

**LAS PENUMBRAS DE LA LIBERTAD PERSONAL**

**MARTHA CECILIA ARTUNDUAGA GUARACA**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ  
2016**

**LAS PENUMBRAS DE LA LIBERTAD PERSONAL**

**MARTHA CECILIA ARTUNDUAGA GUARACA**

**Tesis para optar el título de Magíster en Derecho Penal**

**Director**

**DR. ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ  
2016**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>9</b>
<b>I. LA LIBERTAD PERSONAL</b>	<b>18</b>
1. Concepto	18
1.1. Tratamiento doctrinal	20
1.2. Tratamiento jurisprudencial	23
2. La libertad personal y otros derechos fundamentales	29
2.1.1. Libertad personal y libertad de circulación	30
2.1.1.1. Elementos de distinción	30
2.1.1.2. Faceta interna y externa del derecho de circulación	30
2.1.1.3. Titularidad del derecho de circulación	31
2.1.2. Derecho de circulación de los extranjeros	33
2.1.3. Límite del derecho de circulación de los extranjeros	36
3. Titularidad del derecho a la libertad personal	38
4. Ejercicio de la libertad personal.	40
5. Límites del derecho a la libertad personal.	43
5.1. Reserva legal	47
5.1.1. Juicio de proporcionalidad	49
5.1.2. Juicio de razonabilidad	51
5.2. Reserva jurisdiccional	53
5.2.1. Excepciones a la reserva jurisdiccional	57
5.2.1.1. Flagrancia	57
5.2.1.1.1. Concepto	60
5.2.1.1.2. Procedimiento en caso de flagrancia	61
5.2.1.1.3. Los particulares como sujeto que limita la libertad personal	63
5.2.1.1.4. Vigilantes y escoltas de la seguridad privada	64
5.2.2. Por orden de la fiscalía	70
5.2.3. Detención administrativa preventiva	72
5.2.3.1. Concepto	74
5.2.3.2. Cuestionamientos a la sentencia c-024 de 1994	75
5.2.3.3. Validez de la detención administrativa preventiva	76
5.2.3.4. Razón en contra de la vigencia de la detención administrativa preventiva	76
5.2.3.5. Razón pro vigencia de la detención administrativa preventiva	77
5.2.3.6. Posiciones jurisprudenciales	77
5.2.4. Retención transitoria	81
5.2.4.1. Concepto	82
5.2.4.2. Posiciones jurisprudenciales	83
5.2.4.3. La retención transitoria en el proyecto de ley 99 de 2014, por medio del cual se expide el código nacional de policía y convivencia.	89
6. Garantías de protección del derecho a la libertad personal	91
6.1. Estructuras jurídicas de tipo normativo	91
6.2. Estructuras institucionales	92
6.3. Estructuras jurisdiccionales	93
6.4. Estándares internacionales de protección del derecho a la libertad personal	94

6.5.	Estándar de protección del derecho a la libertad personal en el sistema universal de protección de los derechos humanos	95
6.5.1.	Protección del derecho a la libertad personal en la Declaración Universal de Derechos Humanos	97
6.5.1.1.	Análisis normativo	98
6.5.2.	Protección del derecho a la libertad personal en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	101
6.5.2.1.	Análisis normativo	103
6.5.2.2.	Interpretaciones del comité	104
6.5.3.	Reglas Mandela	107
6.6.	Estándar de protección del derecho a la libertad personal en el Sistema Interamericano	114
6.6.1.	Protección del derecho a la libertad personal en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	115
6.6.1.1.	Análisis normativo	116
6.6.2.	Protección del derecho a la libertad personal en la convención americana sobre derechos humanos	118
6.6.2.1.	Análisis normativo	119
6.6.2.2.	Análisis jurisprudencial	121
6.7.	Estándar de protección del derecho a la libertad personal en el Derecho Internacional Humanitario: –los Convenios de Ginebra.	126
6.7.1.	Restricción de la libertad por grupos armados de oposición.	135
6.8.	Estándar de protección del derecho a la libertad personal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)	138
<b>II.</b>	<b>LA RETENCIÓN</b>	<b>146</b>
2.1.	Concepto	146
2.1.1.	Jurisprudencia constitucional	149
2.2.	Controles de identificación	152
2.2.1.	Control de identificación en el Código Nacional de Policía	153
2.2.2.	Control de identificación en el Código de Procedimiento Penal	157
2.2.3.	Control de identificación en el proyecto de ley 99 de 2014, por medio del cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.	158
2.3.	Redadas	161
2.4.	Registro personal	163
2.4.1.	Concepto	163
2.4.2.	Regulación legal	164
2.4.2.1.	Registro personal preventivo	165
2.4.2.2.	Registro personal incidental a la captura	168
2.4.2.3.	El registro en el proyecto de ley 99 de 2014, por medio del cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.	171
2.4.2.3.	Traslado para procedimiento policivo	176
<b>III.</b>	<b>LA LIBERTAD PERSONAL EN EL CONTEXTO DE LA INMIGRACIÓN</b>	<b>178</b>
3.1.	La inmigración en territorio colombiano	179
3.1.1.	Flujos migratorios en Colombia. El balance en cifras.	179
3.1.2.	Migración regular	181
3.1.3.	Migración irregular	182
3.1.3.1.	Causas de la inmigración	183
3.1.3.2.	Rutas de entradas y salidas	185
3.1.3.3.	Casos	186
3.1.3.4.	Consecuencias	188

3.1.3.4.1.	El refugio	189
3.1.3.4.2.	Deportación o expulsión	191
3.1.3.4.3.	Inadmisión o rechazo	192
3.2.	Restricción a la libertad en el contexto de la inmigración	192
3.2.1.	Marco jurídico nacional	193
3.2.1.1.	Conducción para controles de identificación	194
3.2.1.2.	Retención preventiva	195
3.2.2.	Marco jurídico internacional	197
3.2.3.	Análisis jurisprudencial de organismos internacionales	200
3.2.4.	Salas transitorias de migración	202
3.2.5.	A quienes se les restringe su libertad en las salas transitorias	205
3.2.6.	Quienes efectúan la retención	205
<b>IV.</b>	<b>CONSIDERACIONES FINALES</b>	<b>206</b>
4.1.	Controles de alcoholemia	206
4.1.1.	Tratamiento jurisprudencial	210
4.2.	Personas con discapacidad mental	215
4.3.	Menores de edad infractores de la ley penal.	222
4.3.1	Estándares internacionales de protección del niño.	222
4.3.1.1.	Convención sobre los derechos del niño	223
4.3.1.2.	Las reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de justicia de menores (reglas de Beijín)	226
4.3.1.3	Reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad (reglas de la habana)	229
4.3.2.	Código de la Infancia y la Adolescencia	231
<b>V.</b>	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>235</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>241</b>

## RESUMEN

El reconocimiento de la libertad como derecho de la persona constituye una de las grandes conquistas de la humanidad; pues en aras de proteger las libertades y los derechos de los ciudadanos somete a los gobernantes a los límites impuestos por la ley con el fin de evitar la arbitrariedad y el abuso del poder.

El enfrentamiento entre el poder de los gobernantes y los derechos de los ciudadanos condujo a la instauración del Estado Democrático de Derecho que tras la segunda guerra mundial y por la presión del conflicto latente, dio lugar a profundas transformaciones en las libertades individuales, en virtud de las exigencias impuestas por el **ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO**. Desde esta perspectiva el ordenamiento constitucional de Colombia ha configurado el derecho a la libertad personal.

El presente trabajo centra su estudio en la estructura constitucional del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 28 superior, dado el valor normativo de la Constitución que transmite sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, no siendo ajeno el derecho penal a este nexo, pues el sentido y alcance de las leyes penales debe enmarcarse desde la arista constitucional.

El examen incluye en un primer momento el análisis de la estructura constitucional del derecho analizando el concepto, su relación con otros derechos, su titularidad, el ejercicio, sus límites y sus mecanismos de protección; junto con el estudio de la jurisprudencia más relevante proferida por el Máximo Tribunal de Justicia Constitucional.

En segundo lugar, se analiza la figura de la retención, como limitación transitoria de la libertad con el fin de establecer si ésta afecta el ejercicio del derecho; dado que la doctrina y la jurisprudencia en Colombia no han abordado el análisis de la figura de la retención como supuesto de privación de la libertad conforme a los parámetros consagrados en el artículo 28 de la Constitución de 1991.

Luego se aborda en el capítulo tercero la libertad personal en el contexto de la inmigración para mostrar las formas en que es utilizado el derecho como medida de control migratorio en Colombia; ya que debido al flujo de inmigrantes ilegales, se torna trascendente examinar la restricción al derecho a la libertad de la cual son objeto, al ser detectados ingresando de manera ilegal en territorio patrio en la medida en que son capturados por las autoridades y puestos a disposición de Migración Colombia

Finalmente, en el cuarto capítulo denominado: consideraciones finales se examinan algunos escenarios especiales que dan lugar a la restricción de la

libertad personal cuando se trata de personas con discapacidad o cuando son menores de edad infractores de la ley penal.

## INTRODUCCIÓN

En primer lugar, la Constitución de 1991 reconoce la libertad como valor esencial y principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho. En el preámbulo se alude a ella como uno de los bienes que el Estado debe asegurar a los integrantes de la Nación. Con ello se enfatiza que la libertad constituye uno de los pilares del sistema constitucional colombiano; cuya función se concreta por un lado, en su eficacia directa y por el otro, en su proyección a través de reglas jurídicas posteriores en el desarrollo de otros preceptos constitucionales.

En ese sentido, es posible afirmar que la libertad como valor superior que ilumina el ordenamiento jurídico colombiano, cumple una finalidad integradora propia de las constituciones de consenso; puesto que, incorpora contenidos materiales con carácter informador, orientador y crítico, delimitando así el significado de las normas al permitir superar las aparentes contradicciones que de ellas se derivan en virtud del análisis constitucional<sup>1</sup>.

Pero además de esta función, la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, debe inspirar la regulación de la vida social y la actuación de los poderes públicos; de tal forma, que estos deben velar por su protección y su reconocimiento real, evitando que se perpetúe como una mera declaración de derechos.

---

<sup>1</sup> FREIXES SAN JUAN, Teresa. El Derecho a la Libertad Personal. PPU, Barcelona, 1980. p. 23.

Este compromiso se atribuye a los poderes públicos con fundamento en lo dispuesto en el Título I de los principios fundamentales artículo 2<sup>2</sup> y 5<sup>3</sup> de la Constitución Nacional (en adelante C.N.). En el primero de ellos, se impone la obligación de hacerla efectiva y en el segundo, al reconocerla como un derecho inherente a toda persona debe ser facilitada y protegida por parte de dichos poderes.

En segundo lugar, la Constitución Nacional establece que la libertad personal es un derecho fundamental, de acuerdo con lo previsto en el Título II, capítulo I sobre los derechos fundamentales. Respecto a su contenido, la Carta la clasifica dentro del grupo de las libertades físicas junto con la libertad de circulación y de residencia, categoría que le imprime a la libertad personal una nueva dimensión, pues desde este plano pasa a formar parte de los llamados: “derechos públicos subjetivos”; lo cual conlleva unas consecuencias específicas debido a que su afectación debe ceñirse a los parámetros constitucionalmente establecidos.

Esta dimensión se ve reforzada por el carácter público que se atribuye al derecho en la medida en que la relación jurídica pública de los sujetos –activo y pasivo– se circunscribe a la correlación entre el sujeto individual y el propio

---

<sup>2</sup> El artículo 2 de la Constitución Nacional dispone: “... las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos **y libertades**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”

<sup>3</sup> El artículo 5 de la Constitución Nacional consagra: “El estado reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...”

Estado; quien es finalmente el titular de derechos y obligaciones respecto a los individuos.

Así mismo, la libertad personal como derecho público se ubica dentro de los derechos pertenecientes al *status libertatis* asociados al conjunto de derechos basados en la autonomía de la persona, situados fuera de la intervención del Estado y goza de las características de la intransmisibilidad, la imprescriptibilidad, la inviolabilidad, la irrenunciabilidad y la indisponibilidad.

Por lo tanto, los poderes públicos en el ejercicio de su función deben observar las obligaciones impuestas por la Carta Constitucional con el fin de hacer efectiva la concreción del derecho de acuerdo con los lineamientos trazados por las notas características que irradian la libertad personal como parte integrante de la Constitución; puesto que, no sólo basta con su reconocimiento formal, sino también es imprescindible la materialización plena del derecho mediante la implementación de políticas públicas que permitan su realización<sup>4</sup>.

Por otro lado, la intervención del Estado y los poderes públicos en la esfera privada de los individuos, con el fin de velar y asegurar la convivencia social dentro de la dinámica actual de la vida moderna, muestra una serie de escenarios conflictivos que rodean y amenazan los contornos de la libertad como

---

<sup>4</sup> La reivindicación de los Derechos Humanos dada la constitucionalización del derecho requiere de la adopción de políticas públicas para su concreción y materialización. Ver entre otros a JIMÉNEZ BENITEZ, William Guillermo. El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas [On line]. 2007, p. 40. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque\\_DDHH.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf). Fecha de Consulta: 1 de octubre de 2015.

consecuencia del contacto permanente con los derechos y libertades públicas de los ciudadanos.

Son prácticas cotidianas realizadas generalmente por las autoridades policiales en el ejercicio de su función<sup>5</sup> que llevan consigo la restricción momentánea de la libertad, sin llegar a configurar una detención en sentido formal. De modo que al ciudadano no se le priva de libertad en forma continuada y mediante la fuerza física, sino que sufre una paralización e inmovilización momentánea<sup>6</sup>. En este contexto, la controversia se presenta con relación a los presupuestos de legitimidad en el marco de las facultades que otorga la Constitución y la Ley a las autoridades con el propósito de evitar actos arbitrarios en detrimento de la potestad que tienen los ciudadanos de actuar según su voluntad.

---

<sup>5</sup> Constitucionalmente corresponde a las autoridades de policía la preservación del orden público, entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permita la prosperidad general y el goce de los Derechos Humanos. Su actuación se enmarca dentro del respeto por los Derechos Humanos con el fin de mantener las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos y libertades de los ciudadanos y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. En tal sentido sus funciones son de carácter preventivo y su denominación corresponde a la llamada policía administrativa. Cuando se cumple funciones de carácter represivo se habla de la policía judicial que se encarga de colaborar con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes bajo la dirección de los fiscales y los jueces. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-024-94. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver: Fundamentos Jurídicos 4.1, 4.2.

<sup>6</sup> En el ámbito español, se han ocupado de estudiar estas formas intermedias de afectación del derecho a la libertad personal entre otros: HERRERO HERRERO, César. Detención preprocesal y detención funcional operativa. Boletín de información del Ministerio de Justicia, Nº.1519, 1989. pp. 828 – 840. LÓPEZ ORTEGA, Juan José. “La detención de indocumentados”. En: *Poder Judicial*. 1992. pp.153 – 157. DE LLERAS SUÁREZ BARCENA, Emilio. “La policía judicial y la seguridad ciudadana”. En: *Poder Judicial*. Nº. 31. 1993. pp. 107 - 122. SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. “Identificación del indocumentado, comentario al artículo 20 de la LO1/92, de 21 de Febrero”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº.. 80. 1993. p. 63. DE VEGA RUIZ, José Augusto. “La privación de libertad a través de las órdenes de presentación y comparecencia”. En: *Poder Judicial*, II Jornadas de colaboración Institucional: SC., Director., Luis Vaca Medina, Madrid. 1989. pp. 55 – 69, entre otros.

De igual manera, ante la multiplicidad de escenarios en donde la libertad corre peligro de ser limitada, es interesante la retención que se hace de los inmigrantes ilegales como política de control migratorio. Dicha medida cobra bastante relevancia, dado el aumento significativo de la migración ilegal en territorio colombiano como país de tránsito; propiciando la captura de muchos inmigrantes irregulares. En ese orden de ideas, la investigación abordará el estudio del fenómeno migratorio en Colombia con el fin de verificar que medidas de control migratorio impactan de manera directa el ejercicio del derecho a la libertad personal y así mismo, dónde y cómo se aplican.

Además, la libertad personal se encuentra en riesgo de ser restringida para las personas calificadas con discapacidad mental, existiendo diferencia entre quienes han cometido o no un delito y también para los menores de edad que hayan infringido la ley penal. Por ello se examinarán los presupuestos legales, las condiciones, los requisitos y los efectos de las medidas limitativas de la libertad para este grupo de personas con el fin de constatar el impacto de las mismas sobre la regulación constitucional del derecho a la libertad personal.

En efecto, las prácticas diferentes a las derivadas de la comisión de un hecho punible comprometen el goce de la libertad porque se corre el riesgo de implementar medidas limitativas al ejercicio del derecho a la libertad. En consecuencia, es imprescindible la implementación de mecanismos y medidas de control claras y precisas. Para lograr tal propósito, es necesario que esas formas de restricción al derecho se encuentren regladas con el fin de determinar sus

presupuestos, condiciones, requisitos y efectos con miras a garantizar y a proteger la libertad personal; puesto que su regulación legal se constituye en el mejor aliado para la protección de la libertad al servir de guía a la función de las autoridades evitando así todo tipo de arbitrariedad y abuso en aras a garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades.

De modo que las autoridades competentes, legitimadas para conculcar el derecho a la libertad personal, actúen en los casos específicamente reglamentados con el fin de coartar actuaciones discrecionales e interpretaciones subjetivas de las mismas. Por ejemplo, en la Constitución alemana cuando consagra en el artículo 2 numeral 2 la inviolabilidad de la libertad personal, establece que el derecho a la libertad sólo puede ser restringido en virtud de una ley<sup>7</sup>, mientras que el artículo 28 de la Constitución colombiana habla de motivo previamente definido en la ley.

Estos límites deben ser impuestos por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración; cuyo objetivo debe ser salvaguardar el derecho de las amenazas diversas y complejas que la dinámica social entraña para la convivencia pacífica, los valores y derechos constitucionales reconocidos, dentro de los que se

---

<sup>7</sup> La Constitución alemana alude al derecho a la libertad personal en los siguientes términos: En el **Artículo 2 [Libertad de acción, libertad de la persona]** (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. (2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. **La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.** **Artículo 11 [Libertad de circulación y de residencia]** (1) Todos los alemanes gozan de la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio federal. (2) Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y únicamente en el caso en que la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la comunidad, o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos.

encuentra la libertad. Todo ello con el objeto de facilitar el control de las actuaciones arbitrarias e ilegales de las autoridades en el cumplimiento de las funciones<sup>8</sup>.

En ese orden de ideas, el objetivo de la presente investigación se centra básicamente en el estudio de la libertad personal a través del examen de la estructura constitucional del derecho. A partir de dicho estudio, se acomete la problemática de su ejercicio respecto de sus límites; lo cual evidencia la dificultad para concretar su contenido, su ejercicio y sus restricciones. Para lograr tal fin, se recurrirá al análisis descriptivo y objetivo de las normas, especialmente, del artículo 28 de la Constitución Política en cuanto reconoce, protege, y delimita la libertad personal, precisando los supuestos de privación de la misma.

De igual manera se evaluará la jurisprudencia más importante proferida por la Corte Constitucional cuando ha decidido algunos casos problemáticos y singulares con el fin de mostrar su incidencia en la configuración del derecho a la libertad personal y las consecuencias que de ellas se derivan. Así, se reseñarán algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional que han precisado el contenido y el ejercicio del derecho a la libertad personal, señalando lineamientos como parámetros de aplicabilidad. Decisiones que serán objeto de estudio con el fin de constatar la efectividad de la norma y verificar por medio de ello, si su aplicación se ajusta a los parámetros establecidos respetando las garantías del

---

<sup>8</sup> GONZALEZ PASCUAL, Maribel. Seguridad y Libertad en la Legislación Alemana del Tratamiento de la Información: La Posición del Tribunal Constitucional Federal. [on line] p.174. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9517&path%5B%5D=9517> Fecha de Consulta: 15 de octubre de 2015.

derecho o si, por el contrario, ella ha sido instrumento de vulneración del ejercicio real y efectivo del mismo.

El análisis jurisprudencial se centrará en el estudio de Sentencias de constitucionalidad en donde se demandan disposiciones legales que consagran supuestos de limitación a la libertad personal. Igualmente, se examinarán Sentencias en donde se aborda como problema jurídico la vulneración del artículo 28 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la libertad personal, teniendo en cuenta los cuestionamientos que se hacen en la demanda de inconstitucionalidad y los argumentos que fundamenta la decisión que adopta la Corte para declarar la exequibilidad o no de la norma demandada, respecto del contenido constitucional del derecho a la libertad personal.

Este examen constitucional a la libertad personal se torna pertinente dado el valor normativo de la Constitución y su eficacia directa, que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico que se ha constitucionalizado. Así, la Norma Superior de 1991 consagra una serie de garantías, derechos y libertades vinculantes en el ámbito del derecho penal, entre ellos, el derecho a la libertad personal, previsto en el artículo 28 de la Constitución, que hace indispensable el análisis de la regulación constitucional del derecho como guía de interpretación<sup>9</sup>. Tal como lo expresa el profesor Zaffaroni, cuando afirma que: “el saber del

---

<sup>9</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime & MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Quinta Edición. 2004. pp.23-25.

derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional”<sup>10</sup>.

Por consiguiente, la investigación pretende contribuir al análisis de una nueva conflictividad que amenaza la libertad personal –desde la óptica constitucional– con el fin de procurar la protección de los ciudadanos frente a las autoridades públicas que a través de su función rozan y tocan la libertad.

---

<sup>10</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. 2da Edición. EDIAR, Buenos Aires - Argentina, 2002. p. 191.

## I. LA LIBERTAD PERSONAL

### 1. CONCEPTO

La Carta Política de 1991 aborda la libertad en momentos. Primero, en el preámbulo se estipula que la libertad es un principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho y a su vez, como uno de los bienes que debe asegurar el Estado a sus integrantes. En un segundo momento, se ocupa de regular la libertad como un derecho fundamental, salvaguardando dentro de esta categoría libertades individuales de la esfera interna de las personas<sup>11</sup>, libertades sociales<sup>12</sup> y las libertades físicas<sup>13</sup>.

El grupo de las libertades físicas protegen las expresiones físicas del movimiento, comprendiendo el derecho de la persona a disponer el lugar, donde se desea o no estar. Dentro de este tipo de libertades se encuentra la libertad personal, consagrada en el artículo 28 de la C.N. cuando establece que toda persona es libre. La libertad personal es un derecho fundamental que goza de las notas propias de los derechos públicos subjetivos y por lo tanto, es intransmisible, imprescriptible, inviolable, irrenunciable e indisponible. Además, se ubica dentro

---

<sup>11</sup> Derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 16 de la C.N; la libertad de conciencia consagrada en el artículo 18 de la C.N y la libertad de religión y culto en el artículo 19C.N.

<sup>12</sup> Libertad de expresión e información artículo 20 C.N., libertad de escoger profesión u oficio artículo 26 C.N. libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra artículo 27 C.N libertad de asociación artículo 38 C.N.

