

# ¿Cuándo una medida es 'privativa de la libertad'?

Recibido 13/02/2013 - Aprobado 07/05/2013

JUAN SEBASTIÁN CEBALLOS BEDOYA\*

‘¡Oh, rey del tiempo y substancia y cifra del siglo!, en Babilonia me quisiste perder en un laberinto de bronce con muchas escaleras, puertas y muros; ahora el Poderoso ha tenido a bien que te muestre el mío, donde no hay escaleras que subir, ni puertas que forzar, ni fatigosas galerías que recorrer, ni muros que te veden el paso’.

Luego le desató las ligaduras y lo abandonó en mitad del desierto, donde murió de hambre y de sed. La gloria sea con Aquel que no muere.

Jorge Luis Borges

*Los dos reyes y los dos laberintos\*\**

---

\* Profesional Especializado de la Corte Constitucional. Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Argumentación de la Universidad de Alicante, España. El presente texto es adaptación de una parte de la investigación adelantada por el autor entre 2008 y 2011 para obtener el título en el Máster en Derecho Público, que concluyó con la tesis *Estudio evaluativo sobre la detención preventiva administrativa y la retención transitoria en la jurisprudencia constitucional*. Contacto: sebaseba@hotmail.com

\*\* JORGE LUIS BORGES, *El Aleph*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pp. 156 y s.

## Resumen

En este texto, el autor pretende ofrecer una aproximación a los criterios que deben tenerse en cuenta para decidir si una medida es privativa de la libertad. De acuerdo con el artículo, para definir cuándo una medida implica privación de la libertad es necesario tener en cuenta dos cuestiones accesorias. Primera, ¿cuál es la libertad afectada por una privación de la libertad? Segunda, ¿cuáles son el sentido y la estructura de esa libertad? Luego de abordar esas cuestiones y de proponer una respuesta a cada una, el texto responde que una medida es privativa de la libertad cuando interfiere superlativamente en las posibilidades individuales de relacionarse con el entorno y con los demás o de no hacerlo.

## Abstract

In this paper, the author seeks to offer an approach towards the criteria in deciding whether or not an action amounts to a deprivation of liberty. According to the article, to define if an action could be considered a deprivation of liberty it is necessary to take into account two secondary issues. First, which is the liberty or freedom affected with a deprivation of liberty? Second, what does such freedom mean and what is its structure? After responding to those questions, the paper answers the main issue and holds that a deprivation of liberty occurs when an action interferes superlatively in the individual's possibilities of relating with everyone else or of not doing it.

## Palabras clave

Libertad personal, privación de la libertad, limitación a derechos fundamentales, retención transitoria, Alexy.

## Keywords

Right to liberty, deprivation of liberty, restrictions on human rights, transitory detention, Alexy.

## Sumario

1. Presentación; 2. ¿De qué se priva a una persona, cuando se la priva de su libertad?; 3. ¿Qué debemos entender por 'libertad personal'?; 4. ¿Cuándo una medida equivale a una 'privación de la libertad'?; 5. Conclusión

## 1. Presentación

En las cartas de derechos humanos hay ciertas garantías aplicables para casos de privación de la libertad. En la Constitución colombiana, por ejemplo, el artículo 30 dice que quien crea estar privado de su libertad ilegalmente tiene derecho a instaurar habeas corpus. En la Convención Europea de Derechos Humanos, las garantías del artículo 5 sólo son exigibles en casos de privación de la libertad<sup>1</sup>. En la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, tal y como esta ha sido interpretada por la Suprema Corte Federal, sólo para casos de privación de la libertad se exige a las autoridades tener 'causa probable'<sup>2</sup>. Y así podrían mencionarse otras cartas de derechos semejantes. Una regulación de este tipo exige contar con criterios públicos, razonados y útiles para definir cuándo una medida es privativa de la libertad. Mi intención es contribuir a la construcción de dichos criterios.

Por lo demás, un par de sentencias de la Corte Constitucional indican que sería útil contar con criterios en esta materia. Me refiero a las sentencias sobre la constitucionalidad de la *retención transitoria*. Esta última estaba regulada en el Código de Policía, y consistía en retener a una persona en un comando de policía hasta por veinticuatro horas, en tres supuestos<sup>3</sup>. La persona retenida era sometida a un encierro,

---

1 El artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dice: "Derecho a la libertad y a la seguridad. 1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley (...)". Luego, esa norma enuncia los casos en los cuales una persona puede ser privada de su libertad, y las formalidades que deben observarse. Mónica Macovei dice, por su parte: "(...)It is important to be clear about what constitutes a deprivation of liberty – whether by means of arrest or detention – and when it starts, because it is only then that the requirements of Article 5 of the European Convention become applicable". (Trad. libre: 'Es importante hacer claridad en cuanto a qué constituye una privación de la libertad—ya sea mediante arresto o detención—y cuándo comienza, pues es sólo entonces que se hacen exigibles los requerimientos del Artículo 5 de la Convención Europea'). MONICA MACOVEI, *Handbook N° 5: The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Germany, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, 2004, p. 17.

2 En los Estados Unidos, cuando se produce una interferencia en la libertad individual de la más fuerte intensidad (un típico arresto), se requiere en principio que el oficial demuestre haber tenido 'causa probable' ('*probable cause*') de que la persona estaba involucrada en una actividad ilegal. *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979). En esa ocasión, la Corte Suprema concluyó que a una persona se le habían violado los derechos protegidos en la Cuarta Enmienda al habérsela arrestado sin causa probable. ¿Qué entender por 'causa probable'? En el caso *Locke v. United States*, 11 U.S. 7 Cranch 339 (1813) la Corte Suprema dijo que debe entenderse "*less than evidence which would justify condemnation*" (menos que evidencias para justificar una condena). Por cierto, no se requiere que esa causa probable de actividad ilegal sea referida a una actividad criminal, y así en *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318 (2001), la Corte entendió que una mujer había sido válidamente arrestada con causa probable, a pesar de haberlo sido sólo por haber cometido una infracción sancionada con multa (no llevar puesto el cinturón de seguridad en su vehículo). Esta exigencia de causa probable tiene algunas excepciones.

3 El artículo 207 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) disponía: "(c)ompete a los

durante el cual permanecía aislada sin derecho a comunicarse con el exterior. En las sentencias C-199 de 1998<sup>4</sup> y C-720 de 2007<sup>5</sup> la Corte estudió la constitucionalidad de dicha medida, y uno de los puntos a resolver era si debía considerarla una privación de la libertad. En la primera dijo que no equivalía “*propriadamente a privación de la libertad*”<sup>6</sup>; y en la segunda sostuvo que sí suponía “*una privación de la libertad*”. El seguimiento judicial de criterios públicos y razonados, habría contribuido a evitar una inconsistencia como esta. Paso a exponer los criterios que en mi concepto sería razonable tener en cuenta ante casos de este género.

## 2. ¿De qué se priva a una persona, cuando se la priva de su libertad?

Cuando decimos que una persona ha sido ‘privada de su libertad’, no queremos dar a entender que se la ha privado de cualquier libertad, ni necesariamente de todas las libertades. Una persona sometida a censura implacable, sin duda experimenta la privación de una sus libertades (de la de expresión por lo menos), pero no es a eso a lo que usualmente nos referimos al decir de una persona que ha sido privada de su libertad. Por otra parte, tampoco se requiere que la persona sea privada de todas sus libertades (de la libertad de cultos, de la libertad sexual, de la libertad de pensamiento, etcétera), para concluir que ha sido privada de su libertad. Decimos que una persona en prisión está privada de su libertad, aun cuando se le garanticen suficientemente las libertades de culto y de pensamiento. ¿Entonces de qué se priva a una persona, cuando se la priva de su libertad?

