiano.

Por lo anterior, para que una persona sea legalmente capturada, se requiere orden escrita proferida por un Juez con funciones de control de garantías, autoridad jurisdiccional a quien el artículo 297, inciso 1º y párrafo único de la Ley 906 de 2004, señala como el funcionario competente para emitirla, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley. De igual forma, jurídicamente se permite limitar el derecho a la libertad, gracias a la misma Constitución Política, a partir del inciso 2º del artículo 28, en el cual se señala lo siguiente:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley...”

En igual sentido lo señala el artículo 32 de la Constitución para los casos en situación de flagrancia:

“El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona...”

---

<sup>17</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CRUZ BOLIVAR<sup>18</sup> ha indicado que un principio general que hoy tiene un indiscutible carácter vinculante, consiste en que al interior del proceso penal no habrá privación de libertad que no sea fundada en el análisis de la necesidad de la comparecencia de la persona al juicio, sin el examen de la posibilidad de que la persona altere la prueba, o sin el estudio a fondo que permita inferir que la persona puede llegar a repetir comportamientos que afecten a la comunidad o las víctimas. Estos requisitos son posteriores al primer límite constitucional de la privación de la libertad, que es en esencia la aplicación del principio de proporcionalidad. Así las cosas, y atendiendo a lo indicado por BERNAL PULIDO<sup>19</sup> se debe realizar un previo juicio fundado y racional, respecto a la necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, exigencia que no puede ser considerada en caso alguno como extrema, toda vez que, de no ser así, supondrá una intromisión innecesaria, desproporcionada y por tanto arbitraria a este derecho fundamental de primera categoría, que es el que permite dinamizar los restantes derechos fundamentales.

Bajo lo anterior, el fiscal, al momento de solicitar la privación de la libertad de una persona, debe argumentar de forma clara y suficiente en lo que concierne al principio de proporcionalidad, en la cual debe demostrar la adecuación, la idoneidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, teniendo en cuenta que la Constitución exige la presencia de los elementos ya indicados al momento de dicha solicitud: la necesidad de comparecencia, el riesgo probatorio o la afectación a la comunidad y de la víctima.

De no demostrarse tal o tales elementos, con base en el principio de proporcionalidad, el juez con funciones de control de garantías bien puede denegar la orden de captura, con el fundamento de que el ente acusador no acreditó los requisitos mínimos exigidos para una injerencia en el derecho a la libertad.

## **RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE NECESIDAD Y LA TEMPORALIDAD DE LA LIBERTAD Y CAPTURA**

Bien se ha indicado en la sentencia C-163 de 2008 con M.P. Jaime Córdoba Triviño, en cuanto a que el plazo de las treinta y seis (36) horas previsto en la ley procesal penal para someter al control de legalidad de la captura efectuada en cualesquiera de sus modalidades, es un límite temporal destinado a evitar las privación arbitraria de la libertad. De tal forma que deba interpretarse de manera restrictiva, por las afectaciones que representa para la libertad y para los postulados constitucionales *pro libertate*, y de la reserva legal y judicial de las mismas, en cuanto a que sería inadmisibles una privación de la libertad que no cuente con un plazo para el respectivo control de su legalidad.

---

<sup>18</sup> CRUZ BOLIVAR, Leonardo Fabián. Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Universidad Externado de Colombia. 2012. p. 74.

<sup>19</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. Madrid, 2014, pp. 687 y ss.

El ex Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Hernando Torres Corredor<sup>20</sup>, indica que sí existe una justificación para que el servidor encargado de la captura no haya cumplido estrictamente con la inmediatez que exige el inc. 2º del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, para poner a disposición de la Fiscalía al capturado. Por otra parte, si durante ese lapso de tiempo no se le vulneraron los derechos fundamentales al capturado, es decir se respetó su integridad personal, y no se le vulneraron los derechos que tiene como capturado consagrados en el artículo 303 ibíd., no se puede considerar que la captura haya sido ilegal. Más aún si se tiene en cuenta que las autoridades administrativas de policía se rigen por un sistema de jerarquía y por reglamentos internos que hacen dispendioso los procedimientos impidiendo la agilidad y prontitud de los mismos.