<sup>13</sup> Derecho a la libertad de circulación y residencia del artículo 24 de la C.N. y el derecho a la libertad personal artículo 28 C.N.

de los derechos pertenecientes al ***status libertatis*** asociados al conjunto de derechos de autonomía de la persona situados fuera de la intervención del Estado.

Sin embargo, el derecho a la libertad personal no tiene un valor absoluto. Su ejercicio se ve restringido por las limitaciones impuestas en el ordenamiento jurídico que condiciona la práctica de su privación a la observancia de los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Constitución, el cual regula los casos en que ésta procede. En este contexto, las libertades físicas presentan una serie de situaciones conflictivas que comprometen el goce y el ejercicio del derecho para el ciudadano. De ahí la necesidad de abordar el estudio de la libertad personal desde su estructura constitucional.

El artículo 28 de la Carta Magna que regula el derecho a la libertad personal se encarga de establecer la prohibición de su vulneración y los casos en que se puede restringir, sin precisar su concepto. Con el fin de concretar su significado, se acude a las definiciones que ha dado la doctrina respecto a las dos formas de entender el término libertad.

## 1.1. TRATAMIENTO DOCTRINAL

Para definir la libertad personal se parte de la clásica distinción entre libertad negativa y libertad positiva, análisis que se fundamenta en virtud de los deberes que se imponen en el desarrollo de su ejercicio<sup>14</sup>.

Con relación a la libertad negativa, se afirma que es una en garantía de no interferencia de poderes o fuerzas extrañas al sujeto en el desarrollo de su actividad, es decir, se refiere a la ausencia de perturbaciones que lo restrinjan o lo amenacen<sup>15</sup>. En otras palabras, es el ámbito en el que se puede actuar sin ser limitado. Por ello se dice que es estática y pasiva pues, permite hacer o no hacer aquello respecto de lo cual no hay norma que lo prohíba o lo imponga<sup>16</sup>.

Por el contrario, la libertad positiva alude a la posibilidad de actuar según la voluntad y el deseo del individuo de regirse a sí mismo y de ser su propio dueño. De esta forma, tiene la facultad de realizar determinadas actividades o conductas sin verse supeditado por la voluntad de otros<sup>17</sup>. Cabe resaltar que la voluntad es dinámica, activa e involucra a su vez, un aspecto o dimensión social,

---

<sup>14</sup>Un estudio más profundo sobre la libertad negativa y positiva se encuentra en VIVES ANTÓN, Tomas. La libertad como Pretexto. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

<sup>15</sup>BERLIN, Isaiah. Dos Conceptos de Libertad. Libertad negativa y libertad positiva. [On line]. Oxford. 1969. p. 49. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2570/8.pdf>. Fecha de Consulta: 4 de septiembre de 2015.

<sup>16</sup> PARRA VERA, Oscar & GÓNGORA, Manuel Eduardo. El Derecho a la Libertad. Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2002. p. 8.

<sup>17</sup> BERLIN, Isaiah. Óp.Cit., p.55.

desempeñando un papel preponderante en las relaciones personales en las que se desenvuelve el individuo<sup>18</sup>.

Sobre la dicotomía del concepto de libertad, Norberto Bobbio plantea que la libertad oscila entre el actuar y el querer. La libertad negativa o no impedimento, se refiere a la facultad de realizar o no realizar ciertas acciones sin impedimento externo. En contraste, la libertad positiva o de autonomía corresponde a la voluntad; es decir, a la autonomía de no obedecer otras normas distintas a las impuestas por el mismo individuo<sup>19</sup>.

Por su parte, Ferrajoli se refiere a los derechos de libertad al explicar el concepto de derechos fundamentales<sup>20</sup>. El autor construye una tipología especial de derechos a partir del reconocimiento de su titularidad, basándose en la distinción entre ciudadanía y la capacidad de obrar. Frente a ello, precisa la existencia de derechos primarios y sociales. Los primeros se presentan cuando el individuo no tiene capacidad de actuar, constituido por derechos libertades, compuesto por expectativas negativas sobre la base de no interferencia o inmunidad, por parte de los poderes públicos, incluyendo dentro de ellos la libertad

---

<sup>18</sup> PARRA, Oscar. Óp.Cit., p. 9.

<sup>19</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. "El Concepto de la Libertad en la Teoría Política de Norberto Bobbio". En: *Revista de Economía Institucional*. Vol.8, Nº. 14. 2006. [On line]. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Disponible en: [Scholar.googleusercontent.com/scholar.google.com/8h=es&as-sdt=o.s](https://scholar.googleusercontent.com/scholar.google.com/8h=es&as-sdt=o.s) Fecha de Consulta: 5 de septiembre de 2015.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 104.

personal, mientras que los derechos sociales corresponden a expectativas positivas que comprenden obligaciones de prestación<sup>21</sup>.

Es de anotar que la proyección negativa del concepto sirve de límite de contención de los poderes públicos, a quienes se les impone restricciones para la regulación de su ejercicio; toda vez que se rechaza cualquier posibilidad de privación injustificada. De tal forma que el derecho a la libertad personal está regulado a través de los límites y de las restricciones impuestas a su ejercicio. De lo que se deduce que la concepción negativa del término, le adjudica al derecho su defensa ante las detenciones, las condenas y los arrestos arbitrarios; cuyas circunstancias se encuentren vinculadas a la comisión de un hecho delictivo. Sin embargo, existen otras prácticas diferentes a las derivadas de la comisión de un hecho punible que requieren de la protección del derecho. En el marco del desarrollo de la modernidad se hace necesaria cada vez más la intervención del Estado y de los poderes públicos en la esfera privada de los individuos con el fin de velar y asegurar la convivencia social; rodeando y amenazando los contornos de la libertad; para lo cual el derecho debe ser abordado también desde su óptica positiva en donde la libertad se muestra con aptitud suficiente para garantizar la protección del individuo y no sólo a través del análisis de las normas reguladoras de sus limitaciones y restricciones<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup>MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y Derechos Fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. [On line]. 2006, pp.10-15. Disponible en: <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf> Fecha de Consulta:5 de septiembre de 2015

<sup>22</sup>En este sentido se expresa GARCÍA MORILLO, Joaquín. El derecho a la libertad personal. Detención, privación y restricción de libertad. Propuestas. Universidad de Valencia. Tirant lo Blanch, 1995, p. 38-41s.

## 1.2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Por su parte, la Corte Constitucional se ha manifestado en diversas oportunidades sobre la concreción del derecho a la libertad personal, haciendo énfasis en la ambigüedad en la precisión del término. Al analizar el concepto, ha reconocido su contenido ambivalente dada la triple naturaleza jurídica que le atribuye la Constitución de 1991, a saber, como valor, como principio y como derecho<sup>23</sup>. Razón por la cual se torna ambigua su determinación, pues desde cada una de estas dimensiones, la libertad tiene distinta densidad y eficacia normativa así como diferentes posibilidades de interpretación y aplicación.

En cuanto a la concreción del derecho de libertad, la Alta Corporación Constitucional en sus decisiones ha relacionado y ligado el derecho a la libertad personal –previsto en el artículo 28 de la C.N.– con el valor superior de la libertad previsto en el Preámbulo de la Constitución. Sobre este punto, la Corte afirma que la Carta Política de 1991, participa ideológicamente de una filosofía libertaria y democrática, no autoritaria y mucho menos totalitaria; la cual debe ser preservada por el intérprete. Así, en la Sentencia que despenaliza el consumo de la dosis personal al declarar inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986 manifiesta:

“(…) Pues la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria. Por tanto, si del texto de una norma pudiera desprenderse una conclusión a tono con una ideología de esa naturaleza, sería necesario,

---

<sup>23</sup> Ver: SC 239 -12. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, SC 176-07, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SC 237-05.M.P. Jaime Araujo Rentería.

en una tarea de armonización sintáctica que incumbe al intérprete, extraer de ella un sentido que no rompa abruptamente el sistema sino que lo preserve. Porque la tarea del juez de constitucionalidad no consiste, ni puede consistir, en resignarse a que la norma básica es un tejido de retazos incongruentes, entre sí inconciliables, sino en eliminar contradicciones y hacerlo de modo razonable. Por ejemplo: si de una norma se sigue que el hombre es libre y, por tanto, dispone de un ámbito de autonomía compatible con el ámbito ajeno; y de otra, que no lo es, la alternativa no tiene escapatoria: optamos por darle relevancia a la primera ("pro favor libertatis") ratificando la sustancia ideológica de la Carta, o la distorsionamos, atribuyendo trascendencia derogatoria a un precepto de significación normativa vicaria. La opción que en esta Sentencia se avala es, sin duda, la primera (...)"<sup>24</sup>.

Tesis que reitera la Corte Constitucional en la Sentencia C- 879 de 2011 al explicar que la libertad consagrada en el preámbulo de la Constitución se constituye en valor superior del ordenamiento jurídico y por lo tanto, en pauta de interpretación del texto constitucional. En ese sentido sostiene: "el Preámbulo de la Constitución señala la libertad como un *valor superior* del ordenamiento jurídico, en esta proclamación se ha visto el reconocimiento de una directriz orientadora en el sentido que *la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria*"<sup>25</sup>.

Al mismo tiempo, la Corte Constitucional en la precitada Sentencia C- 879 de 2011, enlaza la libertad personal con el artículo 2ª de la C.N. De esta forma, establece que su contenido axiológico es rector del sistema normativo, determinando así la acción del Estado sobre el supuesto de que debe proteger las libertades de todas las personas residentes en Colombia. Así mismo, alude a la libertad como principio, con fundamento en el artículo 6 de la Carta Magna que facultad a los particulares a hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley. También sostiene que este principio general de libertad, se encuentra en el

---

<sup>24</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-221- 94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>25</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC 879 – 11. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

artículo 13 de la C.N. cuando proclama que todas las personas nacen libres. Así lo ha establecido al afirmar:

“(…) Igualmente el artículo 2 de la Constitución indica que las autoridades están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. Desde esta perspectiva la libertad se configura como un contenido axiológico rector del sistema normativo y de la actuación de los servidores públicos, del cual, en todo caso, también se desprenden consecuencias normativas en la interpretación y aplicación, no sólo del texto constitucional, sino del conjunto de preceptos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, que deben ser leídos siempre en clave libertaria (…).

“(…) Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un principio general de libertad que autoriza a los particulares a llevar a cabo las actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no está subordinado a requisitos o condiciones determinadas, el cual estaría reconocido por el artículo sexto, se trataría entonces de la norma de cierre del ordenamiento jurídico, que tendría la estructura deóntica de un permiso<sup>26</sup>. Pero también se ha visto en el artículo 13 de la Constitución<sup>27</sup>, el origen de este principio general de libertad el cual según la jurisprudencia constitucional es el fundamento del derecho de toda persona a tomar decisiones que determinen el curso de su vida<sup>28</sup>(…)<sup>29</sup>.

De igual manera, la Alta Corporación Constitucional, en la Sentencia C-251 de 2002 vincula la libertad con el derecho a la seguridad personal cuando señala que en virtud del artículo 28 de la C.N. una persona privada de la libertad –de ser colocada a disposición de la autoridad judicial mediante entrega física del capturado– tiene como garantía la protección de su integridad<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> La tesis del permiso como norma de cierre del ordenamiento jurídico no es doctrinalmente pacífica, al respecto puede consultarse a: NAVARRO. Pablo E. *Normas Permisivas y Clausura de los Sistemas Normativos*. En: [www.isonomia.itam.mk/docs/iaonomia34/isono\\_345.pdf](http://www.isonomia.itam.mk/docs/iaonomia34/isono_345.pdf). Fecha de consulta: 2 de octubre de 2015.

<sup>27</sup> El primer inciso de este precepto consigna que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, oportunidades sin ninguna discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” y sería la fuente normativa tanto del principio general de igualdad como del principio general de libertad.

<sup>28</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-401 de 1994.

<sup>29</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC 879 - 11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>30</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SC 251- 02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett.

La anterior reseña jurisprudencial permite concluir que la Corte Constitucional diferencia el contenido de la libertad personal en dos aspectos fundamentales: como valor superior del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental. En el primer caso, opera como criterio de interpretación de la Carta y también se encarga de establecer las obligaciones que tienen las autoridades frente a los ciudadanos así como, las facultades de obrar que poseen los individuos. Mientras que en el segundo caso, además de garantizar la libertad como condición inherente a la persona humana, configura las reservas legales y judiciales con relación a la detención, condena o internamiento arbitrarios, susceptibles de la protección del recurso de habeas Corpus. De lo anterior se deduce que no se puede confundir el derecho fundamental consagrado en el artículo 28 de la carta, con el valor superior de la libertad personal.

Además, es importante señalar que la Corte Constitucional, en un principio concreto al contenido del derecho a la libertad personal y apelando a los tradicionales conceptos de libertad positiva y negativa de manera simultánea, precisó en la Sentencia C-301 de 1993, que:

“(...) La Constitución asegura la inviolabilidad de la libertad de la persona humana y lo hace de manera radical: "Toda persona es libre" (C.P. art. 28). El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y, de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente (...)”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver: Fundamento Jurídico N°. 14 de la SC 301-93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Posteriormente, el máximo Tribunal constitucional, cuando estudió la demanda de inconstitucionalidad sobre el artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), que penaliza el aborto, pareció afiliarse a la idea de la libertad en sentido positivo; ya que, subrayó que la Constitución debe garantizar una esfera de autonomía individual que sólo puede ser limitada por los derechos de los demás, incluyendo dentro de ellos el derecho a la vida de los nascituros. Según lo establecido en la Sentencia C-133 del 17 de Marzo de 1994:

“(…) En lo que atañe a las libertades de conciencia y de cultos, garantizadas por la Constitución Política, en los artículos 18 y 19, respectivamente, se anota que el ejercicio de los derechos dimanantes de estas libertades, tiene como límites no sólo la salvaguarda de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden público, protegidos por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, sino el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida del nasciturus (…)”<sup>32</sup>.

Después, el órgano defensor de la Constitución en la decisión sobre la despenalización del consumo de la dosis personal en materia de alucinógenos, se inclinó por la noción negativa del concepto de libertad, cuando apuntó hacia la autonomía personal como núcleo del derecho a la libertad. De modo que, proclamó la prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad sobre razones de moralidad y orden público. Tal como lo explicó en la Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994:

“(…) Para dilucidar "in toto" la constitucionalidad de las normas que hacen del consumo de droga conductas delictivas, es preciso relacionar éstas con una norma básica que, para este propósito, resulta decisiva. Es el artículo 16 de la Carta, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo hace en los siguientes términos: "Todas las

---

<sup>32</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC 133 - 94, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En: Fundamento Jurídico 5.2.

personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

"...La frase "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", merece un examen reflexivo, especialmente en lo que hace relación a la expresión subrayada. Porque si cualquier limitación está convalidada por el solo hecho de estar incluida en el orden jurídico, el derecho consagrado en el artículo 16 Superior, se hace nugatorio. En otros términos: el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución.

"...Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad "in nuce", porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena (...)"<sup>33</sup>.

Los pronunciamientos anteriormente reseñados muestran como el Tribunal Constitucional al concretar el derecho a la libertad personal no mantiene una sola línea jurisprudencial; toda vez que en menos de dos meses en un mismo año pregonó criterios jurídicos diversos en torno al concepto de la libertad personal. En un principio reivindicó la tesis de una libertad positiva que permite al Estado intervenir en la esfera privada de los individuos en provecho del bienestar colectivo para luego asumir una postura negativa del concepto, preservando la autonomía de las personas sobre las decisiones y los asuntos que sólo a la persona le atañen.

En ese orden de ideas, a quienes les ha correspondido la concreción del contenido del derecho a la libertad personal es a la doctrina y la jurisprudencia, sin que se haya decantado y aclarado con suficiencia su definición.

---

<sup>33</sup> Consultar: Fundamento Jurídico 6.2.4. de la SC 221 - 94 M.P. Carlos Gaviria.

## 2. LA LIBERTAD PERSONAL Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Debe tenerse en cuenta que la libertad personal se constituye en un presupuesto necesario para el ejercicio de las demás libertades. Esta íntima conexión con otros derechos constitucionalmente protegidos, como la prohibición de la desaparición forzada, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de los seres humanos, la libertad de conciencia, la libertad de religión y culto, la libertad de expresión e información, la libertad de circulación y residencia, la libertad de escoger profesión u oficio, la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y la libertad de asociación<sup>34</sup>, justifica su carácter expansivo por cuanto revela diferentes aristas con alcances y contenidos variados. De esta forma, su concreción gira alrededor del enlace con dichos derechos y debe tener en cuenta, los aspectos específicos de las esferas de protección de las restantes libertades. De ahí que, la definición de su contenido no sea sencilla; puesto que, la libertad física cobra un cariz diferente cuando se explica desde la perspectiva de cada uno de ellos.

---

<sup>34</sup> En estricto orden de precedencia los derechos citados se encuentran consagrados en la Constitución Nacional en los artículos 12, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 26, 27 y 38.

### **2.1.1. LIBERTAD PERSONAL y LIBERTAD DE CIRCULACIÓN**

A efectos de concretar el contenido de la libertad personal, debe tenerse en cuenta la conexión que existe con el derecho a la libre circulación, residencia, entrada y salida, previsto en el artículo 24 de la Constitución; el cual ampara la libertad dentro de un determinado ámbito espacial, afectando la capacidad de desplazamiento del sujeto<sup>35</sup>. La conexión de estos derechos es bastante importante, dado que pueden presentarse dificultades a la hora de su comprobación, atendiendo que compone el mismo grupo de protección de las libertades físicas. Ambos derechos tienen en común que garantizan el derecho a toda persona a buscar para sí el lugar donde quiere permanecer y el derecho a evitar lugares en los cuales no desea estar<sup>36</sup>.

#### **2.1.1.1 ELEMENTOS DE DISTINCIÓN**

#### **2.1.1.2 FACETA INTERNA Y EXTERNA DEL DERECHO DE CIRCULACIÓN**

Pese a esta dificultad, la diferenciación de estos derechos es plenamente posible si se toma en consideración las facetas internas y externas que constituyen el derecho de circulación; ya que éste atañe exclusivamente a los

---

<sup>35</sup> En relación con la diferenciación del derecho a la libertad personal y al derecho a la libertad de circulación, residencia, entrada y salida, consultar: TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. Libertades de circulación y residencia, entrada y salida en España. Madrid: Ed. Civitas. 1991, p.52 y ss.

<sup>36</sup>PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard.GrudrechteStaatsrechii.Heidelberg:C.E.MullerJuristischerVerlag, 1993, p.107. Citado por: PARRA VERA, Oscar & GÓNGORA, Manuel Eduardo. Óp. Cit. p. 16.

lugares donde la persona puede moverse y establecerse<sup>37</sup>. De donde se colige que la libertad de circulación garantiza la posibilidad de desplazamiento de un lugar a otro en el propio país sin más impedimentos que los derivados de los límites y requisitos que establezca la Ley. Mientras que la libertad personal consagrada en forma genérica en el artículo 28 de la Constitución se encuadra en el derecho que tiene el individuo a impedir toda injerencia no deseada en el devenir físico de su existencia cuya cobertura gira en torno a la persona en sí y por sí considerada, dentro de un ámbito espacial casi inexistente que se ejerce de modo estático sin necesidad de movimiento.

Así, toda vulneración a la libertad personal conlleva necesariamente a conculcar la libertad de circulación<sup>38</sup>. Por consiguiente, toda privación del derecho a la libertad consagrada en el artículo 28 superior, supone una transgresión a la capacidad de circulación dentro del territorio Colombiano pero, no toda vulneración a la libertad de circulación implica la violación de la libertad personal. Estas notas características despejan toda confusión a la hora de determinar los derechos anteriormente relacionados.

### **2.1.1.3 TITULARIDAD DEL DERECHO DE CIRCULACIÓN**

Además de los caracteres sustanciales anteriormente expuestos, también se tiene como elemento de distinción entre ellos la particularidad de su titularidad.

---

<sup>37</sup> DIAZ-PICAZO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales, 3<sup>o</sup> Edición. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 288.

<sup>38</sup>TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. Óp. Cit., p. 92.

La del derecho a la libertad personal está en posesión de cada una de las personas mientras que la titularidad del derecho de circulación y residencia se sitúa a favor de los nacionales, de conformidad con lo reglado en el artículo 24 de la Constitución Nacional que consagra el derecho a la libre circulación o desplazamiento a todo colombiano.

La adjudicación de la titularidad del derecho de entrada, circulación y residencia en el territorio colombiano asociada a la nacionalidad –entendida como el vínculo legal que une a un Estado con un individuo y que significa su existencia jurídica y el disfrute de derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales así como la delimitación de las responsabilidades políticas, sociales y económicas, tanto del Estado, como de la persona<sup>39</sup>– condiciona el ejercicio del derecho de circulación, pues debe estar necesariamente sujeto al concepto de soberanía. Por ende, al involucrar la voluntad suprema del Estado sobre las personas y objetos dentro del territorio, éste de manera universal y exclusiva tiene el derecho de promulgar en su territorio normas jurídicas que vinculen a sus nacionales para decidir sobre su estatus físico y jurídico y a su vez, impedir la sumisión a otros Estados<sup>40</sup>.

Asimismo se relaciona con la noción de ciudadanía, esto es, es el status legal que le reconoce a los nacionales de un Estado gozar en igualdad de

---

<sup>39</sup> Concepto de Nacionalidad precisado por la Corte Constitucional en la SC-622-13. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>40</sup> HILLGRUBER, Christian. “La soberanía: La defensa de un concepto jurídico”. En: *Revista para el análisis del derecho*. [on line]. Barcelona, Febrero de 2009, p.7-8. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/593es.pdf> Fecha de Consulta: 6 de febrero de 2015.

condiciones del ejercicio de los derechos individuales, cívicos y políticos en razón al vínculo que se tiene con una comunidad en particular<sup>41</sup>. De tal manera que la expresión del artículo 24 a “todo colombiano” comprende no sólo a quien ostenta la calidad de nacional colombiano sino que además a quien goce del status de ciudadanía. Regulación legal que evidencia la voluntad del constituyente colombiano de no reconocer de manera directa y expresa para los extranjeros, el derecho a la libertad de circulación, otorgando un trato excluyente y restringido en el ejercicio del derecho<sup>42</sup>.

### **2.1.2. DERECHO DE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS**

La reglamentación constitucional de la titularidad del ejercicio del derecho de libertad de circulación en cabeza de los nacionales, ha sido objeto de controversia en otras latitudes. En España, Juana Goizueta Vértiz considera desacertado contraponer la condición de nacionalidad a la de extranjería; puesto que, el artículo 19 de la Constitución española consagra la titularidad del derecho a elegir la libre circulación a los españoles sin excluir a los extranjeros, es decir, la norma no establece que los únicos titulares de dicho derecho sean los españoles<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> KYMLICKA, Will & NORMAN Wayne. “El Retorno del Ciudadano. Una Revisión de la Producción reciente”. En: *Teoría de la Ciudadanía. La Política*. Vol. 3, 1997, p. 5-39.