Se la priva de su libertad personal. Es decir, de esa libertad a la cual hace referencia el artículo 28 de la Constitución cuando establece que ‘(t)oda persona es libre’. En Colombia esta es la libertad primordialmente afectada por medidas privativas de la libertad, lo cual se puede inferir del hecho de que en esa misma disposición (CP

---

Comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retención en el comando: || 1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones. || 2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio. || 3. Al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal”.

4 Sentencia C-199 de 1998 (MP. Hernando Herrera Vergara. SPV. Fabio Morón Díaz. SV. Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Carmenza Isaza de Gómez).

5 Sentencia C-720 de 2007 (MP.-e- Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino).

6 Sentencia C-199 de 1998 (MP. Hernando Herrera Vergara. SPV. Fabio Morón Díaz. SV. Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Carmenza Isaza de Gómez). Los cuatro magistrados que salvaron plenamente su voto, sostuvieron que la medida efectivamente era una privación de la libertad.

art. 28), luego de declarar el principio se enuncian algunas garantías para los casos de reducción de una persona a prisión, arresto o detención, que son típicos casos de privación de la libertad. En la doctrina no hay uniformidad en torno al nombre 'libertad personal', y en ciertos casos se habla de libertad deambulatoria<sup>7</sup>, libertad física<sup>8</sup>, libertad corporal<sup>9</sup> o libertad individual<sup>10</sup>. Pero también se habla de libertad personal<sup>11</sup>.

Me parece entonces que el primer paso para establecer cuándo una medida es privativa de la libertad, es tratar de caracterizar un poco esta libertad personal. Por lo demás, aclaro que así habré de llamarla en este texto debido a que no es mi interés entrar en la disputa nominal. La discusión sobre el nombre de esta libertad puede ser útil, pero sólo después de que tengamos más o menos definido a qué (estado ideal) vamos a aplicar el nombre<sup>12</sup>. ¿Qué debemos entender por 'libertad personal'? Es la pregunta que trataré de responder a continuación.

### 3. ¿Qué debemos entender por 'libertad personal'?

Ante todo, la libertad personal es una libertad (entre otras libertades). Por tanto, su significado depende de nuestro entendimiento de las libertades y de sus límites. Ahora

---

7 Por ejemplo, en el ámbito español, Luis Díez-Picazo dice que el derecho a no ser detenido arbitrariamente se deduce del derecho a la "libertad deambulatoria". Ver LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson Civitas, p. 231.

8 José Vicente Concha manifestó que las normas protectoras del derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad regulan 'la denominada con más propiedad (libertad) física'. JOSÉ VICENTE CONCHA, *Apuntamientos de Derecho Constitucional*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010 (original de 1923), p. 141. En vigencia de la Constitución de 1991, esa denominación ha sido usada también, por ejemplo, por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Derechos de libertad*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2003, pp. 15-17. También en este contexto constitucional, usa esa denominación: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "El derecho a la libertad y seguridad personales", en *Manual de Calificación de Conductas Violatorias*, Vol. I, Bogotá, OACNUDH, Defensoría del Pueblo, Unión Europea, 2004, p. 161.

9 Por ejemplo, Carlos Gaviria Díaz decía que el artículo 28 de la Constitución protege la libertad 'corporal'. Ver su "Intervención", dentro del coloquio *Perspectivas de la Constitución de 1991-1996. Conmemoración del quinquenio de la Constitución Política*, Bogotá, Universidad Externado, 1998, p. 73.

10 Francisco de Paula Pérez entendió que el artículo 23 de la Constitución de 1886 protegía la libertad 'individual'. FRANCISCO DE PAULA PÉREZ, *Derecho Constitucional Colombiano*, Tomo I, Cuarta edición, Editorial Santa Fe, S.D., pp. 242 y 243.

11 José María Samper dijo que el artículo 23 de la Constitución derogada, de donde se tomó parte del esquema que hoy conserva el artículo 28 de la Constitución vigente, tendía a asegurar la 'libertad personal'. JOSÉ MARÍA SAMPER, *Derecho Público Interno*, Tomo II, Bogotá, Imprenta de 'La Luz', 1886, p. 45. Por su parte, sigue esta misma denominación: LUIS RECASÉNS SICHES, *Tratado de filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1978, pp. 570-575.

12 KARL POPPER, "Dos clases de definiciones", en DAVID MILLER (comp.), *Popper: escritos selectos*, Trad. Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 100 y ss.

bien, en una democracia, nuestro entendimiento de las libertades y de sus límites no está desvinculado de la voluntad democrática. Las libertades son un límite a las decisiones de la democracia, y en ese sentido pareciera que su ámbito de significado y su alcance deben ser por completo independientes de lo que decidan las mayorías en los procesos democráticos. Esta idea tiene algo de verdad. Pero nuestra forma de entender las libertades depende en alguna medida de las concepciones colectivas (comunes) acerca de la libertad, y estas a su vez se nutren en parte de las elecciones y los debates democráticos. Por lo demás, los límites a las libertades también dependen en parte de los procesos democráticos. La libertad de cada cual puede entrar en conflicto con la de los demás, y en principio quien tiene legitimidad para demarcar la frontera entre ambas es la democracia. Así, la concepción de la libertad, tanto como sus límites, dependen parcialmente de la democracia.

En ese punto, Oliver Wendell Holmes tenía razón cuando discrepó de la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Lochner v New York*<sup>13</sup>. En ese fallo, la Corte Suprema juzgó como inconstitucional una norma que pretendía limitar las horas de trabajo diarias o semanales. Lo hizo sobre la base de que restringía indebidamente la libertad de contratación, tanto del empleador como del trabajador. Holmes advirtió que esa decisión suponía adscribir a la Decimocuarta Enmienda una teoría específica de la libertad, que la opinión dominante al menos en Nueva York rechazaba, y se opuso a esa consecuencia básicamente porque:

(l)a 14ª enmienda no ha constitucionalizado la teoría de los equilibrios sociales de H. Spencer. (L)a Constitución no ha pretendido hacer suya una teoría económica determinada, bien se trate del paternalismo, del organicismo político o del *laissez-faire*. (...) Creo que el término '*libertad*', tal y como figura en la 14ª enmienda, resulta desnaturalizado cuando se utiliza para impedir a la mayoría de ciudadanos, y por tanto a las convicciones mayoritarias, conseguir los fines que persiguen<sup>14</sup>.

Esta deferencia por las convicciones mayoritarias puede en ciertos casos reñir con las opiniones más progresistas o avanzadas de una época. Cuando Hart expuso cómo veía la 'Jurisprudencia' norteamericana, se hizo de eco de las palabras de Holmes, esta vez para cuestionar una jurisprudencia progresista. Hart había registrado cómo la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional una centenaria legislación prohibitiva del aborto, con fundamento en una tesis moralmente muy debatida. "Con

---

13 *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905).

14 Cito la traducción propuesta por MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE y JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 184.

sólo un soplo judicial”, les dijo Hart entonces en clara alusión al caso *Roe v Wade*, “pudo alcanzarse más que en los últimos ocho intentos, hechos en el Parlamento Inglés durante un período de cincuenta años”<sup>15</sup>. Y eso, señaló, con base en que era una exigencia derivada de la ‘*libertad*’ a la que se refiere la 14ª enmienda. Le pareció que no habían atendido las palabras Holmes:

(e) Juez Oliver Wendell Holmes, en una famosa opinión disidente, protestó contra las decisiones judiciales que en su época protegieron el *laissez-faire*, porque la Decimocuarta Enmienda no había consagrado la teoría de Herbert Spencer en *Estática social (Social Statics)* ni su filosofía del *laissez-faire*. Si hubiera sobrevivido hasta el período moderno, protestaría también porque en la Decimocuarta Enmienda no fue consagrada la teoría de John Stuart Mill en *Sobre la libertad*<sup>16</sup>.