Por otra parte, ha indicado que ante las dificultades para establecer pautas absolutas en relación con el tiempo, con la inmediatez, propone un test con tres variables que ya han sido aplicadas por jueces, las cuales son las siguientes:

La conducta de la persona: verificando si se trata o no de un crimen organizado para poder adelantar el procedimiento.

Complejidad del caso: verificar cuántas personas están involucradas, qué tipo de caso se trata, características del territorio, si éste es apartado o no, etc.

Capacidad institucional: verificar la capacidad de respuesta de la institución, bien sea de la Fiscalía, de la Policía o del sistema en general.

No está de más aclarar que una de las finalidades de todo este procedimiento para llevar a cabo la captura, es que debe haber un trabajo conjunto entre todas las instituciones que intervienen en el mismo, es decir, este procedimiento, al tratarse de un esquema de filtros, los cuales realiza tanto la Policía Nacional como la Fiscalía, están encaminados a tomar las debidas decisiones en función de una correcta aplicación de las normas sobre la captura, aun cuando la mayor discusión ha sido respecto de la inmediatez.

## OPINIÓN

El término de las treinta y seis (36) horas, es el lapso máximo que ha conferido el Legislador, lo cual no implica que la persona capturada no pueda ser puesta a disposición del Juez de control de garantías dentro de un lapso inferior, atendiendo a que se pretende que la legalidad de la captura se realice en el menor tiempo posible.

---

<sup>20</sup> Torres Corredor, Hernando. Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio. Segundo texto sobre captura. Bogotá D.C., agosto de 2005. p. 5.

En este sentido, el juez no sólo debe verificar que la legalidad de la captura se está realizando dentro del lapso de las treinta y seis (36) horas, pues lo primordial sería determinar si dicha diligencia pudo haberse realizado dentro de un término inferior.

Con base en lo anterior y atendiendo a la necesidad de realizar un control de legalidad de la captura en el menor tiempo posible, tal y como lo señala el inciso 3° del artículo 2° del Código de Procedimiento Penal<sup>21</sup>, tiene su fundamento jurídico en varios tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado en relación al derecho a la libertad personal, como los siguientes:

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

(Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José. Artículo 7.5)

“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.”

(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9.3)

“Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.”

(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9.4)

En ese sentido, se evidencia que los diferentes instrumentos internacionales han optado por los términos “sin demora”, “brevedad posible”, “dentro de un plazo razonable” para hacer referencia a que el control de legalidad de la captura se debe realizar en el menor tiempo posible, siendo las treinta y seis (36) horas el límite máximo para la realización de dicho control, entendiéndose este lapso de tiempo como el de mayor prolongación permitida para la privación de la libertad, ya que de lo contrario se daría paso a la arbitrariedad de la captura, además que se estarían afectando los derechos constitucionales fundamentales de la persona.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ PARRA, Tatiana María. El Hábeas Corpus y la tutela de la libertad personal. Estudios de Derecho. Vol. LXV N° 146. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad de Antioquia, Medellín, diciembre. 2008.

---

<sup>21</sup> ARTÍCULO 2. LIBERTAD. (...) En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

ANGULO GONZÁLEZ, Guillermo. Captura, aseguramiento y libertad. Ed. Doctrina y ley. 1993.

ARTEAGA PADILLA, Edwin. El plazo razonable: criterio para determinar la legalidad de una captura en el proceso penal colombiano. Justicia N° 18. Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, diciembre. 2010.

BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. Revista de Administración Pública. Núm. 135. Septiembre – diciembre, 1994.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Estructura y Garantías Procesales. Tomo II. Naturaleza de la Captura. Universidad Externado De Colombia. 6° ED, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. Madrid, 2014.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política (Ley Estatutaria 1095 de 2006).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CRUZ BOLIVAR, Leonardo Fabián. Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Universidad Externado de Colombia. 2012.

LONDOÑO AYALA, César Augusto. Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2016.

PATIÑO GONZÁLEZ, María Cristina. Análisis jurídico de la Ley Estatutaria 1095 DE 2006 de Hábeas Corpus. Estud. Socio-juríd.: Bogotá (Colombia) 8 (2): 118.1150, julio - diciembre. 2006.

TORRES CORREDOR, Hernando. Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio. Segundo texto sobre captura. Bogotá D.C., agosto de 2005.

TRUJILLO ARANGO, Álvaro. Medidas de aseguramiento y Hábeas Corpus. Ed. Jurídica de Colombia. 1990.