<sup>42</sup>Consultar: GOIZUETAVÉRTIZ, Juana. El derecho comunitario y la libertad de circulación y residencia de las personas en España implicaciones del estatus de ciudadanía de la unión. [on line]. Universidad del País Vasco. Institut de ciencies polítiques isocials. Barcelona. 2001. p. 4. Disponible en: <http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/1276/ICPS189.pdf?sequence=1> Fecha de Consulta: 6 de febrero de 2015.

<sup>43</sup> Consultar: GOIZUETAVÉRTIZ, Juana. Los Diferentes regímenes Jurídicos del derecho a la Libre Circulación y Residencia en Territorio Español: Especial Referencia a Extranjeros y Ciudadanos Comunitarios. Universidad del País Vasco. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: “La protección de los

En el ordenamiento constitucional colombiano, la polémica sobre el trato desigual entre foráneos y nacionales ha sido zanjada por el artículo 100 de la C.N. donde se establece que los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que los nacionales en territorio colombiano<sup>44</sup>. De esta forma, se extiende a los extranjeros el ámbito de cobertura de los derechos fundamentales con la excepción de un trato diferenciado por razones de orden público.

Respecto a este tema, la jurisprudencia constitucional fundada en una interpretación sistemática de la Constitución, aunque ha reconocido los mismos derechos y garantías atribuidos a los nacionales –de acuerdo con el artículo 13 de la norma superior que consagra un trato igual para todas las personas– también advierte que cuando se trata de foráneos, este precepto se encuentra modulado por el artículo 100 de la Carta Magna que permite limitar sus derechos por razones de orden público, desvaneciendo el criterio sospechoso de nacionalidad contenido en el precitado artículo dentro de los que se incluye a los extranjeros<sup>45</sup>.

Incluso, la Corte Constitucional a través del artículo 93 inciso 2, con fundamento en el bloque de constitucionalidad, invocando tratados internacionales

---

derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea” (EHU 06/43) y del grupo consolidado de investigación en Derechos Fundamentales y Unión Europea del Sistema Universitario Vasco (IT-448-07). [on line]. p. 5. Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/16/goizueta.pdf>. Fecha de Consulta: 6 de Febrero de 2015.

<sup>44</sup> Los derechos civiles suelen ser de la persona, los derechos de libertad son, en su mayor parte derechos de la persona mientras que los derechos políticos suelen ser habitualmente derechos de la ciudadanía. FERRAJOLI, Luigi. *Óp. Cit.*, p. 105.

<sup>45</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-1058-03 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Fundamento 3.2. Decisión donde se estudia la constitucionalidad del artículo 473 parcial del Código de Comercio Decreto Ley 410 de 1971 por discriminar a los extranjeros, al impedirles desempeñarse como representantes legales de sociedades extranjeras.

sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 13), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Colombia mediante la ley 74 de 1968 (el art. 12), la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, aprobada mediante la ley 16 de 1972 (art. 22), reitera sin lugar a dudas la titularidad del derecho a la libre circulación de los extranjeros en territorio colombiano, con la posibilidad de ser limitado cuando sea necesario para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros y, siempre que la respectiva limitación sea compatible con los demás derechos reconocidos en los respectivos tratados<sup>46</sup>.

Como puede observarse, tanto extranjeros como nacionales son titulares del derecho a la libre circulación en el territorio colombiano. Sin embargo, las condiciones bajo las cuales los extranjeros han de ejercitar el derecho, su contenido y alcance son las que están previstas a ser definidas por la Constitución y la ley. Para ello, según la jurisprudencia constitucional, los legisladores deben sujetarse a lo previsto en los tratados internacionales, a las normas de inmigración y a las leyes de extranjería que regulan su ingreso, su permanencia y su salida del territorio nacional<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Para profundizar sobre este tema ver las siguientes Sentencias: ST-439-99 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Fundamento Jurídico 2.2, SC-110-00. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Fundamento Jurídico 2.3, SC-292-08. M.P. Mauricio González Cuervo. Fundamento Jurídico 3, SC622-13 M.P. Mauricio González Cuervo. Fundamento jurídico 5.4.6.2.

<sup>47</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST 439-99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ST 518-92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

### 2.1.3. LÍMITE DEL DERECHO DE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS

El orden público como parámetro normativo, establecido en el artículo 100 de la Constitución Nacional, establece las restricciones a los derechos civiles de los extranjeros dentro de los que se inserta el derecho a la libertad de circulación. El orden público ha sido objeto de estudio por parte del juez supremo constitucional, con el fin de precisar su alcance, ante la amplitud, indeterminación y vaguedad del concepto. Así, la Sentencia Constitucional 1058 de 2003 hace énfasis en que la noción de orden público debe entenderse estrechamente relacionada con el Estado Social de Derecho y explica que:

“(…) No se trata entonces tan solo de una manera de hacer referencia “a las reglas necesarias para preservar un orden social pacífico en el que los ciudadanos puedan vivir”; más allá de esto, el orden público en un Estado social de derecho supone también las condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos (…)”<sup>48</sup>.

En esa misma decisión, se aclara que las razones de orden público no son absolutas, pues encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales<sup>49</sup>.

Es de anotar además que estas razones de orden público han de cumplir unas condiciones especiales, las cuales, según la Corte, deben ser concretas,

---

<sup>48</sup>Ver: Fundamento 3.4.1. de la SC 1058 – 03 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>49</sup>Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha subordinado la aplicación de las reglas jurídicas migratorias (de orden público) a la protección de valores constitucionales imperiosos como la protección de los derechos de los niños y el derecho a tener una familia, siempre y cuando sea una razón real y no meramente estratégica. Consultar: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-215-1996M.P Fabio Morón Díaz, ST-321-1996M.P. Hernando Herrera Vergara.

expresas, necesarias, mínimas, indispensables y estar dirigidas a la realización de finalidades *constitucionales legítimas* en una *sociedad democrática*, como son las que apuntan a asegurar bienes valiosos de la convivencia social<sup>50</sup>.

Así las cosas, es incontrovertible que en territorio colombiano los extranjeros, en virtud del principio de igualdad, deben recibir un trato igual de conformidad con el artículo 13 constitucional. Además, gozan de la titularidad del derecho a circular libremente por el territorio nacional. Aunque la reglamentación es clara a la hora de determinar los derechos de los extranjeros, es evidente que no gozan de los mismos beneficios que los nacionales; puesto que, el status jurídico de los extranjeros está regido por los tratados internacionales, las normas de inmigración y las leyes de extranjería, las cuales regulan el régimen jurídico de entrada, permanencia, circulación y salida del territorio patrio.

Esta situación ha permitido definir a los migrantes como ciudadanos de segunda o de tercera clase<sup>51</sup>, debido a que no gozan con plenitud de los derechos que ejercen los nacionales de los Estados, entre ellos, el derecho de libertad personal y la libertad de circulación. Dichos derechos se ven afectados cuando los inmigrantes ilegales son capturados por las autoridades hasta que se les resuelva su situación migratoria. Tema que será objeto de estudio más adelante.

---

<sup>50</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SC-385-00. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>51</sup>DE SOUSA SANTOS, Boaventura. La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Primera reimpresión.1999. p. 123.

### 3. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

Con el fin de establecer en quién recae la titularidad del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 28 de la C.N., es necesario partir del análisis de su configuración constitucional, según la cual:

“Toda persona es libre. Nadie podrá 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. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión, ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”<sup>52</sup>.

Del artículo se deduce que la regulación del derecho a la libertad comprende en primer término, un apartado que se ocupa de establecer de manera genérica la salvaguarda del derecho a la libertad como cláusula general cuando parte del principio de que ***toda persona es libre***.

Posteriormente, se ocupa de manera específica en ilustrar algunas conductas violatorias de la libertad personal, al referirse ***a la prisión, el arresto, y la detención***<sup>53</sup>, con el objetivo de establecer las garantías del derecho frente a la aprehensión, la retención, la captura, la detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona, que sólo opera ***en virtud de***

---

<sup>52</sup>En el artículo 28 de la C.N. se hace manifiesto que este precepto protege de manera coetánea dos derechos fundamentales claramente identificables, la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio que resguarda, más que un espacio en sí mismo, la seguridad, libertad e intimidad del individuo. Consultar al respecto la SC-024-94M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Fundamento jurídico 6.

<sup>53</sup>Esta enunciación de las conductas que atentan contra la libertad personal no es taxativa, es decir que pueden existir otras formas de afectar el derecho.

***mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.***

La forma en que el artículo en mención reglamenta genéricamente el derecho a la libertad personal y las garantías al mismo ha dado lugar en la doctrina Española a cuestionar la titularidad de sus garantías. Teresa Freixes<sup>54</sup> afirma que se trata de un tipo primario, al que se le añaden garantías que además de ser derechos sustantivos autónomos a favor de los detenidos, van a formar parte del derecho base como garantía<sup>55</sup>.

Por el contrario, María Dolores González Ayala sostiene que las garantías no forman parte del derecho base de la libertad personal, sino que son garantías establecidas para los privados de la libertad aunque entre ellos exista una íntima conexión<sup>56</sup>.

Por su parte, la doctrina nacional considera que la libertad es parte de las garantías del justiciable y que materializa la idea según la cual las garantías son predicables del procesado<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup>FREIXES SAN JUAN, Teresa. Óp. Cit.p.23.

<sup>55</sup>En la Constitución Española, el derecho a la libertad personal está consagrado en el artículo 17 que consta de 4 numerales en el primer apartado se consagra de manera genérica la libertad y en los restantes numerales 2, 3, y 4 se establecen las garantías del derecho frente a la detención policial o judicial, o a la prisión preventiva como consecuencia de la comisión de un delito.

<sup>56</sup>GONZÁLEZ AYALA, María Dolores. "Los Derechos del detenido". En: *Cuadernos y Debates 81*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. AÑO 1999. p 37 y ss.

<sup>57</sup> Ver: PRIETO VERA, Alberto. Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004) Lectura Constitucional. Defensoría del Pueblo. Bogotá. 2006. p 17 y ss.

De acuerdo con las características estructurales del precepto constitucional que contiene la consagración del derecho a la libertad personal, es claro que el constituyente colombiano de 1991 atribuyó la titularidad de la libertad personal, como derecho base o primario, en todas las personas sin ningún tipo de distinción. De ahí que, el primer apartado establezca una regulación genérica del derecho y, dado el carácter personal del mismo la norma se refiera únicamente a las personas físicas de manera individual, por ende, no atañe a las personas jurídicas ni a colectivos.

Ahora bien, con relación a las garantías previstas en los apartados siguientes es indudable que están consagradas para el privado de la libertad, mediante prisión, arresto, detención, aprehensión o captura, así actúen como derechos sustantivos autónomos o como simples garantías del derecho a la libertad personal.

Establecida la titularidad de la libertad personal y atendiendo su estructura constitucional a continuación se procede a explicar la forma como el derecho se ejercita, es decir, su manera de ejecución y realización.

#### **4. EJERCICIO DE LA LIBERTAD PERSONAL.**

El ejercicio del derecho se traduce en su efectividad, mediante la reglamentación de sus formalidades y procedimientos; los cuales van a ser precisados discrecionalmente por el legislador, quien dentro de su facultad de

configuración normativa –en cuanto representante del pueblo– expide normas legales en respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política.

En ese contexto, el legislador va a imponer condiciones y límites al derecho de la libertad personal con el fin de garantizar su eficacia. Dichas atribuciones se establecen de conformidad con el artículo 150 de la Carta Política; en donde se concede la potestad para producir por regla general las leyes ordinarias y excepcionalmente, las leyes estatutarias. Estas últimas, según el artículo 152 literal a), se ocuparán de regular los derechos y deberes fundamentales de las personas, así como de los procedimientos y recursos para su protección<sup>58</sup>, sin que ello origine la anulación, desnaturalización o pérdida de la eficacia del derecho.

En efecto, la potestad del legislador para que desarrolle las formalidades del ejercicio de los derechos garantía, de la libertad personal, no es un obstáculo para la realización del derecho, dado su carácter imperativo y vinculante. En otras

---

<sup>58</sup> En la SC 226 - 08 M.P. Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional reiteró los criterios jurisprudenciales que apuntan a concluir que no toda regulación legal que tenga que ver con el tema de los derechos fundamentales, resulta reservada al trámite de ley estatutaria. Esta reserva temática no es general, sino restrictiva a ámbitos específicos de los tópicos relacionados con los derechos fundamentales. Por ello, resulta necesario determinar el punto concreto que se regula, y su incidencia en la configuración y alcance del derecho fundamental que pretende regular. Se debe exigir el trámite de ley estatutaria, cuando el contenido de rango legal tiene la vocación de actualizar, configurar y definir derechos fundamentales. Esto es, determinar un nuevo alcance del derecho fundamental a partir de la consideración de la evolución jurisprudencial o normativa interna o externa, fijar sus alcances o ámbito de aplicación y/o establecer el ámbito de conductas protegidas por tal derecho y cuando (i) se trate de uno de los asuntos expresa y taxativamente incluidos en el artículo 152 de la Carta. (ii) Se trate de un derecho fundamental, no de un derecho constitucional de otra naturaleza. (iii) Se desarrollen y complementen derechos fundamentales. (iv) La regulación de que se trate afecte el núcleo esencial de derechos fundamentales. (v) La regulación que se haga de las materias sometidas a reserva de ley estatutaria sea integral. (Vi) Se regule de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales. (vii) Se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental.

palabras, la libertad personal se enlista dentro de los derechos previstos en el artículo 85 de la C.P. en virtud de que su aplicación debe ser inmediata sin requerir de un desarrollo legislativo previo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa. Por lo tanto, no contempla condiciones para su ejercicio en el tiempo, siendo exigible en forma directa e inmediata<sup>59</sup>.

Adicionalmente, el artículo 2º de la Constitución Política impone a las autoridades el deber de proteger los derechos y la obligación de hacerlos efectivos. Razón por la cual, las autoridades deben velar por su protección a través de la facilitación de su ejercicio, con el objetivo de hacer real la concreción del mismo. Esto en el marco de los lineamientos trazados por las notas características que irradian la libertad personal como parte integrante de la Constitución. Es más, lo anterior faculta al ciudadano para que su caso sea solucionado, así no se haya aprobado la legislación reguladora de su ejercicio; como quiera que los tribunales están llamados a suplir la omisión legislativa decidiendo el fondo del asunto.

Es importante desde la arista constitucional no sólo concretar las formas de ejecución del derecho, sino también puntualizar si el ejercicio del mismo se encuentra limitado y cuáles son las condiciones de su limitación. Tema que se abordará en el siguiente acápite.

---

<sup>59</sup>En este tema consultar: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC 581-01. M.P. Jaime Araujo Rentería

## 5. LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.

El derecho a la libertad personal no es absoluto ni ilimitado. Su ejercicio se puede ver condicionado por intereses superiores de la sociedad. Tales limitaciones no están establecidas en el artículo 28 de la Constitución Nacional, el cual se ocupa de determinar el principio general y la reserva tanto legal como jurisdiccional para prever las causas de privación de libertad.

Los casos y las formas en que puede privarse a un sujeto de la libertad se encuentran especificados en Leyes como el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, cuando se derivan de la comisión de ilícitos penales. Con las correspondientes leyes reformativas de contenido claramente punitivo, que se han dictado con el fin de hacer frente al terrorismo, a la delincuencia organizada, a la corrupción, entre otros, modificando o adicionando la regulación de los eventos en que la restricción a la libertad personal es posible, en Colombia por ejemplo, se han expedido últimamente las siguientes Leyes: Ley 1442 de 2007 "**Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana**"<sup>60</sup>, la Ley 1474 de 2011 "**Estatuto Anticorrupción**"<sup>61</sup>, la Ley 1453 de 2011 denominada "**Ley de Seguridad**

---

<sup>60</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1442 de 2007 "**Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana**". Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

<sup>61</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011 "**Estatuto Anticorrupción**". Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública

**Ciudadana**<sup>62</sup>. Asimismo, se encuentran medidas restrictivas de la libertad en leyes de carácter sectorial, como por ejemplo, el Código Nacional de Policía, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores<sup>63</sup>, que regulan con carácter general los supuestos en que la restricción es posible.

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución, los límites al ejercicio del derecho a la libertad personal han sido denominados: prisión, arresto y detención, al disponer que nadie puede ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Los términos de prisión, arresto y detención no han sido definidos por el texto constitucional. El instrumento internacional que alude al Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión es quien finalmente se ha ocupado de su concreción. La Asamblea General en su Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988, señala que el arresto es el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad. A su vez, por detención se entiende la condición de las personas detenidas, que son aquellas privadas de la libertad

---

<sup>62</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011. **“Ley de Seguridad Ciudadana”**. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad, con el fin de enfrentar de manera eficaz el terrorismo y la delincuencia organizada.

<sup>63</sup>COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Decreto 1067 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. Disponible en: <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/documentos/decretos/file/151-decreto-1067-de-2015> Fecha de consulta: 7 de julio de 2015.

personal y por prisión, la condición de las personas presas que han sido privadas de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito.

Dado lo anterior, los límites impuestos a la libertad personal operan coartándola de manera plena y absoluta. Sin embargo, existe una zona de penumbra o estadios intermedios con diversos grados de restricción entre el derecho a la libertad personal y su privación total, cuando se restringe de manera momentánea mediante una paralización e inmovilización transitoria de la persona, limitando el derecho a una forma menos grave, más benigna y más leve. Escenario en donde la reglamentación legal de este tipo de restricciones se constituye en el mejor aliado para la protección de la libertad de los ciudadanos; toda vez que, al regular sus presupuestos, condiciones, requisitos y efectos, se evitan acontecimientos arbitrarios susceptibles de ser rechazados por las personas especialmente, cuando la vida moderna ha dado origen a una serie de relaciones novedosas entre conciudadanos y de éstos con el Estado, cuya particularidad reside en que imponen al sistema normativo la obligación de adecuarse a las nuevas exigencias sociales. En consecuencia, la opción libertad-detención –prevista en las primeras declaraciones garantistas de derechos con el devenir del desarrollo de las sociedades pos industriales– se torna insuficiente para hacer frente a las diversas modalidades que en el día a día amenazan la libertad y la colocan en un constante peligro. Y aun cuando dichas prácticas no supriman en su totalidad el derecho sí lo permean y lo matizan.

De todas maneras las construcciones limitativas de la libertad personal deben ser respetuosas e interpretadas de acuerdo con la importancia que el derecho a la libertad personal tiene dentro de un Estado Social Democrático de Derecho; el cual es el garante y protector de las libertades individuales en armonía y en relación con los demás valores dignos de protección que nos enfrentan a los juicios de ponderación con el fin de determinar en cada caso concreto si el derecho debe ceder a otros intereses que posibilitan la limitación del mismo pero sin cercenar su núcleo esencial.

Con relación a los límites al derecho a la libertad personal que se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Constitución española<sup>64</sup>, en el ámbito del derecho ibérico las posiciones de los estudiosos del derecho han girado en torno a dos extremos. Por un lado, no se admiten supuestos limitativos más allá de la detención y la prisión provisional por ser estas las modalidades consagradas en el artículo 17 de la C.E.<sup>65</sup>. Por otro, aceptan formas intermedias de afectación del derecho a la libertad personal distintas a las previstas en el precitado artículo<sup>66</sup>;

---

<sup>64</sup>La Constitución española regula el derecho a la libertad persona así: “Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, nadie podrá ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley. 2. **La detención preventiva** no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca”.

<sup>65</sup>Posición sostenida por la mayoría de los penalistas y procesalistas, con base en la interpretación literal del artículo 17 de la C.E., entre ellos, QUERALT, Joan Josep. *El Policía y la Ley*. Barcelona: Plaza & Janes. 1986. p 148., QUERALT, Joan Josep. “La Detención de Indocumentados: El Art.20.2 LOPSC en Estudios de Jurisprudencia”. En: *Collex*, No.8, año II, 1993. pp. 119 – 134. QUERALT, Joan Josep. *Introducción a la Policía Judicial*. 3ª Edición. Barcelona: Ed. Bosch. 1999, p. 74 ss., PEDRAZA PENALVA, Ernesto. “El derecho a la libertad y seguridad, La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid. 1993. p. 88.

<sup>66</sup>Postura defendida por un sector minoritario de la doctrina, con un criterio más flexible, argumentando que toda privación de libertad desde el punto de vista semántico y material es una detención; pero desde la arista

debate que ha sido zanjado por el Tribunal Constitucional al estudiar la exequibilidad de la ley orgánica sobre protección de seguridad ciudadana en 1992, ampliamente cuestionada por transgredir el artículo 17 de la C.E. al prever un tipo determinado de retención, la cual se consideró ajustada a los patrones constitucionales.

De otra parte, el artículo 28 constitucional –en pro de la libertad personal– establece la reserva legal y jurisdiccional que opera como verdaderos límites de protección para regular los casos y las formas en las que cabe la privación de la libertad.

### **5.1. RESERVA LEGAL**

En el marco del desarrollo del principio de legalidad, la Constitución Política de 1991 a través del artículo 28 consagra a favor de la libertad personal, el requisito de la reserva legal cuando establece el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino ***en la forma y por los motivos previstos en la ley***. En este caso, es el legislador el que debe determinar previamente los motivos que dan lugar a la privación de la libertad.

---

de la prevención policial estos actos se enmarcan dentro de la actividad coactiva de la puesta en marcha de cualquier norma jurídica, entre ellos, DE LLERAS SUÁREZ BARCENA., Emilio. Óp. Cit. pp. 107-122. MONTAÑES PARDO, Miguel A. Algunas Consideraciones sobre La ley de Seguridad Ciudadana a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional. En: Estudios de Jurisprudencia Colex, No. 8, año II, 1993. p. 79.

Por medio de la reserva de ley se asegura que el legislador sea el único llamado a establecer los casos y las formas en que se limita el derecho a la libertad personal; en tanto que la norma no contiene una enumeración de los supuestos ni de los requisitos necesarios para llevar a efecto la privación de la libertad.

Así, emerge en íntima relación con la reserva de ley, el principio de tipicidad, el cual debe acompañarlo necesariamente para garantizar que la privación de la libertad corresponda a los casos previamente establecidos, en forma concreta por la ley formal; ya que sin ello, el derecho a la libertad no surte efectos frente a las causas de su privación. Más aún, cuando la norma constitucional no recoge todos los posibles supuestos de la privación de la misma.

De ahí que el principio de legalidad ejerza una doble función: por una parte, se constituye como una garantía de la libertad individual y por la otra, garantiza la seguridad jurídica, al ser la taxatividad de los supuestos de hecho de la privación de la libertad quienes determinen la validez de su limitación, pues no se permite ninguna otra forma no prevista en la ley dado el carácter absoluto de la reserva.

Cabe anotar que la actividad del legislador, respecto a la configuración de las leyes restrictivas que regulan los supuestos de privación de la libertad personal, se encuentra limitada por los postulados superiores fijados en la

Constitución<sup>67</sup>. De esta manera, el desarrollo legislativo debe observar dichos estándares para que las normas que limitan el derecho no se tornen ilegítimas o arbitrarias.