La deferencia por las convicciones mayoritarias debe ser una pauta de aplicación del derecho constitucional, aunque resulte adversa para la cristalización de un proyecto progresista. Por una parte porque evita que el entendimiento de la Constitución sea por completo independiente de los procesos y los resultados de la democracia. En esa medida, supone construir canales de comunicación entre la democracia y el constitucionalismo de los derechos y las libertades. Pero sobre todo porque hay ideas que cambian con el tiempo, y la de la libertad es una de ellas. Es conveniente interpretar la Constitución de suerte que tolere esa clase de cambios, justamente para proteger la Constitución. Cardozo, sucesor de Holmes en la Corte, profetizaba que en el voto disidente de este último estaba plasmada una opinión “a la que los hombres se van a volver en el futuro como al comienzo de una era”<sup>17</sup>. La concepción y los límites a la libertad están sujetos a variaciones generacionales. Cardozo supo esto tan bien como Holmes, y por eso sostuvo:

(n)adie será privado de su libertad sin el debido proceso legal. He aquí un concepto de la mayor generalidad. Y sin embargo es presentado a los tribunales *en bloc*. La libertad no es definida. Sus límites no son demarcados y establecidos. ¿Cómo serán conocidos? ¿La palabra ‘Libertad’ significa lo mismo para sucesivas

15 H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 127.

16 Es traducción libre de este fragmento: “Judge Oliver Wendell Holmes, in a famous dissenting opinion, protested against the *laissez-faire* decisions of his day that the Fourteenth Amendment had not enacted Herbert Spencer's *Social Statics* and its *laissez-faire* philosophy. Had he survived into the modern period he might have protested that the Fourteenth Amendment had not enacted John Stuart Mill's *On Liberty*”. *Ibidem*, pp. 126 y 127.

17 BENJAMIN N. CARDOZO, *La naturaleza de la función judicial*, Trad. Eduardo Ponssa, Granada, Comares, 2004, p. 40.

generaciones? ¿Es posible que aquellas restricciones que eran arbitrarias ayer sean útiles y racionales —y por consiguiente legítimas- hoy? ¿Es posible que restricciones que son arbitrarias hoy se transformen en útiles y racionales —en consecuencia legítimas- mañana? No tengo duda de que la respuesta a estas preguntas debe ser afirmativa<sup>18</sup>.

Ahora bien, la deferencia por las convicciones mayoritarias tiene límites. El mismo Holmes así lo reconoció. Luego de aducir que la '*libertad*' de la 14<sup>a</sup> enmienda no debía usarse "para impedir (...) a las convicciones mayoritarias, conseguir los fines que persiguen", introdujo una salvedad más bien amplia. "(A) menos", aclaró Oliver Wendell Holmes Jr., "a menos que sea posible demostrar que una persona sensata y razonable pueda considerar la ley de que se trate como contraria a nuestros principios fundamentales, según se derivan de las tradiciones del pueblo y del Derecho"<sup>19</sup>. El intérprete doctrinal no se ve privado de la posibilidad de proponer su entendimiento acerca de esos principios fundamentales de la libertad. La democracia y las libertades no son mundos por completo independientes, pero las segundas son límites a la primera y deben tener un ámbito de autonomía. Cuando el doctrinante suministra su propio entendimiento acerca del ámbito independiente de la libertad, contribuye a establecer esos límites y al debate democrático. Su concepto puede ser acogido o no, por la mayoría. Propongo enseguida, entonces, mi interpretación de esos 'principios fundamentales' de la libertad.

Para ello creo útil una distinción propuesta por Benjamin Constant. A Constant se le reconoce haber identificado adecuadamente dos concepciones distintas de la libertad, que él les atribuyó respectivamente a los antiguos y a los modernos, en una singular conferencia dada en 1819<sup>20</sup>. Constant señaló que la libertad de los antiguos tenía mucho qué ver con su derecho a participar directamente en los asuntos públicos, y a incidir de forma activa y continua en el poder colectivo. Como justa contraprestación por esa importante prerrogativa, los antiguos estaban dispuestos a someterse por completo en sus vidas privadas a los dictámenes de la ley que se habían dado. "(E)ntre los antiguos", apuntaba Constant, "el individuo, Soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas"<sup>21</sup>. Entre los modernos,

---

18 Ibídem, p. 39.

19 MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE Y JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, cit., p. 185.

20 La plausibilidad histórica de esas dos concepciones la reconoce ISAIAH BERLIN, "Libertad", en *Sobre la libertad*, Trad. Julio Bayón, Ángel Rivero, Natalia Rodríguez y Belén Urrutia, Madrid, Alianza, 2004, pp. 321-324.

21 BENJAMIN CONSTANT, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" (Conferencia pronunciada en el ateneo de París. Febrero de 1819), en *Escritos Políticos*, Trad. María Luisa Sánchez Mejía, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 261.

en cambio, el individuo no es soberano en los asuntos públicos. Los modernos han perdido incidencia en el curso del poder colectivo, y no pueden recuperarla. No es justo exigirles subordinación absoluta a los dictámenes de una ley que ha sido creada por otros. Al contrario, esta debe depararles un ámbito de independencia suficiente. En tanto han perdido influencia real en las decisiones públicas, los modernos reclaman en contraprestación algún espacio de independencia en los asuntos privados:

(n)osotros ya no podemos disfrutar –decía Constant– de la libertad de los antiguos, que consistía en la participación activa y continua en el poder colectivo. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de la independencia privada. En la Antigüedad, la parte que cada cual tenía en la soberanía nacional, no era, como en nuestros días, un supuesto abstracto. La voluntad de cada uno tenía una influencia real; el ejercicio de esta voluntad era un placer vivo y respetado. Por lo tanto, los antiguos estaban dispuestos a hacer muchos sacrificios para conservar sus derechos políticos y su participación en la administración del Estado. Cada cual, sintiéndose orgulloso del valor de su sufragio, encontraba sobrada compensación en la conciencia de su importancia personal.

Para nosotros, esta compensación no existe. (... N)osotros debemos sentirnos más apegados que los antiguos a nuestra independencia individual; pues los antiguos, cuando sacrificaban esta independencia a los derechos políticos, sacrificaban menos para obtener más; mientras que nosotros, haciendo el mismo sacrificio, daríamos más para obtener menos<sup>22</sup>.

La diferencia entre ambas concepciones de la libertad, según Isaiah Berlin, se debe a que responden conceptualmente a dos preguntas diferentes. La pregunta por la libertad, en la concepción que Constant considera como propia de los antiguos, es *¿quién me gobierna?* La pregunta por la libertad de los llamados modernos es otra: *¿hasta qué punto estoy obligado a sufrir la interferencia del gobierno?*<sup>23</sup> Para los considerados antiguos, el poder público podía interferir legítimamente hasta cualquier punto en la vida de un individuo, y este individuo podía considerarse libre. Para los modernos no es legítima cualquier interferencia. Debe haber al menos algún momento, o algún espacio, en el cual el individuo pueda tomar decisiones sin obstáculos y de forma independiente. ¿Cuál debe ser ese momento o ese espacio, y con qué criterios hemos de resolver ese asunto? Ha sido y será un problema “*de interminable debate*”, según palabras de Berlin.

---

22 Ibidem, p. 268.

23 ISAIAH BERLIN, “Dos conceptos de libertad”, en *Sobre la libertad*, Trad. Julio Bayón, Ángel Rivero, Natalia Rodríguez y Belén Urrutia, Madrid, Alianza, 2004, p. 216.