De igual forma, cuando el legislador establece los supuestos de restricción del derecho –en aras de verificar que el sacrificio de la libertad personal no supere más allá de lo necesario los propósitos perseguidos con la intervención– debe observar en el momento de la creación de la norma, el cumplimiento de los requisitos tendientes a verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida<sup>68</sup>. Todo ello con el fin de mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en las que se fundamenta el derecho y los límites del mismo<sup>69</sup>.

Por lo tanto, corresponde precisar la función que cumplen los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la determinación del contenido del derecho a la libertad personal y el control que ejerce respecto de las medidas que lo limitan.

### **5.1.1. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

---

<sup>67</sup>Tratándose de la libertad individual, los límites a la libertad de configuración del legislador, están dados por el preámbulo de la Constitución cuando la consagra como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación. Asimismo en el artículo 2º C.N., que contempla como fin esencial del Estado la efectiva garantía de los principios y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección, en el artículo 28 C.N., en donde se regula el derecho a la libertad personal, en el artículo 29 C.N., que dispone que toda persona "se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable" y que quien sea sindicado tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y en el artículo 93 C.N., que demanda su interpretación como derecho fundamental a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por Colombia. Sentencia C -327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>68</sup> En términos de la Corte Constitucional en la SC- 720-07, El principio de proporcionalidad como límite del ejercicio de la libertad de configuración legislativa, es la herramienta metodológica usada por la Corte Constitucional para evaluar la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales que impone el legislador.

<sup>69</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

El principio de proporcionalidad es la herramienta metodológica que permite evaluar la constitucionalidad de medidas restrictivas que afectan los derechos fundamentales, con el fin de desautorizar las intervenciones que admitan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los derechos fundamentales.

Para cumplir dichos objetivos, el principio de proporcionalidad como método de interpretación constitucional está compuesto por tres subprincipios que deben ser constatados por el intérprete en el instante de evaluar las restricciones a los derechos fundamentales. En ese sentido debe atender, en primer término, a la idoneidad de la medida para contribuir al logro de un fin legítimo. El segundo paso a seguir, es el examen al subprincipio de necesidad para establecer si la medida adoptada es la más benigna con el derecho fundamental intervenido, después de contemplar todas aquellas que resulten idóneas para obtener el fin perseguido y finalmente, se evalúa el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, buscando ponderar el peso de las razones a favor y en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada<sup>70</sup>.

Sobre las medidas que restringen o limitan la libertad personal, el test de proporcionalidad se constituye en un elemento determinante del juicio de constitucionalidad; puesto que, es un requisito encaminado a establecer la adecuada proporcionalidad entre las medidas, el sacrificio que impone el derecho

---

<sup>70</sup>ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia & LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2009. pp. 67, 93-101.

y la finalidad de protección de los bienes constitucionales que persiguen. Así la exigencia del juicio de proporcionalidad entre el derecho a la libertad personal y su restricción, implica necesariamente la exclusión de privaciones de libertad que no guarden equilibrio entre el derecho y su limitación.

El derecho a la libertad personal ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional a través de la aplicación del principio de proporcionalidad con el fin de evaluar la legitimidad constitucional de medidas restrictivas del derecho fundamental a la libertad. Es ilustrativo que este criterio fue invocado, al estudiar la constitucionalidad de la figura de la retención transitoria prevista en el artículo 192 del Decreto 1355 de 1970 en donde la Corte, aplicando los subprincipios del test de proporcionalidad, concluyó que la forma como estaba reglada su aplicación resultaba desproporcionada para los fines propuestos y excesivamente gravosa no sólo para el derecho a la libertad personal sino también para otros derechos que operan en pro de las personas retenidas<sup>71</sup>.

### **5.1.2. JUICIO DE RAZONABILIDAD**

En el marco de la técnica hermenéutica, la razonabilidad se emplea como una guía en la labor de ponderación cuando se presentan casos donde existen intereses contrapuestos. Esta se integra al principio de proporcionalidad al analizar la legitimidad del fin e idoneidad de la medida que restringe los derechos fundamentales. De modo que se califican como irrazonables aquellas que no

---

<sup>71</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-720-07. M.P. Catalina Botero Marino

cuenten con una finalidad apreciable o, con un propósito jurídicamente relevante, que produzca un sacrificio innecesario de los derechos fundamentales.

Pero además de evaluar la razonabilidad del fin propuesto, también se valora la idoneidad de los medios para alcanzar el objetivo propuesto. De manera que si los medios utilizados para obtener el fin formulado no son los idóneos –aún cuando la medida comporte una finalidad constitucionalmente admisible– deberá ser desautorizada por irrazonable<sup>72</sup>.

Esta herramienta interpretativa ha sido utilizada por la Corte Constitucional para controlar la constitucionalidad de las medidas que afectan el derecho a la igualdad, en cuanto a la relevancia del establecimiento de la diferencia de trato, pero también ha sido utilizada para examinar la infracción a cualquier derecho constitucional. Por ejemplo, se ha empleado por el máximo Tribunal de Justicia Constitucional para examinar normas producto de los estados de excepción o de leyes que limitan el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>73</sup>.

El principio de razonabilidad se orienta a verificar en tres etapas de manera sucesiva y escalonada, primero, la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. En segundo lugar, se determina la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y por último, se evalúa la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese

---

<sup>72</sup>ARIAS HOLGUIN, Diana & LOPERA MESA, Gloria. Óp.Cit., p. 108

<sup>73</sup>LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2009. pp.57-60.

trato y el fin perseguido<sup>74</sup>, de tal manera que la razonabilidad se concrete en el principio de proporcionalidad.

Respecto de las leyes restrictivas que limitan el derecho a la libertad, el principio de razonabilidad demanda el examen de los fines perseguidos con la limitación a través de juicios, raciocinios o ideas que esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad en cada caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión por su legitimidad, conveniencia o necesidad<sup>75</sup>.

En conclusión, los anteriores juicios de ponderación fijados por el Máximo Tribunal de Justicia Constitucional junto con las proposiciones constitucionales y los criterios internacionales de interpretación de los Derechos Humanos, son los que deben orientar la labor legislativa como límites al ejercicio de configuración del legislador cuando expida leyes que impliquen restricción a los derechos fundamentales, dentro de los que se incluye la libertad personal.

## **5.2 RESERVA JURISDICCIONAL**

Es la garantía constitucional que otorga al funcionario judicial la potestad de limitar el derecho a la libertad, al decretar su restricción a través de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por

---

<sup>74</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-530-93 M.P. Carlos Gaviria

<sup>75</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-530-93 M.P. Alejandro Martínez Caballero

motivos previamente definidos en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención<sup>76</sup>.

En el artículo 28 de la Constitución, el constituyente de 1991 fue tajante en adjudicar a la rama judicial del poder público la potestad de dar la orden de privación de la libertad. Razón por la cual, en Colombia las autoridades administrativas no están facultadas para ordenar restricciones a la libertad, pues la Constitución autoriza exclusivamente a los jueces para imponer sanciones privativas de la libertad. Esta atribución blinda al derecho del abuso y la extralimitación de funciones de autoridades administrativas que prevalidas de su autoridad atropellen a los individuos en su libertad.

La reserva judicial como garantía de la libertad ha sido reforzada por la Ley 137 de 1998 estatutaria de estados de excepción, que en su artículo 38 numeral f, exige para restringir la libertad personal, el mandato **judicial** escrito en los estados de conmoción interior. Es más, el Acto Legislativo 03 de 2002, que implementó el nuevo sistema penal acusatorio y modificó el artículo 250 de la C.N., en su numeral 1, reitera la reserva judicial, al señalar que corresponde al **juez de garantías** decretar las limitaciones a la libertad personal y estudiar la legalidad de su aprehensión en 36 horas.

---

<sup>76</sup> Cuando le corresponde al juez, en determinadas materias no solamente la última y decisiva palabra sino también la primera palabra referente a la definición del derecho aplicable a las relaciones jurídicas, se habla entonces de la reserva absoluta de la jurisdicción conocida también como la “reserva de la primera palabra”.

Desde las primeras Sentencias, la Corte Constitucional ha insistido en que solamente las autoridades judiciales tienen competencia para ordenar restricciones a la libertad y no las autoridades administrativas, tal como lo manifestó, por ejemplo, en la SC-175-93 cuando declaró la inexecutable del artículo 5 del Decreto de conmutación interior 2010 de 1992, que adoptaba medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional, al consagrar la pena de arresto severo a los miembros de esa institución por parte de autoridades administrativas pertenecientes a la misma. Dicha decisión se adoptó por ir en contra del artículo 28 de la Carta Magna, que no permite a las autoridades administrativas de cualquier índole imponer pena de arresto<sup>77</sup>.

Siguiendo ese derrotero, en la SC-199-98<sup>78</sup> la Corte sostuvo la inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, por atribuir a una autoridad administrativa la función de ordenar la privación de la libertad, sin previo mandamiento judicial, en aquellos casos en donde se irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la Policía, en desarrollo de sus funciones por tratarse de una sanción.

---

<sup>77</sup>El M.P. Carlos Gaviria Díaz, afirmó en esa decisión -SC-175-93- que la pena de arresto prevista en el artículo 5 del decreto 2010 de 1992, encajaba dentro de las penas privativas de la libertad; la cual se identifica con la consagrada en materia criminal y en consecuencia, los comandantes *de estación*, *los coordinadores de los servicios especializados*, *los comandantes de departamento*, los directores de escuela, los jefes de servicios especializados, los jefes de división, el director del hospital central, el ayudante general, los directores de la dirección general, el subdirector general de la policía, el inspector general, etc. no pueden imponer penas de arresto severo como sanción pues la Constitución no se los permite, al haber quedado proscrita la imposición de penas privativas de la libertad por parte de autoridades administrativas.

<sup>78</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-199-98. M.P. Hernando Herrera Vergara

Desde esa misma perspectiva, el Magistrado Carlos Gaviria Díaz<sup>79</sup> cuando estudió la constitucionalidad del numeral 9 del artículo 181 del Decreto 1809 de 1990 –Decreto que reformó el Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto-ley 1344 del 4 de agosto de 1970) que dispuso para los conductores en estado de embriaguez un arresto de 24 horas–reiteró nuevamente que las autoridades administrativas no tienen competencia, según la Constitución y la jurisprudencia, para privar a las personas de su libertad.

Posteriormente, en la SC 237 de 2005<sup>80</sup> se declaró inexecutable la expresión del inciso 2° del artículo 69 del Decreto Ley 1355 de 1970, que permitía la captura de personas con base en una orden administrativa emitida por la Policía Nacional ante el incumplimiento de una orden de comparendo, por vulnerar el principio de reserva judicial.

En ese sentido se pronunció la Corte cuando declaró inconstitucional la retención transitoria<sup>81</sup> que se encontraba regulada en el Decreto 1355 de 1970, – Código Nacional de Policía<sup>82</sup>– por autorizar en el artículo 207 del C.N.P. a los comandantes y subcomandantes de policía para imponer una sanción consistente en la privación de la libertad, violando así la reserva judicial que la Constitución establece.

---

<sup>79</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-189-99. M.P. Carlos Gaviria.

<sup>80</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SC-237-2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Al respecto, consultar la SC 490-92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y la SC 626-98 M.P. Fabio Morón, entre otras.

<sup>81</sup>De acuerdo con el artículo 192 la figura de la retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas.

<sup>82</sup>El Artículo 186 numeral 8 del C.N.P. enumeraba la retención transitoria como medida correctiva de policía.

Entonces, es claro que las autoridades administrativas no poseen la facultad de imponer penas correctivas que impliquen la privación de la libertad sea directa o indirectamente. Por lo tanto, es el juez la autoridad competente para ordenar la restricción del derecho, en el ejercicio de una facultad reglada con base en los precisos términos señalados en la Ley y en la Constitución<sup>83</sup>.

### **5.2.1. EXCEPCIONES A LA RESERVA JURISDICCIONAL**

Dentro de las excepciones a la garantía de reserva judicial como regla general para privar de la libertad a una persona, se encuentran unas consagradas expresamente en la Carta Magna sin ningún cuestionamiento o discusión y otras proceden de la jurisprudencia constitucional, cuyo resultado deriva de la interpretación de las disposiciones constitucionales del órgano guardián de la Constitución Política.

#### **5.2.1.1. FLAGRANCIA**

La flagrancia como excepción a la reserva judicial de la libertad se encuentra consagrada en el artículo 32 de la Constitución al establecer que: “El delincuente sorprendido en flagrancia, podrá ser **aprehendido** y llevado ante el juez **por cualquier persona**. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la

---

<sup>83</sup> GONZÁLEZ PAYARES, Orlando. La Libertad un Derecho Fundamental en crisis. Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá. 2015. p.95.

aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al morador”.

Precepto constitucional desarrollado por el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011 de Seguridad Ciudadana, en su artículo 57, en donde se extiende el concepto de flagrancia en dos supuestos adicionales, flexibilizando con ello los requisitos de su configuración en aras de aclarar en qué momento se configura la situación de flagrancia cuando se presentan cualquiera de los 5 presupuestos que consagra la norma.

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico colombiano consideró que la flagrancia se presentaba cuando acontecía cualquiera de las circunstancias consagradas en los tres primeros numerales del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, a saber: el primero de ellos hace referencia a la flagrancia cuando la persona es sorprendida y aprehendida, en el momento de cometer el delito, es decir cuando estamos en presencia del delincuente *in fraganti*. Por su parte, el numeral 2 regula la denominada **cuasiflagrancia**, que sucede en el momento en que la persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración. Finalmente, el numeral 3 aborda la denominada **flagrancia inferida**, esto es, cuando la persona se sorprende y se captura con objetos, instrumentos o huellas que indiquen haber acabado de cometer un delito o de haber participado en él.

A partir de la Ley 1453 de 2011 se incluyen nuevas circunstancias a la figura del delito infraganti. En efecto, el artículo 57 que modificó el artículo 301 del C.P.P., contiene dos nuevos numerales: el 4 que considera delito in fraganti, el haber sido sorprendido o individualizado en la comisión de un delito a través de la grabación de un dispositivo de video en un sitio abierto al público y aprehendido inmediatamente después. Regla que también puede operar si la grabación de video se hace en un lugar privado con aquiescencia de la persona o personas que residan en el mismo. Además el numeral 5 estima que existe flagrancia cuando la persona se encuentre en un vehículo utilizado para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que parezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible. En este último evento no existe sorprendimiento en la comisión del delito, tampoco individualización del sujeto, simple y llanamente se exige la identificación del automotor por medio del cual huyó la persona del lugar de los hechos luego de perpetrado el hecho delictivo, para proceder a su aprehensión. De lo anterior se puede afirmar que ésta es una nueva modalidad de captura inferida teniendo en cuenta la relación que se deriva del instrumento utilizado para escapar luego de cometer el ilícito, circunstancia que permite inferir la participación en el delito<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> En este mismo sentido se expresa GONZÁLEZ PAYARES, Orlando. Óp.Cit. pp. 106-107.

### 5.2.1.1.1. CONCEPTO

De acuerdo con el artículo 32 de la C.N., la flagrancia se constituye en supuesto de privación de la libertad al autorizar a cualquier persona la aprehensión del delincuente y a la autoridad le da la potestad de perseguir y penetrar en un domicilio propio o ajeno, previa autorización de los dueños, con el objetivo de capturar al infractor.

Para que la flagrancia obre como condición válida de la restricción del derecho a la libertad, la Corte Constitucional ha precisado la concurrencia de dos requisitos: la actualidad y la identificación. El primero se presenta cuando la persona se encuentra en el sitio y logra oír y ver la situación y el segundo, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien realizó el hecho, precisando su individualización a través de sus características físicas<sup>85</sup>. Asimismo se exige el requisito de inmediatez entre la comisión de los hechos delictivos y el descubrimiento, sin que transcurra mucho tiempo, lo cual no permite la expedición de la orden de captura.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la flagrancia debe entenderse como una evidencia procesal, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible.

---

<sup>85</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-O24-94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Respecto del concepto de flagrancia, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia explica que el término procede de la expresión “*flagrar*” que significa arder, resplandecer y que en el campo del derecho penal, se toma en sentido metafórico como el hecho que todavía arde o resplandece, es decir, que aún es actual<sup>86</sup>.

Así las cosas, el sorprendimiento en flagrancia del sujeto se constituye en título de imputación, que exige la evidente participación de una persona en un hecho punible, quien debe ser apreciada por la persona que detiene. El hecho de sorprender a la persona en la comisión del delito, está ligado inescindiblemente a la captura y a su vez, está limitado por una determinada inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido<sup>87</sup>.

#### **5.2.1.1.2. PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA**

Vale la pena advertir que la flagrancia como supuesto de privación del derecho a la libertad personal sin autorización judicial se somete al procedimiento previsto en el artículo 302 del C.P.P., según el cual, la Fiscalía General de la Nación debe realizar un control previo sobre la captura operada en flagrancia; proceso que antecede al que, eventualmente, adelantaría el juez de control de

---

<sup>86</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del (19) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) aprobado mediante acta N°94 M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

<sup>87</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Radicado 25136 M P. Dr. Julio E. Socha Salamanca.

garantías<sup>88</sup>. Sobre la evaluación que debe llevar a cabo la Fiscalía, la Corte Constitucional ha afirmado que “*no comporta detención preventiva*”, pues de acuerdo con el artículo 307 del C.P.P. sólo se limita al estudio objetivo de las condiciones abordadas en el artículo 313 del C.P.P. Para que proceda la medida de aseguramiento de detención preventiva no es necesario un análisis de los requisitos previstos en el artículo 308, los cuales son de competencia exclusiva del juez de control de garantías.

De tal manera que le corresponde a La Fiscalía General de la Nación analizar en cada caso concreto si se reúnen los requisitos de la flagrancia conforme lo demanda el artículo 301 del C.P.P., para determinar si la persona fue capturada de manera legal. En caso contrario, se deberá dejar en libertad a la persona, con el compromiso de comparecer cuando sea requerido.

Además, se debe tener en cuenta que en el procedimiento en caso de flagrancia existe una marcada diferencia entre la captura realizada por un particular frente a la efectuada por la autoridad pública. De esta forma, en el primero de los casos se debe llevar al aprehendido en el término de la distancia ante una autoridad de policía, quien lo identificará y recibirá un informe detallado sobre las condiciones en que se presentó la captura. Efectuado este proceso, el

---

<sup>88</sup>Se debe anotar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, sobre el procedimiento de control que debe realizar la Fiscalía General de la Nación, en caso de flagrancia, previsto en el artículo 302 del C.P.P., lo halló ajustado a los artículos 32 y 28 de la Constitución Nacional, dado que la fiscalía sólo interviene cuando la captura ha sido ilegal o cuando no se cumplen los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva, con la finalidad de dejar en libertad inmediata al capturado. De tal manera que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías,

aprehendido se pondrá a disposición de la Fiscalía General de la Nación. En contraste, en el segundo caso el capturado deberá ser presentado inmediatamente o, a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

#### **5.2.1.1.3. LOS PARTICULARES COMO SUJETO QUE LIMITA LA LIBERTAD PERSONAL**

Fuera de la autoridad policial, el ejercicio de la libertad personal se ve limitado por los particulares. Frente a ello, la Ley 906 de 2004 se pronuncia en su art. 302 sobre la facultad que tiene cualquier persona para privar de la libertad mediante la captura en flagrancia, siempre y cuando se encuentre dentro de cualquiera de los presupuestos señalados en el artículo 301 del Estatuto Procesal Penal.

Conforme a lo establecido en el artículo 302 del C.P.P., el ciudadano está facultado para afectar el derecho a la libertad personal. Sin embargo, esto no entraña obligación alguna para el particular, es simplemente una potestad otorgada en consideración al mantenimiento del orden social, que en ningún momento se torna subsidiaria de la actividad policial; en tanto que no es indispensable el aviso previo del particular a los agentes de la autoridad para que estos ejecuten<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> DE HOYOS SANCHO, Montserrat. La Detención por Delito. Pamplona: Ed. Aranzadi. 1998. p. 76.

Ahora bien, si el particular actúa, tiene la obligación de respetar todas las formas y garantías previstas para cada uno de los supuestos de la captura en flagrancia, justificando siempre su actuación de acuerdo con lo normado por el art.302 de la Ley 906 de 2004; es decir, presentando un informe detallado sobre las condiciones en las que se presentó la captura y llevando al capturado en el término de la distancia ante una autoridad de policía.

Ello indica que el particular al vulnerar el derecho a la libertad personal – aún en ejercicio legítimo de sus derechos y de las facultades legales atribuidas a su favor– no goza de las mismas condiciones que los agentes de la autoridad; la ley le impone la obligación, como anteriormente se dijo, de justificar su actuación. De ahí que exista una mayor exigencia de justificación para el particular que detiene en flagrancia.

#### **5.2.1.1.4. VIGILANTES Y ESCOLTAS DE LA SEGURIDAD PRIVADA**

Frente a la impotencia para satisfacer con sus propios medios las demandas de seguridad de los ciudadanos, el Estado en los últimos años ha comenzado a ceder parte del monopolio de la fuerza a particulares, específicamente, a la industria de la seguridad privada<sup>90</sup>. El ejercicio de las actividades propias de la seguridad privada constantemente circunda los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, tanto así, que pueden llegar a afectarlos.

---

<sup>90</sup>El origen de la industria de la seguridad privada se atribuye, entre otros factores, al sentimiento de inseguridad de la población ante el delito y el fracaso del Estado en ejercer un control eficaz sobre el mismo. AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki. "Perfiles y problemática de la seguridad privada, en el ordenamiento jurídico Español". En: *Policía y seguridad*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati. 1990. p. 14 y ss.

En Colombia los servicios de vigilancia y seguridad privada<sup>91</sup> se encuentran regulados en el Decreto Ley No. 356 del 11 de febrero de 1994, el cual fue reglamentado por el Decreto No. 2187 del 12 de octubre de 2001; cuyo propósito es el de prevenir, detener, disminuir o disuadir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas, sin alterar o perturbar las condiciones para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de la ciudadanía y sin invadir la órbita de competencia reservada a las autoridades<sup>92</sup>.

Los servicios de vigilancia y seguridad privada pueden ser prestados por personas naturales o jurídicas que se constituyen en empresas de responsabilidad limitada; cuyo objeto social es la prestación remunerada del servicio, bajo el control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada<sup>93</sup>, organismo del orden nacional, de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con autonomía administrativa y financiera, que de acuerdo con las modalidades del servicio<sup>94</sup> ha fijado protocolos de operación para el desarrollo de la actividad de vigilancia y seguridad privada, para cada uno de los

---

<sup>91</sup>De conformidad con el artículo 2 del Decreto No.356 de 1994 se entiende por servicio de vigilancia y seguridad privada, las actividades que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros y la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para vigilancia y seguridad privada, blindajes y transportes con este mismo fin.

<sup>92</sup>Ver: artículo 73 del Decreto 356 de 1994 y el artículo 1 del Decreto 2187 de 2001.

<sup>93</sup> Así lo establece los artículos 7 y 8 del Decreto 356 de 1994.