Lo que sí está claro es que una concepción de la libertad (la de los modernos, según Constant) demanda “ausencia de interferencia” en algún grado. Para John Stuart Mill la finalidad de esa reivindicación es depararle al individuo un ámbito en el cual pueda hacer lo que desee<sup>24</sup>. Sin embargo, con esa postulación, Mill se distancia de la concepción que Constant caracteriza como liberal moderna. En efecto, si la libertad consiste en depararle al individuo un espacio para que pueda hacer lo que desea, el individuo podría ser libre incluso en un Estado que le deparara un reducto precario de independencia. En ese caso sería libre si ha estrangulado sus deseos, los ha reprimido, o los ha adecuados al sentido que le indica el poder. Isaiah Berlin vio este problema de la concepción de Mill con particular nitidez, y advirtió,

(e)sto pone en claro por qué no vale la definición de libertad negativa como posibilidad de hacer lo que uno quiera —la cual, por cierto es la definición de Mill. Si veo que puedo hacer muy poco o no puedo hacer nada de lo que quiero, lo único que necesito es limitar o extinguir mis deseos y con ello me hago libre. Si el tirano (o el ‘persuasor oculto’) consigue condicionar a sus súbditos (o consumidores) para que dejen de tener los deseos que tenían y adopten (‘internalicen’) la forma de vida que ha inventado para ellos, habrá conseguido, según esta definición, liberarlos. Sin duda alguna les habrá hecho *sentirse* libres —de la misma manera que Epícteto se sentía más libre que su amo (también se dice que el proverbial hombre bueno se siente más feliz en la miseria)- pero lo que ha creado es la antítesis de la libertad política<sup>25</sup>.

Por tanto, la “ausencia de interferencia” a la cual aspira esta concepción moderna de la libertad, no tiene como propósito exclusivo garantizarle al individuo el poder de hacer lo que desee. Más bien, lo que persigue es ofrecerle a cada persona un abanico de *posibilidades* o *virtualidades*<sup>26</sup>. Esta es la libertad moderna. Y su implicación

24 Definición que avanzó, por ejemplo, a propósito de la pregunta de hasta qué punto la libertad puede ser legítimamente invadida para la prevención de accidentes, pues se sirvió del siguiente ejemplo: “(s)i un funcionario público u otra persona cualquiera viera que alguien intentaba atravesar un puente declarado inseguro, y no tuviera tiempo de advertir el peligro”, y dijo al respecto: “(en ese caso) podría cogerlo y hacerle retroceder sin atentar por esto a su libertad, puesto que la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer en el río”. JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad*, Trad. Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 2009, pp. 182.

25 ISAIAH BERLIN, “Dos conceptos de libertad”, Cit. , pp. 224 y 225.

26 Dicen André Hauriou, Jean Gicquel y Patrice Gelard, que esa era la concepción de la libertad imperante la revolución francesa, y de hecho señalan que “(e)n esta visión estrictamente liberal e individualista, que es la de la Revolución Francesa (excepción hecha de algunas corrientes diferentes que hayan podido aflorar en ciertos momentos, durante la Convención o el Directorio, como por ejemplo la que animó Gracchus Babeuf), las libertades aparecen como posibilidades, como virtualidades”. ANDRÉ HAURIOU, JEAN GICQUEL Y PATRICE GELARD, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Trad. José Antonio González Casanova, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1980, p. 233.

se puede apreciar en un ejemplo. Si en un país todos los miembros de la población profesan una religión en específico, y están tan deseosos de hacerlo así como de despreciar todas las demás, puede decirse que son libres en el sentido moderno sólo si la falta de interferencias les asegura la *posibilidad* de profesar esa religión, de profesar otra(s) o de no profesar ninguna en absoluto. Con independencia de cuál sea su deseo, las personas tienen libertad en el sentido moderno si pueden elegir sin interferencias entre hacer X o no hacer X. No serían libres, si no se les asegura sino la 'posibilidad' de hacer X.

Conviene no perder esa moderna aspiración. Ciertamente, la democracia puede fijar algunos límites a las posibilidades individuales. Pero debería haber siempre algún ámbito en el cual el individuo tenga un abanico de posibilidades dentro de las cuales pueda elegir sin interferencia. Las libertades reconocidas en la Constitución deben poder entenderse de esa manera. Robert Alexy simplifica útilmente este entendimiento de la libertad, con una estructura ideal. Toda libertad, dice Alexy, para considerarse tal debe tener tres elementos: un titular (*x*), un posible obstáculo a la libertad (*y*), y finalmente un objeto de la libertad que debe estar compuesto por alternativas de acción –posibilidades o virtualidades– (*z*)<sup>27</sup>. Así, la libertad religiosa, por ejemplo, debería tener aproximadamente la siguiente estructura: (*x*) toda persona (*y*) tiene derecho a estar libre de obstáculos que le impidan o dificulten (*z*) profesar una religión cualquiera o no profesar ninguna en absoluto. Esto podría precisarse más. Lo enuncio como una ilustración didáctica. Por ahora me interesa definir los elementos estructurales de la *libertad personal*, con mayor precisión.

En la Constitución colombiana es fácil identificar el titular de la libertad personal. El artículo 28 dice que lo es cualquier persona: '(t)oda persona es libre'. Ahora bien, las dificultades empiezan cuando se intentan definir los obstáculos de la libertad (*y*). Hay al menos un texto que permite señalar como tales la detención, el arresto y la prisión (CP art. 28). Pero ese fragmento podría interpretarse de dos modos: o bien como la exposición de ejemplos de un género más amplio de obstáculos para la libertad personal, o bien como un catálogo taxativo de ellos. Esto puede encerrar un problema, que sería más fácil solucionar si primero se identifica el objeto de la libertad; es decir, (*z*). Podría ser útil primero esclarecer este punto, pues si sabemos que la censura es obstáculo a la libertad de expresión, es debido a que tenemos claro aproximadamente cuál es el objeto de esa libertad (la posibilidad de expresar o no opiniones, informaciones, ideas, etcétera). Por eso, paso a referirme primero al objeto de la libertad personal, para luego especificar los obstáculos.

27 ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Segunda edición, Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 186-201.

En algunas ocasiones se ha dicho que la libertad protegida por el artículo 28 de la Constitución es el derecho de toda persona a no ser privada arbitrariamente de la libertad o, como suele decirse, el derecho a no ser detenida, arrestada o puesta en prisión de manera arbitraria o ilegal<sup>28</sup>. Sin embargo, hay dos razones para no considerarla aceptable. Primero, no expone cuáles son las alternativas de acción –posibilidades o virtualidades- garantizadas por la libertad personal. Por lo mismo no contribuye a esclarecer qué es lo que pierde una persona cuando es privada de su libertad. Segundo, esa definición confunde a mi parecer el objeto de la libertad con su función o con una de sus garantías<sup>29</sup>. En efecto, si están prohibidas las privaciones arbitrarias de la libertad, es porque esa ‘libertad’ de la cual es privada la persona es un objetivo valioso. Es en virtud de ese objeto que se instauran, como técnicas de protección o garantías, las diferentes órdenes, permisos y prohibiciones constitucionales. Los derechos y las libertades no son esas órdenes, permisos y prohibiciones. Los derechos son la razón por la cual esas normas existen. Como lo dice Laporta:

los derechos se entienden mejor cuando se les concibe como el título que subyace a todas esas técnicas de protección y a otras más; es decir, cuando se les concibe como la puesta en marcha de tales técnicas. Sugiero que cuando usamos la noción de ‘derecho’ no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas<sup>30</sup>.