<sup>94</sup> Los servicios de vigilancia y seguridad privada se pueden prestar en 4 modalidades: la vigilancia fija que se presta en un lugar determinado, la Móvil que es presta en un área o sector determinado, Escolta para personas, vehículos, mercancías o cualquier otro objeto, durante desplazamientos, y transporte de valores que se presta para transportar, custodiar y manejar valores y el desarrollo de actividades conexas, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 356 de 1994.

subsectores, fijando las condiciones mínimas de prestación del servicio para el sector residencial, financiero y de vigilancia electrónica.

Por lo tanto, las empresas de seguridad privada no son entes públicos, sino sujetos privados, particulares y así lo declaran los artículos 2 y 8 del Decreto 356 de 1994. Allí se establece que dichas empresas actúan por intereses de carácter particular y privado, con un móvil eminentemente económico y su personal no ostenta la calidad de miembro de la fuerza pública; es más, no cumplen con los requisitos indispensables para ser considerados funcionarios públicos, pues si bien realizan actividades complementarias y subordinadas de la seguridad pública, son entes de carácter privado con fines privados, regulados por el derecho privado.

A pesar que las empresas de seguridad privada y sus miembros no son funcionarios públicos, es imposible equiparar estos sujetos con el simple particular que actúa en defensa de sus derechos; puesto que la seguridad privada actúa conforme a los intereses privados de su patrono y en el ejercicio de su profesión, poseen un poder social capaz de poner en peligro los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>95</sup>.

Las entidades y profesionales de los servicios de seguridad privada colaboran en funciones de vigilancia, seguridad o custodia de personal, bienes o

---

<sup>95</sup> SUAY HERNÁNDEZ, Celia. "Intervención de los servicios de seguridad privada en materia de seguridad ciudadana". En: *Ley de Seguridad Ciudadana*. Anuari.1992, p. 117-149.

servicios de titularidad pública o privada. Dichas obligaciones especiales, diferencian el nivel de colaboración entre los particulares y el personal integrante de las empresas de seguridad privada con relación al deber que tienen de contribuir a la prevención del delito, reduciendo las oportunidades para la actividad criminal y desalentando la acción de los criminales, en colaboración con las autoridades, tal como lo consagra el título V del Decreto 356 de 1994, artículo 74, numeral 6.

Además de contribuir con la prevención del delito, cuando los miembros de las empresas de seguridad observen la comisión de actos delictivos, tienen el deber de asumir actitudes disuasivas o de alerta dando aviso inmediato a la autoridad para impedir o disminuir sus efectos. Asimismo cuando se tenga conocimiento de la comisión de hechos punibles durante su servicio o fuera de él, deberá informar de inmediato a la autoridad competente y prestar toda la colaboración que requieran las autoridades, según lo establece el artículo 74, numerales 10 y 11 del Decreto 356 de 1994. Bajo estos supuestos, se penetra la esfera del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

De igual forma, para la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, con fundamento en el artículo 108 del Decreto 356 de 1994, se expidieron protocolos de operación con el fin de implementar estándares mínimos de calidad en la prestación del servicio, incluyendo dentro de ellos el protocolo del sector residencial, que fija las directrices operativas para el personal de vigilancia y seguridad privada.

A la par, se tiene la colaboración armónica con la Policía Nacional a través del Plan Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes (PNVCC) y del programa de redes de apoyo y solidaridad ciudadana, con la finalidad de captar información sobre hechos, delitos o conductas que afecten o puedan afectar la tranquilidad y seguridad, aprovechando los recursos técnicos y humanos que poseen las personas naturales o jurídicas que prestan los servicios de vigilancia y seguridad.

Estas redes están distribuidas en los Comandos de Policía Metropolitana y en los Departamentos de Policía, donde existen servicios de vigilancia y seguridad privada, bajo la supervisión de oficiales y suboficiales coordinadores de este programa, quienes interactúan de manera permanente con los delegados de los servicios vigilados.

Así, cuando se presenta algún acontecimiento que altere o que pueda alterar la seguridad ciudadana, los protocolos establecidos por la superintendencia de Vigilancia y Seguridad señalan para los guardas que se encuentran en los puestos de servicio, el deber de comunicarse de manera inmediata con el radiooperador de su empresa de vigilancia, quien validará la información y se comunicará con la central de la Policía (CAD), enviando prioritariamente las patrullas de policía para la atención del caso.

Cuando se trata de hurtos, las acciones a realizar deben estar encaminadas a tomar las medidas necesarias para preservar la vida de las personas residentes en el lugar de trabajo y la propia. Para ello deben activar alarmas y demás medios que permitan dar aviso oportuno a la Policía Nacional u otras autoridades del Estado sobre los hechos que se están presentando y así mismo, no deben manipular ni proteger los elementos con los cuales presuntamente se consumó el hecho. Tampoco deben permitir que se destruyan las huellas dejadas en la escena del delito. De igual manera, deben avisar inmediatamente a la Policía o a la autoridad competente más cercana y en el marco de este proceso, declarar qué hechos observaron, registrando detalladamente las descripciones de las personas que puedan estar involucradas en el hecho delictivo.

En caso de allanamientos y órdenes de captura, se debe solicitar y verificar la orden emitida e informar inmediatamente a la empresa, con el fin de que ésta a su vez confirme la veracidad del procedimiento a través de la Red de Apoyo de la Policía Nacional.

Respecto a la injerencia que el personal de vigilancia y seguridad privada en el ejercicio de sus funciones pueda tener en relación con el derecho a la libertad personal, no existe en la normativa ningún mandato ni directriz, de manera concreta y específica, que regule dichas intervenciones. De modo que los profesionales de la seguridad privada, al no detentar la calidad de funcionarios públicos ni agentes de la autoridad, se encuentran habilitados para limitar el derecho a la libertad personal conforme lo establece el artículo 302 de la ley 906

de 2004, que faculta a cualquier persona para privar de la libertad mediante la captura en flagrancia-

En ese orden de ideas, los profesionales de la seguridad en el evento de afectar la libertad personal deben respetar las formas y las garantías de la detención previstas por el Código de Procedimiento Penal, con mayor rigor que un ciudadano cualquiera al presumirse que conoce la normativa con más profundidad<sup>96</sup>. Por ello, deben respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, evitando intervenciones abiertamente ilegales como las retenciones bajo sospecha o requisas, pues sus funciones son solamente de colaboración con la fuerza pública<sup>97</sup>.

### **5.2.2. POR ORDEN DE LA FISCALIA**

Otra excepción a la reserva judicial se encuentra en el artículo 250 numeral 1, inciso 3 de la Constitución, cuando faculta a la Fiscalía General de la Nación, o a su delegado, para realizar excepcionalmente capturas con los límites y en los eventos señalados por la Ley. La jurisprudencia constitucional ha considerado que si bien es cierto que la Fiscalía hace parte de la rama judicial, en estricto sentido

---

<sup>96</sup> DE HOYOS SANCHO, Montserrat, Óp.cit., p. 75

<sup>97</sup> En España la actividad de los profesionales de la seguridad ha sido cuestionada en diversas oportunidades. En 1987 el defensor del pueblo en su informe anual denunció la práctica de funciones policiales como el cacheo y la identificación por parte de los miembros de los organismos de seguridad privada, cuando su deber es sólo de colaboración. Informe citado por AGUIRREAZKUENAGA, Óp.cit., p. 39. También Joaquín García pone en evidencia la ilegalidad de las actuaciones de los miembros de las empresas de seguridad privada en relación con la vulneración de la libertad individual. Óp.cit., p. 139.

no es autoridad judicial y en consecuencia, esta facultad se constituye en una excepción a la reserva judicial consagrada en el artículo 28 superior<sup>98</sup>.

El artículo 300 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, establece que la orden de captura proferida por la Fiscalía General de la Nación debe ser expedida por escrito y motivada, en los casos en que procede la detención preventiva, es decir, los previstos en el artículo 313 del C.P.P.<sup>99</sup>, cuando no se encuentre un juez de control de garantías que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información<sup>100</sup> que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada.

El artículo 300 del C.P.P. determina las tres causales para proferir una orden de captura de manera excepcional por parte de la Fiscalía, a saber: i) por el riesgo inminente de fuga, ocultamiento o ausencia del lugar donde se lleva a cabo la investigación, ii) probabilidad fundada de alterar los medios de prueba, y iii)

---

<sup>98</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-879-11. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>99</sup> Dispone el artículo 313 que la detención preventiva en establecimiento carcelario procede en los siguientes casos: i) En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. ii) En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista sea o exceda de 4 años. iii) En los delitos a que se refiere el título VIII del libro II del código penal, cuando la defraudación no sobrepase la cuantía de 150 S.M.L.M.V. iv) Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los 3 años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

<sup>100</sup> Ha precisado la Corte Constitucional, en la Sentencia de Constitucionalidad 185 de 2008, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa que la expresión “información” debe entenderse en el sentido que la información fue obtenida de conformidad con el inciso 2 del artículo 221 del C.P.P., es decir, mediante declaraciones Juradas del testigo con miras a un eventual interrogatorio para apreciar la credibilidad del declarante. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y las explicaciones de por qué resulta confiable, en la SC-673-05, ha entendido la Corte Constitucional que el fiscal eventualmente podrá interrogar al informante para apreciar mejor su credibilidad. Los datos del informante serán reservados, pero dicha reserva no vincula al juez de control de garantías

peligro para la seguridad de la comunidad o para la víctima de ser objeto de otro hecho punible.

La vigencia de la orden de captura depende de que subsistan en el tiempo las condiciones que impidieron que un juez con funciones de control de garantías expidiera la orden. De lo contrario, pierde su vigencia y procedería el habeas corpus.

Esta potestad otorgada a la Fiscalía General de la Nación para emitir de manera excepcional órdenes de captura ha sido cuestionada por la doctrina ante la creación de los jueces de garantías ambulantes<sup>101</sup>; ya que, resulta utópica la circunstancia en la que un juez no se halle disponible<sup>102</sup>. Además, con los avances en la era de las comunicaciones, es improbable que el fiscal no pueda obtener una orden de captura emitida por un juez de garantías, utilizando herramientas tecnológicas como el Internet, el celular y el fax, entre otros<sup>103</sup>.

### **5.2.3. DETENCIÓN ADMINISTRATIVA PREVENTIVA**

Igualmente, se constituye como una excepción a la estricta reserva judicial de la libertad, prevista en el artículo 28 constitucional, la figura de la detención

---

<sup>101</sup> Los Jueces de Garantías Ambulantes fueron creados por el Artículo 48 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 39 de la ley 906 de 2004, en su párrafo 3.

<sup>102</sup>FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. 2008. p. 147

<sup>103</sup>Inquietudes expuestas por el senador Parmenio Cuellar Bastidas, en la ponencia para primer debate de Ley 081 de 2006 Senado y 23/2006 Cámara por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004 y 599 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y la seguridad ciudadana.

administrativa preventiva a la cual se refirió la Sentencia C-024 de 1994, al examinar la constitucionalidad de distintas disposiciones del Código Nacional de Policía que facultaban a las autoridades de policía a realizar capturas. En ese caso, el Máximo Tribunal de Justicia constitucional al interpretar el Inciso 2 del artículo 28 superior, aseguró que tal figura constituía una excepción al requisito del mandamiento de autoridad judicial competente en materia de libertad personal al consagrar la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas<sup>104</sup>.

Adicionalmente, la Sentencia subrayó que el inciso 2 del artículo 28 de la C.N. estableció la posibilidad de que en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendieran materialmente a una persona sin previa orden judicial; puesto que ello significaba que la autoridad judicial no ordenaba la detención con anterioridad sino que verificaba la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma. Consideró la Corte que esta postura armoniza plenamente con los tratados internacionales de

---

<sup>104</sup> Al respecto, afirmó la Corte: “Esta norma consagra entonces una facultad para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial. No de otra manera se entiende la obligación constitucional de que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez, puesto que ello significa que la autoridad judicial no ordena la detención con anterioridad sino que verifica la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma. Es entonces un caso en donde la propia Constitución establece una excepción al principio general de la estricta reserva judicial y consagra la posibilidad de una aprehensión sin previa orden de autoridad judicial. Y no se puede considerar que esta norma se refiere únicamente al caso de la flagrancia, puesto que tal evento es regulado por otra disposición constitucional. Consagró entonces el constituyente una más amplia facultad de detención administrativa, lo cual no contradice sino que armoniza plenamente con los tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos por Colombia, de conformidad con los cuales se interpretan los derechos y deberes consagrados por la Constitución (CP Art 93). En efecto, los tratados consagran una protección judicial de la libertad, en virtud de la cual la legitimidad de toda privación de la libertad debe ser controlada por una autoridad judicial independiente. Pero el control puede ser posterior a la aprehensión, puesto que las normas internacionales no establecen que toda privación de la libertad deba ser efecto de una orden judicial, sino que consagran que la persona detenida a causa de una infracción penal deberá ser llevada sin demora ante un juez, y que podrá 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 de derechos civiles y políticos, artículos 9-3 y 9-4; Convención Interamericana artículo 7-5 y 7-6)”, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-024-94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Derechos Humanos suscritos por Colombia, cuando exigen que la persona detenida como consecuencia de una infracción penal sea llevada ante un juez para que decida la legalidad de su aprehensión, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana.

#### **5.2.3.1. CONCEPTO**

Según la Corte Constitucional, la detención preventiva a la que se refiere el inciso 2 del artículo 28 superior, es una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que son necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional, a saber: "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades pública, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (Art. 218 C.P.).

En ese mismo precedente –SC-024 de 1994– se fijan los parámetros para que la detención administrativa se pueda considerar constitucionalmente admisible, la cual debe reunir nueve condiciones: i) Fundamentarse en razones objetivas que indiquen la probable autoría o participación en actividades criminales, sobre la base de motivos fundados más no en sospechas, es decir los hechos tienen que ser lo suficientemente claros y urgentes. ii) Debe ser necesaria, operar en condiciones de urgencia e inminente peligro que no permitan obtener la orden judicial. iii) Opera con fines de verificación para indagar si hay motivos para adelantar una investigación por parte de las autoridades judiciales. iv) Sólo se podrá retener a la persona por el tiempo estrictamente necesario para

verificar ciertos hechos, pero no puede sobrepasar las 36 horas, límite máximo de la aprehensión, v) Debe ser proporcional a la gravedad del hecho vi) En su defensa concurre la acción constitucional de habeas corpus. vii) Debe respetar el derecho de igualdad y no ser selectiva ni discriminatoria de grupos marginados. viii) No opera para registros domiciliarios abusivos sin orden judicial ix) Se tiene que observar el principio de la dignidad humana e informar las razones de la retención y sus derechos constitucionales y legales.

### **5.2.3.2. CUESTIONAMIENTOS A LA SENTENCIA C-024 DE 1994**

La figura de la detención administrativa preventiva ha sido objeto de discusión por los estudiosos del derecho. Inicialmente algunos consideraron que la Sentencia proferida por la Corte Constitucional es contraria a la voluntad del constituyente de 1991, al entender que el inciso 2 del artículo 28 superior alude a la “detención preventiva” cuando en realidad se refiere de manera exclusiva a la flagrancia, como único caso que permite la aprehensión a cualquier persona sin orden de autoridad judicial<sup>105</sup>. Sin embargo, entiende la Corte en la Sentencia C-024 de 1994, que no se puede considerar que esta norma se refiera únicamente al caso de la flagrancia, puesto que este evento es regulado por otra disposición constitucional.

---

<sup>105</sup>UPRIMNY YEPES, Inés Margarita. Límites de la Fuerza Pública en la Persecución del Delito. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1998. p.37 ss.

### **5.2.3.3. VALIDEZ DE LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA PREVENTIVA**

A partir de la adopción del sistema penal acusatorio, mediante el Acto Legislativo 3 de 2002, se reactiva la polémica sobre la detención administrativa preventiva con relación a su vigencia<sup>106</sup>. Debate que se presentó en el interior de la judicatura por parte de los jueces de control de garantías, los fiscales y los defensores públicos, que tenían la obligación de operar el novel sistema penal acusatorio implementado en Colombia desde la Ley 906 de 2004, que reforzó la garantía de la reserva jurisdiccional entorno a la privación de la libertad.

### **5.2.3.4. RAZÓN EN CONTRA DE LA VIGENCIA DE LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA PREVENTIVA**

Se afirmó que la figura de la captura administrativa no estaba vigente dado que el artículo 250 de la C.N., asignó al Juez de Control de Garantías la competencia para ordenar la privación de la libertad del investigado y su posterior control de legalidad sin hacer mención a la captura por parte de las autoridades de policía. Es más, el artículo 297 del C.P.P. modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007 en su párrafo alude como excepción a la reserva judicial la captura en flagrancia y la expedida por la Fiscalía General de la Nación<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> APONTE CARDONA, Alejandro. Captura y Medidas de Aseguramiento: El Régimen de la Libertad en la Nueva Estructura Procesal Penal de Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá 2008. p. 55.

<sup>107</sup> Este argumento de legalidad se sustenta básicamente en la inexistencia legal de la figura administrativa en la Ley 906 de 2005, máxime cuando ese Estatuto Procesal regula las medidas excepcionales de la reserva judicial, sin incluirla. APONTE CARDONA, Alejandro. Óp. Cit p. 56.

### **5.2.3.5. RAZÓN PRO VIGENCIA DE LA DETENCIÓN ADMINISTRATIVA PREVENTIVA**

Mientras tanto, otro sector sostiene que la detención administrativa preventiva se encuentra vigente con fundamento en el bloque de constitucionalidad y apelando a la aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia. Por lo tanto, el Juez de Garantías debe ejercer control sobre ella.<sup>108</sup> También consideran que se presentan situaciones conflictivas, difíciles de enmarcar propiamente dentro de una captura en flagrancia, pero que llegan a cumplir las condiciones para ser consideradas capturas administrativas preventivas<sup>109</sup>. Este tipo de situaciones hacen indispensable la aplicación de la Sentencia C-024 de 1994 para controlar la legalidad de las aprehensiones.

### **5.2.3.6. POSICIONES JURISPRUDENCIALES**

La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a la controversia respecto de la vigencia de la detención administrativa preventiva decantada en la Sentencia C-024 de 1994. La misma Corte reconoce que el tema no ha sido pacífico<sup>110</sup>, pues

---

<sup>108</sup> Interpretación pragmática atendiendo el hecho irrefutable de que en la práctica se presentan situaciones de capturas administrativas. APONTE CARDONA, Alejandro. Óp.cit p.64.

<sup>109</sup> Un caso de estos se presentó en Usaquén cuando un homicida con la camisa ensangrentada, nueve horas después se presentó ante la hermana de la víctima y le confiesa el hecho. Ella lo hace permanecer en el lugar, llama a la policía, quien lo captura cuando va abandonar el sitio. Captura cuya legalidad fue tratada por una juez de control de garantías, quien consideró que se trataba de una captura administrativa y aplicó los criterios de la Sentencia C-024 de 1994 y de la jurisprudencia internacional del sistema Interamericano. Ejemplo extraído de APONTE CARDONA, Alejandro. Óp. Cit. pp.63 y 64.

<sup>110</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-879-11 M.P. Humberto Sierra Porto y SC-230-12 M.P. Juan Carlos Henao

fruto de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 3 de 2002, que modificó el artículo 250 constitucional e implantó el sistema penal acusatorio, la Corte Constitucional ha insistido en el carácter imperativo de la reserva judicial previa para la privación de la libertad. De lo anterior dan fe los numerosos fallos proferidos desde el 2005 por el Máximo Tribunal de Justicia Constitucional.

Vale la pena recordar, por ejemplo, la Sentencia C-237 de 2005 cuando precisó que como fruto de las revoluciones liberales se excluyó la posibilidad de que el gobernante decidiera acerca de la libertad personal y dicha facultad, se trasladó a la rama del poder que administraba justicia.

En esa misma línea, la Sentencia C-230 de 2005 subrayó que la reserva judicial de la libertad fue reforzada por el artículo 250 de la C.N. cuando establece la imposición de medidas restrictivas de la libertad; la cual deberá ser decretada solamente por el juez de control de garantías. Cabe aclarar que la única excepción a la necesidad de mandato judicial escrito fue instaurada por el propio constituyente de 1991 en el artículo 32 superior donde reguló el caso de la flagrancia.

Luego en la Sentencia C-730 de 2005, el Tribunal Constitucional al concretar el alcance del artículo 28 de la Carta en el marco del nuevo sistema penal acusatorio, precisó que las medidas restrictivas de la libertad deberán ser decretadas por el juez de control de garantías. Y advierte que la Fiscalía General de la Nación en casos excepcionales, según lo establezca la ley, podrá realizar

capturas sin orden judicial previa, sujetas a control automático por parte del juez de control de garantías.

Bajo estos parámetros, se pronunció también la Sentencia C-1001 de 2005, donde el Tribunal Constitucional, interpretando el mandato constitucional del artículo 28, insistió en que la privación de la libertad sólo opera por orden judicial con las únicas excepciones de la captura en flagrancia y la ordenada por la Fiscalía General de la Nación.

Poco después, la Corte Constitucional en la Sentencia C-176 de 2007, al analizar la constitucionalidad de algunas normas del Decreto 1355 de 1970 determinó que no existía cosa juzgada constitucional, por haberse proferido en el marco del artículo 28 transitorio de la Constitución<sup>111</sup>. Al respecto, admite la pérdida de actualidad de la interpretación difundida en la Sentencia C-024 de 1994, al reconocer la presencia de un nuevo orden constitucional en torno de la privación de la libertad. Esto conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 03 de 2002, donde se establece de manera imperativa la reserva judicial previa a la restricción de la libertad personal, el cual sólo admite como excepciones la captura ordenada por la Fiscalía General de la Nación, así como la producida en situación de flagrancia.

---

<sup>111</sup>En esta providencia se estudió la constitucionalidad de normas policivas contenidas en el Decreto 1355 de 1970, mismas que apoyaron la expedición de la SC-024 de 1994.

Más tarde, en la Sentencia 879 de 2011, el Magistrado Sierra Porto, admitió que la jurisprudencia posterior a la SC-294 de 1994, se apartó de la interpretación del artículo 28 realizada en esa providencia y afirmó que este precepto normativo en su inciso segundo puede ser interpretado de distintas maneras, no sólo como una regla excepcional a la exigencia de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, sino también como una garantía adicional a la captura realizada en virtud de mandamiento judicial, dirigida a establecer un plazo perentorio para que una autoridad judicial se pronuncie sobre la privación de la libertad personal. De esta forma concluyó que esta fue la teoría expuesta sobre el tema en la Sentencia C-176 de 2007, empero reconoce que este asunto no ha sido pacífico.

Posteriormente, en la Sentencia C-239 de 2012, se señaló como excepción a la garantía judicial, la figura de la detención administrativa preventiva, a la cual se refirió la Sentencia C-024 de 1994, pese al cuestionamiento de la jurisprudencia constitucional, remitiéndose a la interpretación que sobre el punto contempla la Sentencia C-879 de 2011.