Es preciso entonces remplazar esa definición por otra. ¿Por cuál? En algunos casos se dice que la libertad personal tiene como objeto asegurar una libertad animal,

28 Esa definición es muy extendida, y entre nosotros la acoge por ejemplo la Defensoría del Pueblo. Según su criterio, la libertad personal es el “derecho de toda persona a no ser privada de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley”. Ver su texto *Derechos de libertad*, Cit., p. 16. Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, si bien no da expresamente esa definición, sí critica que la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución, en el 7 de la CADH o en el 9 del PIDCP se caracterice de un modo amplio, pues a su juicio “las privaciones de la libertad a las que se refieren estos preceptos son privaciones de la libertad ‘física’, es decir, protegen la libertad del individuo frente a posibles detenciones o arrestos arbitrarios o ilegales”. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “El derecho a la libertad y seguridad personales”, en *Manual de Calificación de Conductas Violatorias*, Cit., p. 161.

29 En Colombia, ese problema de la definición fue resaltado por ejemplo por Eduardo Cifuentes, quien señaló que al vincular la noción de libertad personal con las garantías “de que goza contra todo género de aprehensiones ilegítimas (...) no se define el derecho sino su función”. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, “Libertad personal”, en *Ius et Praxis*, año/vol. 5, número 001, Talca, Universidad de Talca, 1999, p. 122. En sentido similar, Henrik López dice que esa definición de la libertad personal “conduce a una confusión entre el derecho a la libertad personal y las garantías que le son propias”. Ver, HENRIK LÓPEZ STERUP, “Libertad personal y presunción de inocencia”, en *Manual de Constitución y Democracia*, Volumen I, 2ª edición, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009, p. 86.

30 FRANCISCO LAPORTA, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa* No. 4, Alicante, 1987, p. 28.

que podría contraerse a la posibilidad de 'ir y venir'<sup>31</sup> o de no hacerlo, de 'movimiento'<sup>32</sup> o de permanecer inmóvil, de 'abandonar el lugar en que se encuentra' una persona<sup>33</sup> o de permanecer en él, o incluso de 'deambular' o de no hacerlo<sup>34</sup>. Estas concepciones tienen a mi juicio un vínculo con la prevista por los revolucionarios franceses en la Constitución de 1791, que definía una libertad del siguiente modo: "(l)a Constitución garantiza (...) la libertad a toda persona de ir, permanecer, partir, sin poder ser detenida ni arrestada sino según las formas determinadas por la Constitución"<sup>35</sup>. Sin duda, es importante asegurarnos una libertad de esta naturaleza. Pero cuando decimos que una persona ha sido privada de la libertad, ¿nos referimos a que alguien ha sido privado solamente de esa libertad animal?

La privación o restricción de la libertad está generalmente acompañada de una limitación o reducción severa de las posibilidades de deambular o no, o incluso de moverse o de quedarse inmóvil. Y con la reducción de estas, se reducen las posibilidades de ir y venir, y de abandonar un lugar. En ese sentido, el objeto de la libertad personal puede estar integrado parcialmente por esas posibilidades<sup>36</sup>. Pero ellas no lo son todo.

31 Esta es una de las definiciones más usuales en el derecho francés, y de ello dan testimonio las definiciones del propio LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, Trad. José G. Acuña, 2ª edición, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, p. 214; de MAURICE HAURIUO, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Trad. Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927 p. 107; de ANDRÉ HAURIUO, JEAN GICQUEL y PATRICE GELARD, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Cit., p. 225; y las del propio Consejo Constitucional francés, según se deduce de las reseñas jurisprudenciales hechas por JAVIER PARDO FALCÓN, *El Consejo Constitucional Francés. La jurisdicción constitucional de la Quinta República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 284 y 285.

32 Esa es, según Jesús María Casal Hernández, la definición más extendida en la doctrina del derecho público alemán de la 'libertad personal' o de la 'libertad física'. JESÚS MARÍA CASAL HERNÁNDEZ, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 155-159.

33 Esta otra es, según el mismo Casal Hernández, la definición a su juicio más acertada de la 'libertad personal' o de la 'libertad física' en el derecho constitucional alemán. *Ibidem*, p. 160.

34 Luis Díez-Picazo, por ejemplo, sostiene que la libertad protegida por el artículo 17 de la Constitución española, que es funcionalmente equivalente al 28 de nuestro Estatuto Fundamental, es la libertad deambulatoria. Dice al respecto que "el derecho a la libertad y a la seguridad se refiere a la libertad física o deambulatoria en cuanto tal, no a los lugares donde uno puede moverse. El derecho a no ser arbitrariamente privado de la posibilidad de moverse no comprende necesariamente el derecho a circular por todas partes". Ver LUIS DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Cit., p. 232.

35 Citada según la traducción del libro de LEÓN DUGUIT, *Manual de Derecho Constitucional*, Cit., p. 214.

36 Una restricción o privación de la libertad puede afectar en algún grado, bien sea la libertad del individuo de ir y venir, o la de moverse, o la de abandonar el lugar en que se encuentra o la de deambular. En consecuencia, adhiero a las opiniones de quienes sostienen que esas libertades están protegidas por el artículo 28 de la Constitución, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No podría obrar de otro modo, pues la caracterización más específica que ha hecho entre nosotros la Corte Interamericana de Derechos

El individuo humano usa las posibilidades de moverse, de ir y venir, de abandonar el lugar en que se encuentra o de deambular, en ocasiones como fines en sí mismos. Sin embargo, un individuo inserto en una sociedad regularmente las usa con el propósito de relacionarse con el entorno y los demás seres humanos. Lo que podemos hacer o no cuando se nos aseguran esas posibilidades animales es en mi concepto lo realmente valioso, y lo que constituye el objeto central de la libertad personal. Sin embargo, parece que lo perdemos de vista al caracterizar la libertad personal únicamente como la posibilidad animal de deambular, de movernos, etc.

¿Cuáles son esas posibilidades que protege un Estado cuando reconoce el derecho de toda persona a la libertad personal? Nuestras posibilidades animales de movernos o no, de ir y venir o de no hacerlo, de abandonar un lugar o de permanecer en él, de deambular o no, son condiciones esenciales para que el ser humano tenga la posibilidad más importante de todas. Me refiero a la posibilidad individual de relacionarse socialmente con el entorno y con los demás, o de no hacerlo. La libertad personal, o el (z) objeto de esa libertad, es la posibilidad que debe tener toda persona de establecer o no relaciones sociales con el entorno y con los demás. La posibilidad de entablar estas relaciones o de no hacerlo, es lo que hace a su vez posible el ejercicio de los demás derechos y libertades. En ese sentido, la libertad personal comprende la posibilidad individual de ejercer o no los demás derechos y libertades reconocidos por la Constitución.

El objeto de esta libertad personal es entonces sumamente amplio. Logra abarcar la posibilidad de ejercer o no ejercer los demás derechos y libertades, pero también la de hacer o no hacer todo aquello que no está cubierto por los demás derechos y libertades. Esta definición coincide en su amplitud y generalidad con la ofrecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-301 de 1993<sup>37</sup>. En ella, la Corte dijo que la libertad contemplada por el artículo 28 de la Constitución, “a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad y en ella se encuentra definido el amplio espacio de su protección”. La definición aquí propuesta de libertad personal funciona pues como cláusula general de libertad. Comprende todo

---

Humanos coincide con ellas en algún punto, y es vinculante: “53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular derecho y que se expresan normalmente en movimiento físico”. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. En esa ocasión, la Corte resolvió entre otras cosas que a uno de los demandantes se le había violado su derecho a la libertad física porque se lo detuvo ilegalmente.

el ámbito de las demás libertades individuales reconocidas por la Constitución. Pero también opera como libertad residual, en la medida en que alcanza a proteger todas las posibilidades no expresamente protegidas por las demás libertades.