Las anteriores decisiones, revelan que el tema de la detención preventiva administrativa ha sido polémico al interior del Máximo Tribunal de Justicia constitucional. Sin embargo, la Corte no ha sido clara en sus pronunciamientos a la hora de determinar si aún opera o no lo establecido en la Sentencia C-024 de 1994. Frente a esta situación problemática, la Sentencia 879 de 2011, da luces cuando admite que el inciso segundo del artículo 28 superior puede ser entendido de distintas maneras y no sólo como una excepción a la reserva jurisdiccional,

cambiando así su doctrina en virtud de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, que hizo más inflexible el sistema de reserva judicial de privación de la libertad y llevó a una reinterpretación del artículo 28 Superior en sus Sentencias, a partir de 2005.

En ese orden de ideas, se puede concluir que la figura de la detención administrativa ha perdido vigencia ante los cambios jurisprudenciales de la Corte Constitucional que han replanteado la interpretación inicial de la figura respecto de su constitucionalidad.

#### **5.2.4. RETENCIÓN TRANSITORIA**

La retención transitoria prevista en los artículos 186 numeral 8, 192 y 207 del Código Nacional de Policía –Decreto 1355 de 1970– también se configura como una medida excepcional a la reserva judicial de la privación de la libertad; cuya aplicación también ha sido objeto de discusión y sometida a estudio por parte del juez constitucional en varias oportunidades, debido a la posibilidad que presenta de quebrantar las garantías del artículo 28 superior. En el precedente contenido en la Sentencia C-239 de 2012, la Corte Constitucional aceptó que es una figura cuestionada por la jurisprudencia de esa corporación, pero admitió que es una excepción de restrictiva interpretación a esa garantía constitucional con la que se pretende preservar el valor, el principio y el derecho de la libertad personal.

#### **5.2.4.1. CONCEPTO**

De conformidad con el artículo 186 del Código Nacional de Policía, numeral 8, la retención transitoria es una medida correctiva aplicable en caso de que una persona incurra en una contravención nacional de Policía; la cual se encuentra definida en los artículos 192 y 207 del C.N.P., que permite a los comandantes y subcomandantes de policía retener hasta por 24 horas en una estación o en una subestación de policía, al infractor que: i) irrespete amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones. ii) que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio. iii) que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal.

En el estudio de constitucionalidad efectuado por la Corte a la figura de la retención transitoria, declaró constitucional el artículo 186 numeral 8 del C.N.P. y consideró inexecutable los artículos 192 y 207 sólo en su encabezado, resultando executable las causales de aplicación de la medida. Dicha situación ha puesto en entre dicho su uso como medida correctiva. De ahí que se considere importante reseñar a continuación, los precedentes judiciales emitidos por el Tribunal Constitucional, con el fin de determinar su contenido y eficacia.

#### 5.2.4.2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES

El primer fallo sobre la retención transitoria fue proferido el 13 de mayo de 1998 en la Sentencia C-199 con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, quien consideró que el numeral 1 del artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, era inconstitucional por vulnerar el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia; dado que la retención transitoria por irrespeto a la autoridad policial, en ejercicio de sus funciones, al atribuir a una autoridad administrativa la potestad de privar de la libertad, posee carácter sancionatorio y no preventivo o de protección<sup>112</sup>.

Respecto de los otros dos supuestos, es decir, la retención transitoria por deambular en estado de embriaguez y no permitir ser acompañado a su domicilio y, a quien por estado grave de excitación pueda infringir la ley penal, fueron declarados ajustados a la Constitución por tratarse de una medida correctiva frente a la prevención del delito y la protección de la seguridad y del bienestar de la comunidad y del individuo.

Además porque la medida no comporta una carga excesiva para el afectado, pues el tiempo en que reside en la estación no puede exceder las 24 horas –siendo razonable dada su corta duración– y así mismo, por no limitar la realización de los proyectos de vida individuales. Sin embargo, advirtió la Corte

---

<sup>112</sup>Consideró la Corte, que el servidor público uniformado de la policía, sujeto de la agresión, pueda acudir ante la autoridad competente para que se investigue la conducta del infractor, por el irrespeto, amenaza o provocación de que haya sido víctima. Ver: Fundamento Jurídico 4 de la SC-199-98.

que las autoridades de policía, como autoridades administrativas, no pueden excederse en el ejercicio de sus funciones en relación con los objetivos perseguidos por la norma; pues bajo el supuesto de que una persona se encuentre en estado de embriaguez o de grave excitación, no puede eliminarse el ejercicio legítimo de sus derechos. Por ello, la autoridad de policía al ejercer esta función preventiva, deberá justificar la retención en motivos fundados, objetivos y verídicos.

Luego mediante la SC-720 de 2007, la Magistrada ponente Catalina Botero Marino (e) juzgó pertinente integrar la unidad normativa del artículo 192 del C.N.P. con el artículo 186 numeral 8 y el encabezado del artículo 207 del mismo Código, respecto de los cuales no hay cosa juzgada, para que el eventual fallo de inconstitucionalidad no resultara inocuo. Acto seguido, determinó que existía cosa juzgada formal que obligaba a ajustarse a lo resuelto en la Sentencia anterior (C-199-98) sobre los numerales 1, 2, y 3 del artículo 207 del C.N.P.

Además, en esta decisión la Corte consideró declarar ajustada a la Constitución la retención transitoria que contiene el artículo 186 numeral 8, como medida que busca proteger la vida y la integridad de las personas en situaciones de grave riesgo cuando se trata de circunstancias de urgencia frente a las cuales, en la actualidad, no existan medidas alternativas posibles<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup>Ver: Fundamento 62, 64 y 65 de la SC-720-07.

En cuanto al artículo 192 del Código Nacional de Policía, la Sentencia declaró la inconstitucionalidad de la norma bajo el argumento de que no soportaría el juicio de proporcionalidad estricta. De modo que se sostuvo, que las hipótesis fácticas de su configuración son amplias y ambiguas y en muchos casos, no comportan riesgo alguno. Es más, la medida encierra una privación de la libertad por orden de una autoridad de policía, sin garantías para evitar o controlar el uso de la fuerza pública. Asimismo es desproporcionada frente a las condiciones en las cuales se aplica, ya que afecta no sólo el derecho a la libertad personal, sino también otros derechos fundamentales consagrados a favor de los retenidos.

Estimó la Corporación guardiana de la Constitución que la figura de la retención transitoria no contaba con el deber de motivación de la orden que le permite a la persona conocer las razones de su retención. Tampoco tenía un recurso o intervención de autoridad diferente a la policial, no había claridad sobre el derecho que le asiste al retenido de guardar silencio ni sobre la posibilidad de comunicarse con su apoderado de confianza y sus familiares. Además es confusa respecto de los bienes jurídicos que protege la medida, verificándose la existencia de otras alternativas menos lesivas pero eficaces para contribuir a la finalidad que la figura persigue. Por estas mismas razones declara la inconstitucionalidad del artículo 207 del mismo estatuto policial.

Cabe anotar, que la Corte atendiendo los efectos de inconstitucionalidad, al retirar del ordenamiento jurídico los anteriores preceptos –por dejar sin facultades a las autoridades policiales para proteger a las personas en casos urgentes y

necesarios— tomó la decisión de proferir un fallo diferido<sup>114</sup> hasta el 20 de junio de 2008; de tal forma que la Sentencia surtiera efectos hasta esa fecha, instando al Congreso de la República para que durante ese término procediera a regular la materia.

Así las cosas, la Corte en la Sentencia condicionó la aplicabilidad de la medida al cumplimiento mínimo de las garantías constitucionales, precisando que:

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

---

<sup>114</sup>La decisión de diferir los efectos de la Sentencia se fundamenta en la necesidad de no dejar a las personas puestas en situación de riesgo, huérfanas de una medida de protección, que, resulta ser la única en el diseño actual del régimen de policía que sirve para prevenir graves afectaciones de sus derechos fundamentales en casos de urgencia y extrema necesidad. Adicionalmente, dada la ausencia de expresas facultades de protección para casos urgentes, una decisión de inexequibilidad con efectos inmediatos, podría impulsar a la policía a calificar como delito en grado de tentativa conductas agresivas o temerarias de personas que se encuentren en estado de embriaguez o de excitación a fin de poder retener a la persona y evitar la consumación de un daño del cual luego el Estado podría ser responsable por omisión o deficiente protección.

Los anteriores precedentes, indican sin lugar a dudas que la retención transitoria es una medida que legalmente existe. No obstante, resulta polémica su aplicabilidad. Se discute si es procedente la aplicación de la medida correctiva de la retención transitoria, como consecuencia de los fallos de constitucionalidad emitidos por la Corte; pues reconociendo que no fue retirada del ordenamiento, resulta imposible ponerla en práctica, debido a la inexistencia de procedimiento para aplicarla y a la pérdida de competencia de las autoridades para fijarla.

No obstante, esas mismas decisiones han dado lugar a interpretar que es factible la aplicación de la medida de la retención transitoria por considerar que la Sentencia C-199 de 1998, en su análisis si examinó el artículo 192 del C.N.P., respecto al término del cumplimiento de la medida y el sitio donde debe operar. De igual manera, para suplir el encabezado del artículo 207 declarado inexecutable, se recurrió al artículo 219 de la misma normatividad –artículo que no ha tenido ningún cuestionamiento sobre su constitucionalidad– donde se establece en cabeza de los comandantes y subcomandantes el conocimiento de las faltas que dan lugar a la imposición de medidas correctivas.

Es más, se sostiene que existe un procedimiento a efectos de aplicar la medida, con fundamento en el artículo 228 superior, según el cual prevalece el derecho sustancial sobre lo procedimental. Este principio no resulta ajeno a las autoridades administrativas con funciones de policía. De otra parte, se afirma que existe un procedimiento general para las medidas policiales que respeta el debido

proceso, aunado a que en la SC-720-07 se indicó un catálogo de las garantías constitucionales a aplicar hasta tanto el Congreso no legislara sobre la materia<sup>115</sup>.

Frente a este panorama, no se puede olvidar que la misma autoridad constitucional afirmó que en eventuales situaciones resulta absolutamente necesaria y urgente la aplicación de la medida, indicando las reglas a cumplir en su imposición. En caso contrario, resultaría dispendioso para las autoridades policiales cumplir con su deber preventivo y protector. De tal forma que si la medida es admisible constitucionalmente y se respetan los derechos garantías que rodean la libertad personal en su ejecución, su procedencia sería legítima.

#### **5.2.4.3. LA RETENCIÓN TRANSITORIA EN EL PROYECTO DE LEY 99 DE 2014, POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA<sup>116</sup>.**

En el Senado curso el Proyecto de Ley 99 de 2014, por medio del cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia, discutido en la comisión primera. En el Proyecto se establece la figura de traslado por protección, prevista en el libro tercero denominado: Medios de policía, medidas correctivas, autoridades de policía y competencias, procedimientos, mecanismos alternativos

---

<sup>115</sup>MORENO GONZÁLEZ, Fernando & RINCÓN ROMERO, Luz Mery. “La retención transitoria: medida policial vigente. ¿por qué se aplica en unas unidades de policía y en otras no?”. En *Verbas Iuris*. Julio-diciembre. [On line]. Bogotá. Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/24/la-retencion-transitoria-medida-policial-vigente-por-que-se-aplica-en-unas-unidades-policiales-y-en-otras-no.pdf>. Fecha de Consulta: 28 de mayo de 2015.

<sup>116</sup>En el interregno de la revisión del trabajo por los jurados, se expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia, mediante la Ley 1801 de julio 29 de 2016, cuya vigencia de conformidad con el artículo 243 del C.N.P., tiene lugar 6 meses después de su promulgación, es decir el 28 de enero de 2017.

de solución de desacuerdos o conflictos. En el título I donde se abordan los medios de policía y las medidas correctivas, en su capítulo 1, sobre los medios de policía, artículo 194, numeral 1, trata entre otros temas, los medios materiales que aluden al conjunto de instrumentos utilizados para el desarrollo de la función y actividad de la policía<sup>117</sup>.

La figura del traslado por protección encuentra su desarrollo en el artículo 199 del Proyecto del Código Nacional de Policía y Convivencia<sup>118</sup>. Allí se realiza una compilación e integración de las recomendaciones que la Corte Constitucional pronunció cuando estudió la constitucionalidad de la retención transitoria, consagrando para la Policía Nacional –en caso de riesgo o peligro para la vida e integridad de una persona o de terceros– la facultad de trasladar la persona para su protección, cuando se presenten las siguientes situaciones:

“(…) 1. Cuando deambule en estado de indefensión o de grave alteración del estado de conciencia por aspectos de orden mental, o bajo efectos del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas.

2. Cuando riña o presente comportamientos agresivos o temerarios, realice actividades peligrosas o de riesgo que pongan en peligro su vida o integridad o la de terceros, o esté en peligro de ser agredido.

**Parágrafo 1.** Cuando el comportamiento señalado en el numeral 2 del presente artículo se presente en contra de una autoridad de policía, siempre se utilizará este medio.

**Parágrafo 2.** El traslado se hará a un centro asistencial o de protección, de salud u hospital, o a un lugar especialmente destinado para tal fin por la administración municipal, según sea necesario y hasta tanto cese el riesgo o hasta cuando una persona responsable asuma la protección requerida. Es deber de las Alcaldías definir el lugar al que pueden ser enviadas las personas objeto del presente artículo.

---

<sup>117</sup>La Ley 1801 de Julio 29 de 2016, implementa esta misma figura, en el mismo libro, título y capítulo previsto en el proyecto de ley, pero en el artículo 149 numeral 1, como uno de los medios materiales, utilizados para el desarrollo de la función y actividad de la policía

<sup>118</sup>La figura del traslado por protección encuentra, en la Ley 1801 de Julio 29 de 2016, su desarrollo en el artículo 155.

En ningún caso el tiempo de traslado y permanencia en dicho sitio podrá ser mayor a veinticuatro (24) horas.

**Parágrafo 3.** La autoridad de policía que ordena y ejecuta el traslado, deberá informar a la persona trasladada y al superior jerárquico de la unidad policial y elaborar un informe escrito donde consten los nombres de quien da la orden y de quien la ejecuta, la persona trasladada, el motivo, la impresión de las huellas dactilares de la persona trasladada, el sitio al que se traslada, y el nombre del allegado o a quien la persona trasladada informa para ser asistido, de ser ello posible.

**Parágrafo 4.** La autoridad de policía permitirá a la persona que va a ser trasladada comunicarse con un allegado o con quien pueda asistirlo para informarle el motivo y sitio de traslado. Si la persona no tiene los medios para comunicarse, la autoridad se los facilitará. Si se niega a informar a otra persona o no es factible hacerlo, se enviará copia de inmediato del respectivo informe escrito al ministerio público”<sup>119</sup>.

Dado lo anterior, el Proyecto de Ley establece la retención transitoria modificando su denominación por traslado con fines de protección y pese a que se observó en su regulación la aplicación de algunas recomendaciones y directrices realizadas por la Corte Constitucional cuando estudió la figura, resulta problemática su regulación en la medida en que la norma no concreta de manera específica a quién corresponde calificar el estado alterado de conciencia, ni se señalan cuáles son los criterios para determinar cuando una persona tiene alterada su conciencia. Tampoco establece cuáles son esos lugares

---

<sup>119</sup> La regulación que el artículo 155 del C.N.P. hace de la figura del traslado por protección guarda similitud con la prevista en el proyecto de Ley 99 de 2014. Opera en caso de riesgo o peligro para la vida e integridad de una persona o de terceros, en las mismas situaciones que anunció el proyecto de Ley. A los cuatro párrafos divulgados se agrega uno más, para un total de 5. El primer párrafo no fue modificado, en el segundo párrafo se incluye como primera medida, la entrega de la persona por parte de la autoridad policial a un allegado o pariente para su protección, o se intentara llevarla a su domicilio, antes de proceder al traslado. Se prohíbe tajantemente el traslado a sitios destinados a la privación de libertad y se reduce la duración del traslado de 24 horas a 12 horas. Se mantiene la obligación de la alcaldía de definir el lugar al que pueden ser enviadas las personas, que deben ser separadas en razón del sexo. Además se impone la presencia en el centro asistencial o de protección de un representante del Ministerio Público. Del párrafo tercero se elimina la toma de la impresión de las huellas dactilares de la persona trasladada y se impone el deber de entregar el informe a la persona objeto de protección, en lo demás quedo igual. El Parágrafo cuarto no fue objeto de modificación y finalmente se adiciona el párrafo quinto que dispone: “ Cuando se trate de un traslado por alteración del estado de la conciencia, por que la persona se encuentra bajo el efecto del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas no podrá ser trasladada por el simple hecho de estar consumiendo sino que debe existir motivos fundados y el agente de policía con fundamento en el principio de proporcionalidad determinará si existen las razones objetivas previstas en este Código”.

especialmente destinados para retener al alterado en su conciencia, ni se indica en dónde y cómo van a operar.

## **6. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL**

A favor del derecho a la libertad personal concurren de manera específica, las garantías consagradas en el artículo 28 de la C.N., como son: el plazo de las 36 horas de duración máxima de la detención preventiva, la prohibición de la detención por deudas y la prescriptibilidad de las penas y medidas cautelares que impliquen la privación de la libertad. Asimismo concurre a la salvaguarda del derecho dispositivos normativos, órganos y mecanismos jurisdiccionales que se activan para responder a la efectiva defensa del derecho a la libertad personal.

### **6.1. ESTRUCTURAS JURÍDICAS DE TIPO NORMATIVO**

Dentro del texto constitucional, se encuentran estructuras jurídicas de tipo normativo en conexión con el derecho a la libertad que hacen referencia a los siguientes supuestos: el derecho al respeto de la dignidad humana del privado de la libertad (art.1C.N), la prohibición a ser sometido a desaparición forzada, a torturas, tratos o penas crueles inhumanas y degradantes (art.12C.N), el derecho de la igualdad ante la ley (art.13 C.N), la prohibición a ser sometido a esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos (art.17C.N.), el debido proceso –que

comprende el principio de legalidad– el derecho a la defensa del privado de la libertad –dentro del cual se incluye la asistencia letrada de confianza u oficio a los detenidos–, un proceso público sin dilaciones injustificadas con presentación oportuna al juez, el derecho a la presunción de inocencia, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas –como garantía aplicable a la libertad personal y a sus derechos garantías en su condición de derecho individual(art. 29 C.N)–, el derecho de los detenidos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 33 C.N), la prohibición de penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art.34 C.N.).

## **6.2. ESTRUCTURAS INSTITUCIONALES**

Las estructuras institucionales consagradas por la Constitución que operan a favor de la libertad personal, están determinadas por los siguientes organismos: en primer lugar, el Ministerio Público en cabeza de su supremo director, el Procurador General de la Nación, a quien le corresponde la guarda y promoción de los Derechos Humanos<sup>120</sup>, dentro de los que se incluyen los derechos fundamentales del capítulo I, del título II de la Constitución Nacional, denominados derechos individuales, civiles y políticos que comprende entre otros, el derecho a la libertad personal<sup>121</sup>. Desde el Ministerio Público también se encuentra la garantía del Defensor del Pueblo, a quien le corresponde la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos, con la potestad específica de invocar

---

<sup>120</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículos 275 y 277.

<sup>121</sup> *Ibíd.* Artículo 17.

la acción de Habeas Corpus y dirigir la defensoría pública<sup>122</sup>. En segundo lugar, la Fuerza Pública en cumplimiento de la misión de protección frente a todos los ciudadanos de sus derechos y libertades<sup>123</sup>, concretamente corresponde a la Policía Nacional garantizar a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad el ejercicio de los derechos y libertades públicas<sup>124</sup>. Por último, el Juez con funciones de Control de Garantías como autoridad judicial a quien corresponde dar la orden de restricción del derecho<sup>125</sup>.

### **6.3. ESTRUCTURAS JURISDICCIONALES**

Los mecanismos de carácter jurisdiccional que obran como protección del derecho de la libertad personal pueden ser de dos tipos: por un lado, los de control constitucional difuso, mediante la Excepción de Inconstitucionalidad, establecida en el artículo 4 de la Carta Política, cuando exista incompatibilidad normativa con el artículo 28 de la Constitución que comporte la afectación del derecho y la acción constitucional de Habeas Corpus, prevista en el artículo 30 de la Constitución Nacional, consagrada a favor de quien creyere estar ilegalmente privado de su libertad , para que en un término de 36 horas la autoridad judicial decida sobre la legalidad de la misma; acción que ha sido desarrollada mediante la Ley Estatutaria 1095 de 2006 de Habeas Corpus. Por otro lado, obra a favor de la libertad mecanismos que se promueven mediante el control abstracto de constitucionalidad a través de la acción pública de inconstitucionalidad, ejercida

---

<sup>122</sup> *Ibíd.* Artículos 182 y 282.

<sup>123</sup> *Ibíd.* Artículo 1 Inc. 2.

<sup>124</sup> *Ibíd.* Artículo 218.

<sup>125</sup> *Ibíd.* Artículo 250.

por la Corte Constitucional bajo los términos del artículo 241 numeral 4 de la Constitución Nacional que procede contra leyes que regulen el ejercicio del derecho a la libertad personal.

Los anteriores mecanismos están necesariamente ligados con el derecho a la libertad personal al actuar como instrumentos de protección en pro de su efectividad en consideración a su naturaleza y su función.

#### **6.4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL**

Existen estándares internacionales que amparan el derecho a la libertad personal, en virtud del artículo 93 de la Constitución que estipula la integración al sistema normativo de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso; cuyo contenido reconozcan los Derechos Humanos y prohíban su limitación en los Estados de Excepción<sup>126</sup>. Junto con la obligación de interpretar los derechos y deberes previstos en la Constitución de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia<sup>127</sup>, concurren normas e instituciones de carácter internacional que complementan el ordenamiento jurídico interno. De manera que las disposiciones contenidas en los convenios internacionales y las decisiones adoptadas por sus órganos de control, se ven reflejados en las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos al

---

<sup>126</sup> *Ibíd.* Artículo 93 Inciso 1.

<sup>127</sup> *Ibíd.* Artículo 93 Inciso 2.

constituirse en criterios interpretativos de gran importancia para la efectividad y protección de los derechos fundamentales dentro de los que se incluye la libertad personal.

Por ello, se estudiará a continuación la regulación del derecho a la libertad personal instaurada en las instancias internacionales de protección de los Derechos Humanos y que son relevantes para Colombia.

## **6.5. ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Frente a las atrocidades, la barbarie, el sufrimiento y los atentados a la dignidad humana durante el desarrollo de la segunda guerra mundial (1939-1945), la mayoría de los países del mundo por consenso buscaron mecanismos de protección para las personas, con el fin de evitar que hechos tan dolorosos para la humanidad sucedieran de nuevo. Esta reacción mancomunada de la opinión pública mundial en la época de pos guerra, dio origen a la organización de las Naciones Unidas, fundada en San Francisco en 1945<sup>128</sup>.

La Carta de San Francisco, fundadora de las Naciones Unidas, convierte a los Derechos Humanos y a la dignidad humana en un asunto de carácter

---

<sup>128</sup> O'DONNELL, Daniel. "Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En: *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Vol. I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos. Bogotá. 2001, p. 46.

internacional y no exclusivo de la soberanía de los Estados. Desde 1945 los Derechos Humanos son una preocupación legítima de la comunidad internacional, hacen parte del orden público universal y los Estados no tienen dentro de la jurisdicción interna ninguna potestad para quebrantarlos<sup>129</sup>.

La defensa de los Derechos Humanos continúa con la creación de otros mecanismos de carácter internacional para mejorar su protección, los cuales atribuyen responsabilidad a los Estados y no imputan cargos de manera individual a las personas. Al respecto, es pionera la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. En la actualidad existe un sistema universal de protección de los Derechos Humanos: el Sistema de las Naciones Unidas y tres sistemas regionales, que son: el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema Africano.

La protección de los Derechos Humanos también es preocupación del Derecho Internacional Humanitario, que rige únicamente en circunstancias de conflicto armado y, del Derecho Penal Internacional, dirigido a castigar a los autores de los delitos de lesa humanidad<sup>130</sup> y crímenes de guerra<sup>131</sup>, atribuyendo así sanciones penales individualizadas a los responsables.

---

<sup>129</sup>UPRIMY YEPES, Rodrigo, UPRIMY YEPES, Inés Margarita & PARRA VERA, Oscar. Derechos Humanos Derecho Internacional Humanitario. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2004 pp.47-48.

<sup>130</sup>Son reconocidos como delitos de lesa humanidad: el homicidio, el exterminio, la esclavitud, la tortura, la desaparición forzada de personas, el destierro, el trabajo forzoso, la violación, la persecución por motivos raciales, religiosos o políticos (crimen de apartheid) y otros actos inhumanos, siempre y cuando su práctica sea generalizada y sistemática contra una población civil.

<sup>131</sup> Infracciones más graves del Derecho Internacional Humanitario.

En los siguientes apartados se expondrá el reconocimiento que del derecho a la libertad personal ha realizado el sistema universal, el Sistema Interamericano, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional que de conformidad con el artículo 93 de la Constitución política hacen parte del bloque de constitucionalidad, por impactar e influir de manera directa en la regulación del derecho.

#### **6.5.1. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

La Declaración Universal de Derechos Humanos, surge como complemento a la Carta de las Naciones Unidas. En la conferencia inaugural de San Francisco en 1945 se proyectó acompañar la Carta con una declaración de Derechos Humanos y se recomendó a la Asamblea General, considerar la propuesta y hacerla efectiva<sup>132</sup>.

Así las cosas, el Consejo Económico y Social, estableció la comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dirigida por Eleanor Roosevelt, quien se encargó de coordinar lo referente a la Declaración; la cual fue redactada por representantes de todas las naciones del mundo, puntualizando treinta derechos fundamentales que constituyen la base para una sociedad democrática.

---

<sup>132</sup>SÁNCHEZ, Ricardo. “Cuatro Momentos de los Derechos Humanos”. En: *Escritos para el Estudio de los Derechos Humanos*.: Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2000. p. 109.

La Declaración se proclamó en París por la Asamblea general, el 10 de diciembre de 1948, inicialmente sólo tenía valor declaratorio pero con el tiempo su obligatoriedad fue reconocida en la proclamación de la Conferencia de Teherán en 1968, en donde se declaró obligatoria para la comunidad internacional, con el fin de garantizar los Derechos Humanos en todo lugar y en todo momento<sup>133</sup>.

#### **6.5.1.1. ANÁLISIS NORMATIVO**

Dentro de la Declaración de los Derechos Humanos quedó plasmada la libertad personal, la cual aparece desde el preámbulo cuando afirma en el primer considerando “que la **libertad**, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Posteriormente, en el quinto considerando del preámbulo se refiere a un concepto más amplio de libertad, dentro del que se va a elevar el nivel de vida. Fórmula que consagra la libertad como un valor, una aspiración que ilumina la carta de derechos.

Seguidamente en el artículo 1º, se reconoce la libertad para todos los seres humanos, adquiriendo un carácter de generalidad. En el artículo 3º se proclama como garantía de libertad y seguridad personal y en el artículo 9 se prohíbe su limitación arbitraria a través de la detención, prisión o destierro. De las fórmulas que contiene la Declaración con relación a la libertad personal, es evidente que

---

<sup>133</sup> UPRIMNY YEPES, Inés, Óp.cit., p.50.

acopia un concepto negativo de la libertad como garantía de la persona humana frente la persecución personal y caprichosa de los gobernantes.

El derecho a la libertad en la Declaración se encuentra limitado para su disfrute y ejercicio en la cláusula establecida en el artículo 29 numeral 2, que señala como causa de restricción, la reserva de ley, ***las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*** Mientras que el numeral 3 impone la prohibición respecto al ejercicio de los derechos y libertades, que en ningún caso se pueden ejercer en oposición a los principios y propósitos de las Naciones Unidas. Fórmulas vagas, imprecisas e indeterminadas, que imposibilitan una interpretación uniforme del instrumento internacional, conllevando a que sin lugar a dudas se afecte el ejercicio del derecho<sup>134</sup>.

Por otro lado, la moral como límite a los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad, posee un alto contenido de indeterminación que permite un cierto margen de apreciación cuando se invoca como pauta legítima para restringir el ejercicio de determinados derechos; toda vez que el concepto de moral está dotado de un amplio contenido de relatividad debido a su variación con el paso del tiempo y al contexto cultural. No cabe duda que este criterio es uno de los conceptos más difíciles de definir y por ello mismo, uno de los dotados de mayor

---

<sup>134</sup> Esta situación la pone de presente el profesor Iñaki Rivera Beiras en relación con la privación del derecho a la libertad personal. RIVERA BEIRAS, Iñaki. "La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría". Barcelona: Ed. Mj Bosch, 1997. p. 20. También alude a esta situación Teresa Freixes al expresar que los artículos 29.2, 3 y 30 de la Declaración consagran la posibilidad de establecer límites a los derechos, relacionando específicamente los derivados para la libertad personal por la misma declaración o la legislación interna. Freixes, Op.Cit, p. 228.

imprecisión a nivel mundial dada la multiplicidad de nociones sobre la moral que se manifiestan en cada contexto particular.

Entorno a la cláusula del orden público, a efectos de concretar su contenido, es indispensable acudir a la doctrina de la Corte Interamericana que en diferentes pronunciamientos se ha referido a esta fórmula como límite de los Derechos Humanos, al precisar que el orden público se refiere al conjunto de condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios<sup>135</sup>.

Lo anterior indica que la noción de orden público como cláusula límite de los Derechos Humanos, debe interpretarse de manera restrictiva a la luz de principios democráticos, atendiendo los valores fundamentales dominantes sobre los cuales se edifica una sociedad en cada momento histórico: la dignidad de la persona, el recto orden social, la seguridad, la salud y la moral pública, entre otros. Por consiguiente, deben leerse los límites en relación estrecha, en este caso, con el derecho a la libertad personal y a su vez, tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que se invocan e interpretan<sup>136</sup>. Todo ello en atención al equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Declaración.

---

<sup>135</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La colegiación obligatoria de periodistas, cit., S64.

<sup>136</sup>PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos. [On line]. Disponible en: <http://www.Derechos Humanos.unlp.edu.ar/.../el-principio-pro-homine-criterios.>>Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.

Respecto del bienestar general como cláusula límite a los Derechos Humanos, según lo señalado por la Corte Interamericana, las restricciones deben estar ajustadas a objetivos colectivos de importancia y estrictamente necesarios<sup>137</sup>.

Además la Corte Interamericana ha precisado que las cláusulas habilitantes previstas por las normas internacionales para permitir la restricción de los derechos, no pueden afectar el contenido esencial de los mismos y por ende, el orden público o el bien común no pueden invocarse como medios para suprimir los derechos. En palabras de la Corte:

"... de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los Derechos Humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención." su interpretación debe ajustarse al contexto del derecho que se restringe. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que "una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios..."<sup>138</sup>.

## **6.5.2. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

Este instrumento Internacional se gesta desde el momento de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando la Asamblea general

---

<sup>137</sup>RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v. Argentina". [On line]. Derechos Human Rights (15 -10-1996) Disponible en: <<http://www.derechos.net/doc/cidh/restri.html>>Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.

<sup>138</sup>Ibíd.

pidió al Comité de Derechos Humanos preparar un proyecto de pacto, que tuviera fuerza Jurídica para complementar y reforzar la Declaración. Luego de un amplio debate entre los Estados respecto del contenido del texto –dado que los Estados capitalistas promovían los derechos civiles y políticos y los Comunistas defendían los derechos económicos, sociales y culturales– la Asamblea decidió ordenar la elaboración de dos pactos uno referente a los derechos civiles y políticos y otro, sobre los derechos económicos, sociales y culturales; los cuales fueron aprobados el mismo día.

La Asamblea General en la Resolución número 2200 A (XXI) del 16 de Diciembre de 1966, adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrando en vigencia en Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la ley 74 de 1968. Ese mismo día y mediante la misma ley, también entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto, mediante el cual se reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el instrumento internacional, siempre y cuando hayan agotado todos los recursos internos disponibles y que el mismo asunto no haya sido sometido o no lo esté haciendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. De tal forma que reconoce el Comité como órgano de control y se somete a los mecanismos de protección que el Pacto establece para los derechos que ha previsto.

### **6.5.2.1. ANÁLISIS NORMATIVO**

El derecho objeto de estudio, es decir la libertad personal, no fue ajeno a la regulación realizada por el Pacto; puesto que ella quedó reconocida como un derecho inherente derivado de la dignidad de la persona humana. Así el artículo 9 se ocupa específicamente de consagrar la libertad y la seguridad personal como un derecho que tiene todo individuo, declarando que nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, insistiendo en su legalidad al disponer que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Luego, el precitado artículo en sus diferentes apartados prevé una serie de garantías de tipo procesal penal. En el apartado número 2 dispone que toda persona detenida, será informada en el momento de su detención de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Por su parte, el numeral 3 determina, entre otras cosas, la persona detenida o presa a causa de una infracción penal, debe ser puesta a disposición de la autoridad judicial sin demora y a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad. Seguidamente señala que la prisión preventiva no debe ser la regla general para las personas que hayan de ser juzgadas, estando su libertad subordinada a medidas que garanticen la comparecencia del acusado al juicio, al proceso o para la ejecución del fallo.

Posteriormente, en su apéndice número 4 prevé la garantía jurisdiccional del habeas corpus para que toda persona privada de su libertad, sea por detención o prisión, pueda recurrir a la autoridad judicial para que decida en la brevedad posible la legalidad o ilegalidad de la privación, ordenando su inmediata liberación si ésta fuera ilegal. Por último, el Pacto en el apartado número 5 del mencionado artículo 9 consagra el derecho que toda persona detenida ilegalmente tiene de ser reparada.

#### **6.5.2.2. INTERPRETACIONES DEL COMITÉ**

De acuerdo con la interpretación del Comité de Derechos Humanos, respecto del artículo 9 del Pacto, se ha precisado en la observación general No.8, que el Párrafo 1, es aplicable a todas las formas de privación de la libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo, las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc. De modo que el concepto de privación de libertad física incluye la reclusión en instituciones cerradas de toda índole como la cárcel, la prisión, el campo de detención, el hospital u otros. En cuanto a los párrafos 2 y 3, son aplicables solamente a las personas contra las cuales se hayan formulado acusaciones penales.

Con relación a la duración total de la prisión preventiva, considera el Comité en la precitada observación, que esta debe ser de carácter excepcional y lo más breve posible. Y en lo atinente a la detención por razones de seguridad pública ha

dicho que debe regirse por el artículo 9 del Pacto. Ha señalado además el Comité, que toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención<sup>139</sup>.

Asimismo ha puntualizado que la detención de una persona acusada o sospechosa de la comisión de un delito es ilegal, cuando es motivada por “razones que no están claramente establecidas en las leyes nacionales”<sup>140</sup>. De igual forma considera, que el concepto de “arbitrariedad” no debe equipararse al de “contrario a la ley” sino que debe interpretarse de manera más amplia con el objetivo de incluir elementos como la incorrección y la injusticia. También es considerada arbitraria la detención preventiva si no está justificada en todas las circunstancias del caso, por ejemplo, para impedir la fuga o el ocultamiento de pruebas, siendo importante el elemento de la proporcionalidad.

El Comité de Derechos Humanos en el caso Mukong v Camerúm ratificó que los criterios de legalidad y arbitrariedad son distintos y complementarios, cuando afirmó que “la historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a la ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos

---

<sup>139</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso A. c Australia Comunicación No.560/1993. Decisión adoptada el 3 de abril de 1997. En: Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, Volumen I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<sup>140</sup>ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mc Lawrence c. Jamaica, párr. 5.5 (1997). O’Donnell Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universales e Interamericano. Oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. p.287. Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.

de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las ‘garantías procesales’<sup>141</sup>. En esa misma decisión, a efectos de la prohibición de la detención arbitraria, el Comité aludió a la valoración de la necesidad como requisito implícito de la prisión preventiva, cuando sostuvo que “la prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito”.

No obstante, merece especial atención resaltar que los mecanismos consagrados en el Pacto para proteger los derechos y libertades fundamentales por él previstos, no surten efectos relevantes en primer lugar, porque el Comité como órgano de control no ejerce funciones jurisdiccionales y en segundo lugar, porque su procedimiento se torna demasiado lento en consideración con los términos establecidos por el Pacto para la tramitación de las comunicaciones<sup>142</sup>.

Aunado a lo anterior, se encuentra también la dificultad que se tiene para acceder ante el Comité, pues los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones escritas, como mecanismo facultativo, en algunos casos llegan a ser demasiado amplios y ambiguos al exigir, por ejemplo, en el artículo 3 del Protocolo Facultativo, que ellas no constituyan un abuso del derecho pero no

---

<sup>141</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mukong c. Camerún, párr. 9.8. Disponible en: [www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/458-1991.html](http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/458-1991.html) Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.

<sup>142</sup> El procedimiento a seguir ante el Comité se describe y desarrolla en el primer protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, entrado en vigor para Colombia el 23 de Marzo de 1976, en virtud de la ley 74 de 1968.

precisa el concepto y el contenido del término, dejando al arbitrio del Comité la valoración del abuso del derecho para cada caso particular<sup>143</sup>.

Así se ha considerado abuso del derecho de una queja cuando un caso representa un uso frívolo, enojoso o improcedente del procedimiento de presentación de denuncias. Tampoco en este punto, se define el concepto y el contenido de estos criterios. En algunas oportunidades verbigracia, se rechaza la denuncia si esta es repetida<sup>144</sup> y en otras, ha estimado el Comité que constituye abuso del derecho el retraso indebido para presentar la comunicación si no han existido circunstancias excepcionales, pero nada se dice sobre cuáles son estas situaciones particulares<sup>145</sup>.

### **6.5.3 ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LAS REGLAS NELSON MANDELA**

Este instrumento internacional que acopia las reglas mínimas universalmente reconocidas para el tratamiento de los reclusos adquiere importancia por la decisión de la Asamblea General, que en el año 2011 establece

---

<sup>143</sup> Los requisitos que deben cumplir las comunicaciones, están previstos en los artículos 2, 3, 4 y 5 del Primer Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; que se refieren a la presentación escrita de la comunicación, a no ser anónima, ni incompatible con las disposiciones del pacto, ni constituir un abuso del derecho. Además el Estado Parte debe expresamente aceptar la competencia del Comité, para examinar las quejas individuales, no puede haber sido presentado ante otra instancia internacional y se deben haber agotado previamente los recursos internos siempre y cuando no se excedan los tiempos razonables.

<sup>144</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONALES UNIDAS. Procedimiento para presentar denuncias. Folleto informativo número 7 rev. 1 Abuso del derecho. Disponible en: <URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev.1sp.pdf>> Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.

<sup>145</sup> Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a favor de Rosalind Williams Lecraft por un caso de Discriminación con motivo de un control de identidad. Estado parte: España. Disponible en: <URL: <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=8264&opcion=documento>> Fecha de Consulta: junio 12 de 2015

un grupo intergubernamental para examinar y revisar las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos<sup>146</sup> con el fin de adaptarlas a los avances recientes de las ciencias penitenciarias y a mejores prácticas, para promover la seguridad y las condiciones dignas de las personas en reclusión.

Fruto de esta actualización en mayo de 2015, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas aprobó las reglas revisadas, las cuales fueron adoptadas por la Asamblea General, denominándolas REGLAS MANDELA en honor al líder sudafricano Nelson Rulihlahla Mandela, quien estuvo privado de la libertad 27 años de su vida<sup>147</sup>.

En aras de preservar para las personas privadas de la libertad sus derechos inalienables y todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales se revisaron nueve temas de las reglas, teniendo en cuenta que la modificación de las reglas no debería reducir el alcance de ninguna norma existente sino mejorarla con el fin de promover la seguridad y las condiciones dignas de las personas en reclusión y además el proceso de revisión debía mantener el ámbito de aplicación de las reglas mínimas<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup>Las Reglas se adoptaron en el primer congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663 (XXIV), de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977.

<sup>147</sup> UNODC. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. (Las Reglas Nelson Mandela). Un modelo Actualizado para la Gestión penitenciaria en el siglo XXI. [on line]. Disponible en: <[https://www.unodc.org/documents/ropan/SMR\\_Brochure\\_Spanish\\_-\\_PRINT\\_FILE.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/SMR_Brochure_Spanish_-_PRINT_FILE.pdf)> Fecha de Consulta: febrero 16 de 2017

<sup>148</sup> Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 24º Período de sesiones [on line]. Disponible en: <[https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ\\_Sessions/CCPCJ\\_24/resolutions/L6\\_Rev1/ECN152015\\_L6Rev1\\_s\\_V1503588.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_24/resolutions/L6_Rev1/ECN152015_L6Rev1_s_V1503588.pdf)> Fecha de Consulta: febrero 25 de 2017

Fueron objeto de revisión nueve ejes temáticos de los estándares mínimos para el tratamiento de las personas privadas de la libertad y la gestión de los centros penitenciarios, siendo revisadas y/o reubicadas un 35% de las reglas<sup>149</sup>, la primera esfera temática trata sobre la dignidad inherente de los reclusos como seres humanos (reglas 6, párr. 1; 57 a 59; y 60, párr. 1), apartado que se aplica a toda la categoría de reclusos. Introdujo 5 principios básicos como guía de interpretación del espíritu de las reglas. Incluyen la obligación de promover condiciones de encarcelamiento dignas. La sensibilización respecto al hecho de considerar a las personas privadas de la libertad como parte integrante de la sociedad. Prohíbe la tortura y malos tratos de las personas privadas de la libertad, impone a protección en estos eventos. Se obliga a velar por la seguridad de las personas privadas de la libertad, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

La segunda área temática aborda la situación de los grupos vulnerables privados de la libertad teniendo en cuenta los países que se encuentran en circunstancias difíciles (reglas 6 y 7). Comporta el compromiso de la aplicación imparcial de las reglas y prohibición de discriminación por razones de raza, sexo, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna o nacimiento. Obliga a tomar en cuenta las necesidades individuales de los más desfavorecidos, a proteger los derechos de las personas

---

<sup>149</sup> Es de anotar que las Reglas Nelson Mandela son instrumentos internacionales no vinculantes para los estados sin embargo se reconoce que los estados miembros las pueden adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos observando el espíritu y los propósitos de las reglas.

privadas de la libertad con necesidades especiales, y además, demanda que las personas privadas de la libertad con discapacidad física, mental o de otra índole sean tratadas de acuerdo con sus necesidades de salud.

El tercer punto a revisar fue servicios médicos y sanitarios (reglas 22 a 26; 52; 62; y 71, párr. 2). Hace énfasis en la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios médicos de las personas privadas de la libertad. Se garantiza los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad, asistencia gratuita a los servicios de salud necesarios, sin discriminación. Evalúa, promueve, protege y mejora la salud física y mental de las personas privadas de la libertad, incluyendo a quienes requieren de una atención especial. Cumplir con los principios de confidencialidad médica, independencia clínica, consentimiento informado de la relación médico - paciente y con la comunidad en el tratamiento y cuidado incluyendo enfermedades como el VIH, Tuberculosis, enfermedades infecciosas y la drogodependencia. Prohibición absoluta de actos de tortura y otras formas de maltrato y la obligación de documentar y denunciar los casos de los cuales se tiene conocimiento.

El cuarto tema es lo atinente a restricciones, disciplina y sanciones (reglas 27, 29, 31 y 32), se deja en claro que estas no pueden constituir tortura o maltrato, se restringe el régimen de aislamiento y el uso de medios de coerción, se regula los registros de personas y celdas, se define el rol de los profesionales de la salud en el contexto de los procesos disciplinarios. De manera concreta se define el aislamiento prolongado como aquel que se extiende por 22 horas o más por día,

sin contacto humano por más de 15 días consecutivos, medida que debe ser excepcional, debe ser aplicada como último recurso. Se prohíbe el aislamiento indefinido y prolongado, el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada, la reducción de alimentos y agua potables, prohíbe el uso de instrumentos de coerción física que sean degradantes o causen dolor como cadenas y grilletes. Guía detallada de registro de reclusos y celdas, prevé el uso legítimo de instrumentos de coerción sobre la base de la necesidad de garantizar la seguridad de las prisiones y respetar la dignidad inherente de las personas privadas de la libertad. Se prevé que los profesionales de la salud deben prestar especial atención a los reclusos sometidos a cualquier régimen de separación forzada, pero se les excluye de la imposición de las sanciones disciplinarias. Se exhorta a la administración para que prevenga los conflictos y busque formas alternativas de resolución alternativas como la mediación o cualquier otra.

El quinto eje temático fue investigación de muertes y torturas de reclusos (regla 7, y reglas propuestas 44 *bis* y 54 *bis*). Se prevé investigaciones independientes en caso de que se presente muertes en prisión o de otras situaciones graves. Se clarifica que la información del recluso al momento de ingresar al penal es confidencial, se especifica que información es la que debe reposar en el sistema de gestión durante el ingreso y durante el periodo de encarcelamiento. Puntualiza del derecho de las personas privadas de la libertad o de terceros – Familiares o cualquier persona de contacto designada- de ser notificados sobre el encarcelamiento, el traslado a otra institución, enfermedad grave, lesiones o muerte. Obliga a que toda muerte, lesión grave o desaparición

de una persona privada de la libertad deba ser comunicada a la autoridad competente que sea diferente a la administración penitenciaria, que sea imparcial y expedita. Se exige una investigación similar en caso de tortura u otros tratos y penas crueles independientemente de que se haya recibido o no una denuncia formal.

El sexto punto alude a la representación letrada (reglas 30; 35, párr. 1; 37; y 93). Consagrando el derecho a recibir visitas y a consultar con un asesor jurídico, el cual se amplía a todas las personas privadas de libertad y sobre cualquier asunto jurídico, pues este derecho solo estaba previsto para los detenidos preventivamente y para efectos de la defensa. La asistencia legal se extiende igualmente para los procedimientos disciplinarios. Una nueva regla brinda orientación para los procedimientos de ingreso y registro aplicables a las visitas. De manera concreta la administración penitenciaria debe informar a las personas privadas de la libertad los distintos métodos autorizados para poder tener acceso a asesoría jurídica, facilitar tiempo, oportunidad e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un asesor jurídico, sin demoras, ni interferencia ni censuras con plena confidencialidad, permitir la defensa material y/o Jurídica aun en procesos disciplinarios que entrañen faltas graves, inhibirse de realizar procedimientos de ingresos y registro que sean degradantes para los visitantes.