Ciertamente, esta definición podría no parecer del todo compatible con la de quienes sostienen que la cláusula general y residual de libertad no está prevista en el artículo 28 de la Constitución, que garantiza la libertad personal, sino en el 16, que consagra el libre desarrollo de la personalidad<sup>38</sup>. Entre quienes sostienen que esto es así está, por ejemplo, Carlos Bernal Pulido. Para este último, es el artículo 16 de la Carta el que garantiza la libertad "*general*", en tanto "abarca universalmente el objeto de toda la libertad negativa", y por otra es la libertad "*residual*", porque comprende "todas las posiciones jurídicas de libertad que no puedan encuadrarse dentro de los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas". No obstante, pienso que ni aún la tesis de Bernal Pulido es totalmente incompatible con la aquí sostenida. Pasaré a mostrar por qué.

En efecto, lo importante en mi opinión es que exista una cláusula general y residual de libertad. Lo valioso es que la Constitución proteja todas las posibilidades personales dignas de protección. Que eso lo logre con una cláusula general y residual contemplada en el artículo 16 o en el 28, es un asunto poco importante. De hecho, podría estar contemplada en los dos. En mi criterio, la cláusula más general es la del artículo 28, pues dice de forma terminante que '(t)oda persona es libre'. Pero admito que la del artículo 16 también es muy general y dentro de sus "márgenes semánticos" podrían caber todas las posiciones jurídicas no protegidas por otras libertades constitucionales. Por tanto, podría admitirse que el artículo 16 y el 28 son los preceptos de los cuales se puede deducir una cláusula general y residual de libertad. Sin embargo, una pregunta obvia surgiría entonces: ¿no hay nada que diferencie el ámbito de protección de esos dos artículos?

El (z) objeto de la libertad en ambos casos es el mismo, por lo visto. Pero cada precepto protegería a la libertad general de distintas clases de obstáculos (y). Esa sería la diferencia entre una y otra norma constitucional. El artículo 28 de la Constitución protege esa libertad frente a cierta clase de obstáculos. El artículo 16 de la Constitución protege esa libertad de los demás obstáculos. El artículo 16 de la Constitución sería genérico y residual, entonces, no por las posiciones jurídicas que protege, sino por la clase de obstáculos de los que las protege. ¿Cuáles son (y) los obstáculos de los que protege a la libertad el artículo 28? Por una parte, la protege del arresto, la detención

---

38 CARLOS BERNAL PULIDO, "El libre desarrollo de la personalidad", en *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 249-251.

o la prisión, practicadas sin sujeción al derecho, pues así lo ordena expresamente el artículo 28. Pero, por otra parte, de una lectura literal de la sentencia C-024 de 1994, parece que la protege además de cualquier otra forma de limitación: "(p)or libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona".

No obstante, esta enunciación debe ser tomada dentro de sus justos límites. Si fuera cierto que el artículo 28 de la Constitución protege a la libertad de toda forma de limitación, entonces el artículo 16 sobraría. Pero no tendría sentido que sobrara. Ninguna cláusula de la Constitución debe ser interpretada en el sentido de que no produzca efecto. Y podría decirse que ninguna cláusula debe interpretarse en el sentido de que prive de efectos a alguna(s) de las demás. Por tanto, es preciso buscar un sentido de esa definición dada por la Corte de los obstáculos de los que protege a la '*libertad personal*' el artículo 28, que no torne ineficaz el artículo 16. Ese sentido es el siguiente.

Cuando la Corte Constitucional dice que el artículo 28 Superior protege a la '*libertad personal*' de la aprehensión, retención, captura, detención "o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona", debe entenderse que se refiere a *cualquier otra forma de limitación* similar a la aprehensión, retención, captura o detención. Esa otra forma de limitación debe suponer, como cualquiera de las medidas citadas, una reducción severa de las posibilidades del individuo de relacionarse o de no relacionarse con el entorno y con los demás. Ha de suponer una restricción intensa a las posibilidades individuales de ejercer o no los demás derechos y libertades. El artículo 16 protege a esa misma libertad de las reducciones o limitaciones no comprendidas por el artículo 28.

En definitiva, ¿qué debemos entender por "libertad personal"? El derecho de (x) toda persona (y) a estar libre de obstáculos que afecten tan severamente como una aprehensión, una retención, una detención o un arresto (z) la posibilidad individual de relacionarse o no con el entorno y con los demás; de ejercer o no ejercer sus demás derechos y libertades.

#### **4. ¿Cuándo una medida equivale a una 'privación de la libertad'?**

De acuerdo con lo anterior, me parece que es posible decir lo siguiente. Una medida es privativa de la libertad de una persona, si obstaculiza sus posibilidades de relacionarse con el entorno y con los demás de un modo tan severo como una prisión, una detención o un arresto. Estas últimas no son entonces las únicas formas

de privación de la libertad. Lo decisivo no es el nombre de la medida (podría llamarse internamiento, confinamiento, retención, retenimiento, o aislamiento, y aun así ser privativa de la libertad). Lo decisivo tampoco es el carácter punitivo o penal que se le asigne al instrumento (una medida puede ser privativa de la libertad, incluso si es simplemente cautelar o preventiva). Lo determinante es si las posibilidades individuales de establecer relaciones sociales o de no hacerlo se ven tan severamente disminuidas como en los casos de prisión, de detención o arresto. Me detendré un poco más en este punto.

Una detención, un arresto, un aislamiento celular, una condena a prisión, un secuestro, un internamiento hospitalario, una desaparición forzada, etcétera, en la actualidad, no son solamente privaciones de la libertad deambulatoria, o de la libertad de movimiento. Lo serían si el individuo sometido a alguna de estas medidas se encontrara antes del arresto, la detención, etcétera, en condiciones extremas y forzadas de aislamiento. Pero cuando el ser humano hace parte y está integrado en la sociedad, privarlo de su libertad es más que restringirle sus posibilidades de deambular o de no hacerlo, de moverse o de permanecer inmóvil, de ir y venir, de marcharse o no de un lugar. Privar de la libertad a un individuo en estas condiciones supone obstaculizar severamente sus posibilidades de entablar relaciones con su entorno y con los demás.

Todas las medidas típicas de privación de la libertad responden a estas características. La prisión tiene desde su nacimiento entre sus objetivos y efectos el de "aislar" al penado del mundo exterior<sup>39</sup>. Las medidas de arresto que derivaron en la prisión, tuvieron también en muchas ocasiones el propósito de liberar a una comunidad, o incluso a una familia, de un individuo indeseado que habitaba en ella, por medio de su aislamiento<sup>40</sup>. La detención preventiva en el proceso penal tiene

---

39 MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Trad. Aurelio Garzón del Camino, 31ª edición en español, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2001, pp. 239 y 240.

40 Me refiero al arresto ejecutado en virtud de las *lettres-de-cachet*, que según Foucault es un antecedente de la prisión. Sobre los propósitos de esta clase de arrestos, Foucault dice: "(p)or medio de una 'lettre-de-cachet' se podía arrestar a una persona, privarle de alguna función, etc., por lo que bien puede decirse que era uno de los grandes instrumentos de poder de la monarquía absoluta. Las *lettres-de-cachet* han sido objeto de múltiples estudios en Francia y ha llegado a ser muy común considerarlas como algo *temible*, representación de la arbitrariedad real por antonomasia que cae sobre un individuo como un rayo. Pero es preciso ser más prudentes y reconocer que no funcionaron sólo de esta forma. Y así como vimos que las sociedades de moralidad podían actuar como una manera de escapar al derecho, observamos también con respecto a estas curiosas disposiciones un juego bastante curioso. Al examinar las *lettres-de-cachet* enviadas por el rey en cantidad bastante elevada notamos que, en la mayoría de los casos, no era él quien tomaba la decisión de mandarlas. Procedía a veces como en los restantes asuntos de Estado, pero en la mayoría de ellas, decenas de millares de *lettres-de-cachet*

entre sus objetivos evitar que el procesado se relacione con el mundo exterior, para que no altere los medios probatorios o ponga en peligro a la sociedad o la correcta administración de justicia<sup>41</sup>. El objetivo de estas medidas no es sólo reducir o erosionar las posibilidades de movimiento del individuo. Si lo fuera, sería suficiente con impedir al individuo abandonar su propio hogar, sin obstaculizar sus relaciones con los demás<sup>42</sup>. La Defensoría del Pueblo tiene razón cuando dice que la privación de la libertad “se produce cuando la persona es obligada a permanecer en un lugar determinado bajo circunstancias que implican aislamiento o reclusión, de forma tal que ella no puede desarrollar plenamente sus relaciones sociales”<sup>43</sup>.

Ahora bien, voy a mostrar algunas implicaciones de esta caracterización, al responder las siguientes preguntas: *i*. ¿puede haber privación de la libertad sin encierro?; *ii*. ¿Puede haber privación de la libertad sin restricción total o severa de la posibilidad de moverse, de ir y de venir, de deambular o de abandonar ciertos lugares?; *iii*. ¿Puede no haber privación de la libertad si a la persona se le reducen notoriamente sus posibilidades de ir y venir, de moverse, de deambular o de abandonar ciertos lugares?; *iv*. ¿Puede considerarse que una privación de la libertad es menos severa, si la persona conserva posibilidades relativamente amplias de relacionarse con

---

enviadas por la monarquía, eran en realidad solicitadas por diversos individuos: maridos ultrajados por sus esposas, padres de familia descontentos con sus hijos, familias que querían librarse de un sujeto, comunidades religiosas perturbadas por la acción de un individuo, comunas molestas con el cura de la localidad, etcétera”. MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 108.

- 41 ¿Qué decir de los delitos que suponen la privación de la libertad de una persona? También responden a estas mismas características. El secuestro dificulta las relaciones de la persona secuestrada con el entorno al cual pertenece, y no es casual que se caracterice con verbos rectores como arrebatarse, sustraer u ocultar a una persona (art. 168, C. Penal). La desaparición forzada es entre otras cosas la destrucción de cualquier posibilidad de una persona de entrar en contacto con su entorno social y familiar.
- 42 Una aserción similar la hace Gloria Patricia Lopera Mesa, aunque en un contexto relativamente distinto, cuando intenta dilucidar cuáles son los derechos fundamentales intervenidos por una *pena* privativa de la libertad. En ese contexto dice que la *pena* privativa de la libertad no es sólo “una restricción a la libertad ambulatoria, pues si así fuese bastaría que la persona estuviese obligada a permanecer en su casa, o en el lugar por ella elegido, conservando plena libertad para realizar de puertas para adentro lo que a bien tuviese hacer”. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 301 y 302. La diferencia entre lo que dice Lopera Mesa y lo que asumo en este trabajo, es que aquella parece centrarse en argumentar que la *pena* privativa de la libertad no puede definirse como una restricción de la libertad ambulatoria (no se pronuncia acerca de si es equivocado definir así otras privaciones de la libertad no punitivas). En este trabajo voy más allá: ese no solamente es un modo incorrecto de definir la pena privativa de la libertad, sino también la privación de la libertad en general.
- 43 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Derechos de libertad*, Cit., p. 17.

los demás? Las respuestas a estas preguntas, las ofreceré con ejemplos tomados de jurisprudencia internacional o extranjera. La primera tiene fuerza vinculante y la segunda autoridad persuasiva<sup>44</sup>.

i. ¿Puede haber privación de la libertad sin encierro? Sí, puede haberla. El ejemplo real más próximo lo tenemos en el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*. En esa ocasión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos debía decidir -entre otros problemas- si el Estado colombiano había violado el derecho a la libertad personal de diecisiete (17) campesinos, a quienes un grupo paramilitar obligó a arrear durante diecisiete (17) días entre ochocientas (800) y mil doscientas (1200) cabezas de ganado ajenas, de las que pretendían apoderarse luego de perpetrar una masacre en el municipio de Ituango. La Corte IDH consideró que en ese caso, los campesinos habían sido privados de su libertad. Y el Estado sí les había violado su derecho, entre otras razones porque en dicha privación de la libertad habían participado miembros del Ejército Nacional. Cuando los paramilitares obligaron a los campesinos a transportar el ganado, lo arreararon por una vía pública,

(..) custodiada por miembros del Ejército, quienes no sólo prestaron su aquiescencia a los actos perpetrados por los paramilitares, sino que también produjeron instancias de participación y colaboración directa, incluyendo la determinación de un toque de queda con el fin de facilitar la apropiación del ganado<sup>45</sup>.

ii. ¿Puede haber privación de la libertad sin restricción total o severa de las posibilidades individuales de moverse, de ir y venir, de deambular o de abandonar ciertos lugares? Sí puede haber privación de la libertad. Claro, si a la persona se le limitan severamente las posibilidades de relacionarse con el entorno y los demás. El

---

44 La noción de 'autoridad persuasiva' (persuasive authority) es definida por Patrick Glenn en contraste con la de autoridad vinculante (binding authority). Mientras esta última impone o exige coercitivamente adhesión, aquella lo que hace es atraer la adhesión por uno o más atributos. El derecho extranjero, por ejemplo, o 'comparado' como les gusta llamarlo a algunos, ejerce esa especie de autoridad. PATRICK GLENN, "Persuasive authority", en *McGill Law Journal*, 32, 1986-1987, pp. 261-298. Sobre el carácter normativo precario de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos Daniel O'Donnell lo expresa de la siguiente manera: "(l)a Corte Europea de Derechos Humanos es más antigua que la Corte Interamericana, siendo establecida en 1959. A pesar de las diferencias entre el articulado de las convenciones europeas y americanas de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Europea es citada a menudo por la Corte (Interamericana). Así, los tribunales nacionales deben considerarla pertinente a la hora de interpretar la Convención americana". DANIEL O'DONNELL, "Introducción al derecho internacional de los derechos humanos", en OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Vol I., Bogotá, OCACNUDH, 2003, p. 78.

45 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Párrs. 125.82-125.86; 145-153.

ejemplo real más claro fue el resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Guzzardi v Italia*<sup>46</sup>. En esa ocasión, la Corte debía establecer entre otros puntos, si el señor Guzzardi había sido privado de su libertad. Este fue sometido a un régimen de supervisión especial en la isla de Asinara, Italia. No estaba encerrado en una prisión, en una celda o en un centro, sino en un 5% del territorio insular, y sin barreras físicas. La superficie total de la isla tenía una extensión equivalente aproximada de 51 Km cuadrados; es decir, que el señor Guzzardi podía moverse por una superficie similar a la del Principado de Mónaco, que cuenta casi con 2 Km cuadrados. La Corte Europea respondió que sí había una privación de la libertad. Y obró bien. Aun cuando el espacio con el cual contaba para moverse era muy amplio y no tenía barreras físicas, el señor Guzzardi estaba bajo constante vigilancia, y su posibilidad de entablar relaciones sociales con los demás habitantes de la isla estaba severamente limitado.

iii. ¿Puede no haber privación de la libertad si a la persona se le reducen notoriamente sus posibilidades de ir y venir, de moverse, de deambular o de abandonar ciertos lugares? Si la persona está en condiciones de establecer relaciones en circunstancias similares a las de cualquiera de sus pares, puede no haber privación de la libertad. Un ejemplo de esto, puede tomarse también del caso *Nielsen v Dinamarca*, resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos. En esa ocasión, un menor de edad fue internado en un hospital psiquiátrico por decisión de su madre y a consejo de especialistas. La Corte sostuvo que el menor no había sido privado de su libertad, aun cuando estaba recluido en una sala del mismo y contaba con posibilidades bastante limitadas de salir de él. Justificó así su valoración del caso:

(l)as restricciones que experimentó el demandante en su libertad de movimiento y en sus contactos con el mundo exterior no se diferencian mucho de las que se le imponen a un niño en un hospital normal: ciertamente, la puerta de la sala, como la de cualquier otra sala en un hospital, permanecía con seguro, pero esto tenía como propósito evitar que los chicos se expusieran ellos mismos a un riesgo o que corrieran alrededor del hospital y molestaran a los otros pacientes; el demandante estaba autorizado para salir de la sala, con permiso, e ir por ejemplo a la biblioteca y de hecho fue con otros niños, acompañados por miembros del hospital, visitó parques y museos y otros sitios con propósitos educativos y recreacionales; además, pudo visitar a su madre y a su padre con regularidad, así como a sus viejos amigos de escuela, y hacia el final de su estadía en el hospital, empezó a ir de nuevo a la escuela; en general, las condiciones en el hospital estaban planteadas para ser tan similares a su casa real, como fuera posible<sup>47</sup>.

46 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Guzzardi v Italy*, Aplicación No. 7367/76, 06/11/1980.

47 Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Nielsen v Dinamarca*, Aplicación No. 10929/84, 28/11/88. Dijo la Corte: "(t)he restrictions on the applicant's freedom of movement and contacts with the outside World were not much different from restrictions which might be imposed on a child in an ordinary

iv. ¿Puede considerarse que una privación de la libertad es menos severa, si la persona conserva posibilidades relativamente amplias de relacionarse con los demás? Me parece que sí. El ejemplo real más claro se encuentra en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional Español en la STC 178/1985. En esa oportunidad, el Tribunal debía establecer si era constitucional someter a una persona declarada en quiebra a una privación de libertad carcelaria, y resolvió que no, porque en su criterio una medida de esa naturaleza resultaba demasiado severa y desproporcionada. En cambio, dispuso que el quebrado sí podía ser sometido a un arresto domiciliario, medida que le dejaba intactas al menos algunas de las posibilidades de relacionarse con los suyos<sup>48</sup>.

## 5. Conclusión

El propósito de este artículo era ofrecer criterios públicos, razonados y útiles para establecer si una medida es privativa de la libertad. Los criterios ofrecidos fueron estos. Primero, la privación de la libertad no es la privación de cualquier libertad ni necesariamente de todas las libertades, sino de la libertad personal. Segundo, la libertad personal no está del todo bien caracterizada si se la muestra sólo como el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad. La libertad personal es el derecho de toda persona a estar libre de obstáculos que afecten tan severamente como una aprehensión, una retención, una detención o un arresto la posibilidad individual de relacionarse o no con el entorno y con los demás; de ejercer o no ejercer sus demás derechos y libertades. Finalmente, una medida es privativa de la libertad cuando implica obstaculizar, con medios tan severos como el arresto o la detención, las posibilidades individuales de entablar relaciones con el entorno y con los demás, o de no hacerlo.

---

hospital: it is true that the door of the Ward, like all children's wards in the hospital, was locked, but this was to prevent the children from exposing themselves to danger or running around and disturbing other patients; the applicant was allowed to leave the Ward, with permission, to go for instance to the library and he went with other children, accompanied by a member of the staff, to visit playgrounds and museums and for other recreational and educational purposes; he was also able to visit his mother and father regularly and his old school friends and, towards the end of his stay in hospital, he started going to school again; in general, conditions in the Ward were said to be as similar as possible to a real home".

48 Debo aclarar que este último razonamiento, de acuerdo con el cual el arresto domiciliario es menos severo que el carcelario porque deja intactas algunas posibilidades de que el individuo se relacione con los suyos, no está en la sentencia. Es una inferencia que me permití hacer, porque Tribunal Constitucional es lacónico en las razones por las cuales cree que el arresto domiciliario es menos afflictivo que el carcelario. En efecto, simplemente se limita a decir: "(c)uando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. En este sentido el arresto carcelario es incompatible con el art. 17.1 de la Constitución, pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra". Tribunal Constitucional Español, STC 178/1985.

## Bibliografía

- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Segunda edición, Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL/GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- BERLIN, ISAIAH, "Dos conceptos de libertad", en *Sobre la libertad*, Trad. Julio Bayón, Ángel Rivero, Natalia Rodríguez y Belén Urrutia, Madrid, Alianza, 2004.
- BERLIN, ISAIAH, "Libertad", en *Sobre la libertad*, Trad. Julio Bayón, Ángel Rivero, Natalia Rodríguez y Belén Urrutia, Madrid, Alianza, 2004.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, "El libre desarrollo de la personalidad", en *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BORGES, JORGE LUIS, *El Aleph*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- CARDOZO, BENJAMIN N., *La naturaleza de la función judicial*, Trad. Eduardo Ponsa, Granada, Comares, 2004.
- CASAL HERNÁNDEZ, JESÚS MARÍA, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO, "Libertad personal", en *Ius et Praxis*, año/vol. 5, número 001, Talca, Universidad de Talca, 1999.
- CONCHA, JOSÉ VICENTE, *Apuntamientos de Derecho Constitucional*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010 (original de 1923).
- CONSTANT, BENJAMIN, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" (Conferencia pronunciada en el ateneo de París. Febrero de 1819), en *Escritos Políticos*, Trad. María Luisa Sánchez Mejía, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Derechos de libertad*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de derechos Fundamentales*, Madrid, Thomson Civitas.
- DUGUIT, LEÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Trad. José G. Acuña, 2ª edición, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Trad. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1998.
- FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Trad. Aurelio Garzón del Camino, 31ª edición en español, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2001.
- GLENN, PATRICK, "Persuasive authority", en *McGill Law Journal*, 32, 1986-1987.

- HART, H.L.A., "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001.
- HAURIUO, ANDRÉ/GICQUEL, JEAN/GELARD, PATRICE, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Trad. José Antonio González Casanova, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1980.
- HAURIUO, MAURICE, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Trad. Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927.
- LAPORTA, FRANCISCO, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* No. 4, Alicante, 1987.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LÓPEZ STERUP, HENRIK, "Libertad personal y presunción de inocencia", en *Manual de Constitución y Democracia*, Volumen I, 2ª edición, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.
- MACOVEI, MONICA, *Handbook N° 5: The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Germany, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, 2004.
- O'DONNELL, DANIEL, "Introducción al derecho internacional de los derechos humanos", en OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Vol I., Bogotá, OACNUDH, 2003.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "El derecho a la libertad y seguridad personales", en *Manual de Calificación de Conductas Violatorias*, Vol. I, Bogotá, OACNUDH, Defensoría del Pueblo, Unión Europea, 2004.
- PARDO FALCÓN, JAVIER, *El Consejo Constitucional Francés. La jurisdicción constitucional de la Quinta República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- PÉREZ, FRANCISCO DE PAULA, *Derecho Constitucional Colombiano*, Tomo I, Cuarta edición, Editorial Santa Fe, S.D.
- POPPER, KARL, "Dos clases de definiciones", en DAVID MILLER (comp.), *Popper: escritos selectos*, Trad. Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- RECASÉNS SICHES, LUIS, *Tratado de filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1978..
- SAMPER, JOSÉ MARÍA, *Derecho Público Interno*, Tomo II, Bogotá, Imprenta de 'La Luz', 1886.
- STUART MILL, JOHN, *Sobre la libertad*, Trad. Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 2009, pp.