El séptimo eje temático se refiere a las quejas e inspecciones independientes (reglas 36 y 55) que refuerzan el derecho del privado de la libertad y su defensor de presentar en forma segura peticiones y quejas en relación con su

trato, las cuales deben ser atendidas con prontitud y sin demora por la administración penitenciaria. De manera concreta se radica para los familiares de las personas privadas de la libertad o cualquier otra persona el derecho a presentar quejas cuando el privado de la libertad o su asesor jurídico no esté en condiciones de hacerlo, sin riesgo de represalia intimidación o cualquier otra consecuencia negativa. Se establece un sistema doble de inspección administrativa, uno ejercido por la administración penitenciaria y otro por un órgano externo independiente de la administración penitenciaria. Los inspectores podrán tener acceso a los expedientes de los reclusos, hacer entrevistas privadas y confidenciales con los privados de la libertad y el personal penitenciario, así como realizar por iniciativa propia visitas no anunciadas.

El octavo punto se ocupó de revisar el tema de la sustitución de la terminología obsoleta de las reglas (reglas 22 a 26, 62, 82 y 83 y otras), con el fin de adaptarla a los avances recientes de la legislación internacional, para asegurar un uso coherente de la terminología de todas reglas, de tal manera que se actualizo la terminología relacionada con la salud y se estableció de igual manera un enfoque de género en las reglas.

El noveno tema se refiere a la capacitación del personal pertinente a fin de que se apliquen las Reglas Mínima (regla 47). De tal forma que las reglas consagran una guía pormenorizada sobre la capacitación del personal con el fin de ofrecer al personal penitenciario la capacidad y medios capacitación para ejercer sus funciones de manera profesional, recibiendo formación especializada,

con pruebas teóricas y prácticas para el ingreso al servicio penitenciario. Deberán ser instruidos en legislación, resoluciones, instrumentos internacionales y regionales, en sus derechos y deberes, hacer énfasis en el respeto de la dignidad humana y en la prohibición de la tortura y otras formas de maltrato, el uso de la fuerza y las técnicas de prevención y disuasión, primeros auxilios, necesidades psicológicas de los reclusos, asistencia y atención sociales.

## **6.6. ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

Producto de un largo proceso de negociación de los Estados americanos con el fin de promover la protección de los Derechos Humanos, se proclamó, entre otros instrumentos<sup>150</sup>, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Esto en el marco de la novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá el 9 de abril de 1948, con la participación de 21 Estados. Igualmente se instituyó la relación de la Organización de los Estados Americanos con el sistema Universal de Naciones Unidas, creado 3 años antes, cuando el artículo 1 de la carta dispuso que: “Dentro de las Naciones Unidas, ***la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional***” de acuerdo con lo previsto en el capítulo VIII de la Carta de Naciones Unidas<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup>En esta conferencia se aprobó varios instrumentos en materia de Derechos Humanos, como la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, La Carta Interamericana de Garantías y la Convención Interamericana de Garantías políticas de la Mujer.

<sup>151</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Nuestra Historia. [on line]. Disponible en: <[http://www.oas.org/\(es/acerca/nuestra\\_historia.asp](http://www.oas.org/(es/acerca/nuestra_historia.asp)>Fecha de Consulta: junio 11 de 2015.

La Carta de la OEA insiste en la protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona humana y proclama la solidaridad americana en el continente, bajo los presupuestos de instituciones democráticas y un régimen de libertad individual y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

#### **6.6.1. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE**

La Declaración fue aprobada, en abril de 1948 en Bogotá, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana en donde se recalcó el compromiso de la región con la protección internacional de los Derechos Humanos y sentó las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue aprobada en 1969 y entró en vigencia en 1978.

Respecto de la obligatoriedad del instrumento, es importante destacar que la Declaración fue adoptada como una Resolución no vinculante, al tratarse de una proclamación de principios. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión Consultiva 10 de 1989 afirmó:

“Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuales son los Derechos Humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente la competencia de la misma respecto de los Derechos Humanos enunciados en la declaración. Es decir, para

estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, **una fuente de obligaciones Internacionales**<sup>152</sup>.

Es decir que la obligatoriedad de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre deriva de la relación con normas de la Carta de la OEA.

#### **6.6.1.1. ANÁLISIS NORMATIVO**

La Declaración desde su preámbulo hace un reconocimiento a la libertad personal como derecho público subjetivo al pregonar que todos los hombres nacen libres. Posteriormente en el capítulo primero, que trata sobre los derechos, en su artículo XXV consagra en pro de la libertad, el principio de legalidad. Al respecto, sostiene que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes y asimismo, prohíbe la detención por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Además, establece que el privado de la libertad tiene como derecho que el juez verifique de inmediato la legalidad de la medida y de ser culpable, a ser juzgado sin dilación injustificada o de lo contrario, a ser puesto en libertad. De esta forma también prevé un tratamiento humano para el privado de la libertad.

De conformidad con el artículo XXVIII de la Declaración, la libertad personal encuentra sus límites en los derechos de los demás, la seguridad de todos y **las justas exigencias del bienestar general**. Frente a dichas fórmulas se reitera que

---

<sup>152</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-10 de 1989, párrafo 45. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf)> Fecha de Consulta: junio 11 de 2015.

son ambiguas, abstractas e indeterminadas, con un gran contenido de relatividad y por lo tanto, deben ser interpretadas de manera restrictiva.

Como ya se anotó, la concreción ha quedado en manos de la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las fórmulas limitativas de los derechos, que en punto al bienestar general corresponde a objetivos colectivos importantes, con peso para justificar la restricción de los derechos individuales protegidos por la declaración<sup>153</sup>. A su vez, el sistema interamericano, ha entendido el bien común "como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos"<sup>154</sup>. Por su parte, la seguridad pública apunta a restricciones que permitan proteger contra peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes<sup>155</sup>.

Vale la pena recordar, que la Corte Interamericana, ha advertido en relación con las cláusulas limitativas de "orden público" y "bien común" que no pueden invocarse como "medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención", debiendo interpretarse conforme a las justas exigencias de una sociedad

---

<sup>153</sup>Cfr. Capítulo 6.5.1.1 p.92 párrafo 1 y 2.

<sup>154</sup>RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS. Bien Común. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67 y Opinión Consultiva 6/86; 9 de mayo de 1986. [On line]. Derechos Human Rights. Disponible en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/bien.html> Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.

<sup>155</sup>Ibíd.

democrática con miras al "equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar objeto y fin de toda la Convención"<sup>156</sup>.

### **6.6.2. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

En la Conferencia especializada Interamericana de Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica en 1969, se redactó por parte de los delegados de los Estados miembros de la OEA, el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de ese año. Dicho instrumento fue ratificado por Colombia el 28 de Mayo de 1973 con entrada en vigor el 18 de Julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972, conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica.

La finalidad de la Convención no fue otra que la de preservar en el continente americano los Derechos Humanos esenciales del hombre. Para lograr tal propósito, se crearon dos instituciones: por un lado, la Comisión de Derechos Humanos como órgano principal y autónomo de la OEA, encargado de la promoción y protección de los Derechos Humanos y por otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como institución judicial autónoma con

---

<sup>156</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La colegiación obligatoria de periodistas, cit., S67

funciones jurisdiccionales y consultivas, en la aplicación e interpretación de la Convención.

El 21 de junio de 1985 Colombia presentó instrumento de aceptación por medio del cual reconoció la competencia de la Comisión por tiempo indefinido, por hechos posteriores a la aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. Cabe mencionar que desde noviembre de 2009, entró en vigor un nuevo procedimiento o reglamento de la Corte, que se aplica a los casos que se tramitan actualmente.

#### **6.6.2.1. ANÁLISIS NORMATIVO**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos desde su preámbulo en el primer considerando, estipula que en el continente americano debe imperar un régimen de libertad personal fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Posteriormente, en la parte I, capítulo II de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7 consagra el Derecho a la Libertad Personal como libertad física y en su numeral 1, atribuye la titularidad del derecho a la libertad y a la seguridad personales a toda persona.

Luego determina el principio de legalidad en su numeral 2 cuando establece que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o conforme a las leyes dictadas en los mismos. Después en el numeral 3

aborda las formas de privación de la libertad, la detención o los encarcelamientos arbitrarios.

Seguidamente en el numeral 4 establece el deber de informar al detenido o retenido, las razones de su detención y deben notificarle sin demora, el cargo o cargos formulados. Asimismo en su numeral 5, consagra la reserva judicial a favor de la persona detenida cuando preceptúa que 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.

También en su numeral 6 estatuye la garantía del habeas corpus, cuando reglamenta el derecho que tiene toda persona privada de libertad para recurrir ante un juez o tribunal competente con el fin de que éste decida, sin dilación, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad, si el arresto o la detención fueron ilegales. Este recurso no puede ser restringido ni abolido en los Estados partes y puede ser interpuesto por la persona afectada o por otra en su representación.

Finalmente, el artículo 7<sup>o</sup> prevé que nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Respecto de la noción del derecho a la libertad personal, tenemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos delimitó el concepto del derecho a la libertad personal con apoyo de la doctrina jurisprudencial de la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual lee el significado de las palabras libertad y seguridad en conjunto y asociadas a la libertad física<sup>157</sup>.

#### **6.6.2.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Ahora bien, desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existen diferentes formas de privación de la libertad, incompatibles con la Convención Americana, entre ellos, el reclutamiento forzoso y la práctica de obligar a civiles a acompañar unidades de las fuerzas armadas en sus operaciones<sup>158</sup>. También considera contrarias a la Convención, las privaciones de la libertad en arresto domiciliario de los hijos menores y la esposa del prófugo, mientras se lleva a cabo el allanamiento a la casa<sup>159</sup>. Asimismo estima la CIDH en su jurisprudencia, que la privación de la libertad debe tener una duración mínima para que pueda ser considerada como tal<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup>Consultar Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, Volumen I, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001. p. 365.

<sup>158</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Piche Cuca c Guatemala, UL Musicue y Coicue c Colombia. En Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universales e Interamericano. Oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. P. 271 – 337 Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015

<sup>159</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.006, García c Perú, informe 1/95 En Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universales e Interamericano. Oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. P. 271 – 337 Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.

<sup>160</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Da Silva c Brasil. En Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universales e Interamericano. Oficina de Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

La Corte Interamericana al interpretar el artículo 7º de la Convención, en el caso Gangaram Panday precisó que la detención debe ser legal, razonable previsible y proporcionada y no arbitraria, al afirmar que: "... nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad..."<sup>161</sup>.

En esa misma jurisprudencia, respecto de la legalidad de la detención, la Corte subrayó: "nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la Ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)"<sup>162</sup>

En lo concerniente al aspecto material, en el caso Gangaram Panday, la Corte a efectos de estudiar la legalidad de la detención, se refirió a los supuestos normativos de la Constitución del país respectivo, los códigos y otras leyes, en virtud del principio de legalidad incorporado en el precitado artículo 7º, aplicando el derecho interno para este efecto. Según Daniel O'Donnell, esto representa una de

---

Humanos. P. 271 – 337 Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.

<sup>161</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday. [On line] Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf) Fecha de Consulta: 15 de febrero de 2015.

<sup>162</sup><sup>162</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday. [On line] Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf) Fecha de Consulta: 15 de febrero de 2015.

las raras excepciones a la regla según la cual la Corte Interamericana aplica única y exclusivamente la normativa interamericana<sup>163</sup>.

De ahí que cuando la Corte emprende el estudio de la legalidad de una detención debe concluir si los hechos corresponden o no a las causales establecidas en la legislación interna de los Estados<sup>164</sup>, teniendo en cuenta además que esa normativa también debe cumplir con los presupuestos de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad, como lo anotó la CIDH en el caso Suárez Rosero contra Ecuador.

En cuanto a los requisitos de tipo formal, la Corte Interamericana ha sostenido como contrarios a la Convención, la detención que depende de la apreciación subjetiva del agente de Policía que la ejecuta al entender que el elemento de la tipicidad contenido en la obligación de “fijar de antemano” las condiciones de detención (contenida en el párrafo 2 del artículo 7º) requiere que la ley defina las causas y condiciones en que una detención puede llevarse a cabo, en forma pormenorizada y precisa; aspecto formal que no se satisface con disposiciones genéricas e indefinidas como “graves presunciones de responsabilidad”<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup>O'DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá. 2004, p. 291.

<sup>164</sup>Criterio que se ha seguido en los casos Castillo Páez vs Perú, Suarez Rosero vs Ecuador, Levoyer Jiménez vs Ecuador.

<sup>165</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Levoyer Jiménez. Disponible en: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/doctrina.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

Es de anotar, que tanto el Comité de Derechos Humanos como la CIDH, tiene como fines legítimos de la detención: la prevención de la fuga, la prevención de la alteración de los medios de prueba y la reincidencia<sup>166</sup>. Dictaminó igualmente la CIDH en el caso Jorge Luis Bronstein c Argentina, que es necesario tomar en cuenta las características personales del acusado a efectos de evaluar la posibilidad de la fuga<sup>167</sup> y el riesgo de reincidencia<sup>168</sup>. En ese mismo caso puso de presente la Corte, que la decisión de imponer o prolongar la detención preventiva, debe fundamentarse en un examen objetivo de los hechos y no apoyarse en meras presunciones aplicadas mecánicamente<sup>169</sup>.

En cuanto al tema de la detención preventiva en procesos prolongados, señaló la CIDH:

---

<sup>166</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Jiménez c Argentina (1996) Disponible en: <https://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Sargentina12-96.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

<sup>167</sup> En el caso Bronstein, respecto del peligro de fuga se dijo, en los párrafos 28, 29 y 30: "...La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia, sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva[...]. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible Sentencia prolongada. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada".1996 Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

<sup>168</sup>En cuanto al Riesgo de comisión de nuevos delitos, se expuso en el párrafo 32 que: "... cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad". Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

<sup>169</sup> Respecto de este punto se precisó en los párrafos 27 y 34 de la decisión que: "...No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo[...]. La Comisión considera que no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado". Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm> Fecha de Consulta:13 de enero de 2016

“... Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la Sentencia... El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado”<sup>170</sup>.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó de ilegal la detención a la luz del artículo 7º de la Convención, cuando los Tribunales Nacionales competentes ordenaran la puesta en libertad del detenido y esta no se ejecutara<sup>171</sup>.

Respecto de la protección a la libertad personal estatuida por los tratados de Derechos Humanos, se encuentra un rasgo distintivo con la Constitución de 1991, pues ni el artículo 7º de la CADH ni el artículo 9º del PIDCP exigen la adopción de medidas restrictivas de la libertad ordenadas por una autoridad judicial. Por ende, el ordenamiento constitucional colombiano cuando consagra la reserva de la jurisdicción como garantía al derecho de libertad, supone al mismo tiempo, una garantía superior a la prevista en los estándares internacionales de Derechos Humanos.

---

<sup>170</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bronstein, párrafos 28 y 35. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

<sup>171</sup> En el caso Lizardo Cabrera c Republica Dominicana, la CIDH concluyó en el párrafo 63 que la detención de la víctima había sido ilegal porque “se prolongó pese a que cuatro tribunales, en distintos momentos, habían ordenado su liberación inmediata” Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/RD10.832.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

## **6.7. ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: –LOS CONVENIOS DE GINEBRA.**

Estas normas de Derecho Internacional Humanitario, fueron aprobadas el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerra<sup>172</sup>. En Colombia entró en vigor el 8 de mayo de 1962, en virtud de la Ley 5 de 1960; cuyo contenido es el siguiente: Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, regula el trato de los prisioneros de guerra y el Cuarto Convenio, sobre protección de personas civiles en tiempo de guerra<sup>173</sup>.

Este cuerpo normativo ha sido complementado por dos protocolos adicionales: El Protocolo Adicional I que alude a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, aprobado el 8 de junio de 1977 y aceptado como legislación interna en Colombia por la Ley 11 de 1992, con vigor a partir del 1 de marzo de 1994 y el Protocolo Adicional II que trata de la protección de las víctimas de conflicto armado interno, aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 15 de febrero de 1996 en virtud de la Ley 171 de 1994.

---

<sup>172</sup> Respecto del Derecho Internacional Humanitario, señala el profesor Zaffaroni que en ningún momento intenta construir una teoría a partir de la legitimación de la guerra, pues se limita a reconocer la guerra como simple Factum. ZAFFARONI, Eugenio Óp. Cit. p. 208.

<sup>173</sup> Para el año 1997, eran parte de los Cuatro Convenios de Ginebra, 188 Estados.

Estos instrumentos internacionales no hacen un reconocimiento expreso de manera concreta y específica del derecho a la libertad personal, ni precisan sus elementos claves para su concreción y definición, tal como se colige de la simple lectura de sus textos. Sin embargo, establecen la posibilidad de afectar el derecho, cuando se ocupan de establecer modalidades de privación de la libertad y de consagrar garantías para las personas detenidas en los conflictos armados.

En ese orden de ideas, los Convenios de Ginebra III y IV y el Protocolo Adicional I, se aplican en el marco de conflictos armados internacionales, a personas detenidas en calidad de prisioneros de guerra e internados civiles. Mientras que el artículo 3º de los Convenios, el Protocolo Adicional II y el DIH Consuetudinario reglan la detención de personas con relación a los conflictos armados no internacionales.

Sobre el tema de la privación de la libertad, desde la arista de los conflictos armados internacionales se tiene que de acuerdo con el artículo 4º, del III Convenio de Ginebra, la persona capturada que cae en poder de una potencia enemiga, adquiere el estatus de prisionero de guerra; quienes por lo general, suelen ser los miembros de las fuerzas armadas de una de las partes en conflicto que cae en poder del adversario. No obstante, el Convenio establece otra categoría de personas que pueden ser tratadas como prisioneros de guerra<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup>Así tenemos que el artículo 4, literal A, del Convenio III, habla de los miembros de las milicias y de los cuerpos voluntarios, que formen parte de las fuerzas armadas. De igual manera los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos

La privación de la libertad de los prisioneros de guerra, es una medida de carácter protector. De modo que no puede ser vista como una venganza o un castigo, pues el propósito de la custodia es evitar que sigan participando en el conflicto; por ello, al terminar las hostilidades deben ser liberados y repatriados<sup>175</sup>. Tampoco pueden ser enjuiciados por participar en las hostilidades y por actos de violencia que son lícitos, sólo es posible acusarlos por crímenes de guerra<sup>176</sup>.

Asimismo se deduce del III Convenio de Ginebra, que este se ocupa de establecer las normas que definen y regulan las condiciones mínimas para la detención, como los lugares y las modalidades del internamiento, la restricción de la libertad de movimiento, su seguridad, el alojamiento, su alimentación y

---

movimientos de resistencia organizados, siempre y cuando se reúnan los requisitos que allí se establecen. También pueden adquirir el estatuto de prisionero de guerra las personas que sigan a las fuerzas armadas sin ser realmente integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto, asimismo los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; y la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra. Por su parte el literal B, de la precitada norma, determina que también se benefician del trato reservado a los prisioneros de guerra, las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo, o cuando hagan caso omiso de una intimidación que les haga por lo que atañe a su internamiento; así como las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo que hayan sido recibidas en su territorio por Potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional.

<sup>175</sup>PRISIONEROS DE GUERRA Y OTRAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD. [On line] (29-10-2010). Disponible en: <<https://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/prisoners-war/over-view-detainees-protected-persons.htm>> Fecha de Consulta: 28 de Noviembre de 2014.

<sup>176</sup>El artículo 99 del III C.G. estipula "...Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto..."

vestimenta, la asistencia médica, la higiene y el trato humano que se les debe brindar, entre otros.

En el plano de la regulación de los conflictos armados internacionales, existe otra modalidad de privación de la libertad, que se prevé por una necesidad imperiosa de seguridad, cuando una parte en conflicto somete a los civiles a internamiento o residencia forzada. Así lo dispuso el artículo 42 del IV C.G. que establece los motivos para el internamiento o la residencia forzosa. Internamiento voluntario: El internamiento o la residencia forzosa de las personas protegidas no podrá ordenarse más que si la seguridad de la Potencia en cuyo poder estén lo hace absolutamente necesario.

En este contexto, la seguridad como causal de privación de la libertad por parte de los estados, se torna problemática dada la indeterminación de su contenido conceptual que permite un alto margen de discreción para interpretar las amenazas que se consideran en contra de la seguridad.

La limitación a la libertad mediante internamiento en el Derecho Internacional Humanitario, es un medio de control excepcional en los conflictos armados con el objetivo de proteger la seguridad de los Estados<sup>177</sup>. No tiene carácter sancionatorio

---

<sup>177</sup>PEJIC, Jalena. Principios y Garantías Procesales Relativas al Internamiento o Detención administrativa en Conflictos Armados y otras situaciones de Violencia Interna. [On line]. Disponible en: <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6guk92.htm>> Fecha de Consulta: 28 de Noviembre de 2014.

y no puede ser utilizada como forma de castigo; por eso, una vez desaparecidas las razones para el internamiento, la persona debe ser liberada<sup>178</sup>.

En cuanto al trato y a las condiciones de los internados civiles, el artículo 75 del protocolo I a los Convenios de Ginebra estipula cuáles son las garantías fundamentales a aplicar<sup>179</sup>. Estas son similares a las previstas para los prisioneros

---

<sup>178</sup>Al respecto el artículo 75 numeral 3 del Protocolo I, dispone: “Garantías Fundamentales... Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento...”

<sup>179</sup> En efecto, el artículo 75 consagra: “Garantías Fundamentales. 1. Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. Cada Parte respetará la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas esas personas.2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular) el homicidio; ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental; iii) las penas corporales; y iv) las mutilaciones; b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; c) la toma de rehenes; d) las penas colectivas; ye) las amenazas de realizar los actos mencionados.3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de Sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes: a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, e l infractor se beneficiará de esa disposición; d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; g) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; h) nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una Sentencia firme, condenatoria o absolutoria i) toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la Sentencia sea pronunciada públicamente; y j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.5. Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los

de guerra. A pesar de la existencia de la regulación normativa que hace el IV Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I a la figura de la internación o residencia forzosa, se evidencia en estos instrumentos internacionales falencias en la reglamentación; toda vez que no se determina de manera concreta y suficiente los derechos procesales de los internados, ni se especifica cuál es el marco legal a seguir por la autoridad detenedora<sup>180</sup>.

En relación con los conflictos armados no internacionales, se encuentran referencias al derecho a la libertad personal, mediante la prohibición de formas violatorias del derecho a la libertad, de carácter ilegal, cuando dispone en el artículo 3, literal b, común a los cuatro convenios de Ginebra, la prohibición de la toma de *rehenes*<sup>181</sup>. Tema que excede el ámbito de estudio pero que por ello no

---

hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.6. Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento.7. A fin de evitar toda duda en cuanto al procesamiento y juicio de personas acusadas por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se aplicarán los siguientes principios: a) las personas acusadas de tales crímenes deberán ser sometidas a procedimiento y juzgadas de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional; y b) cualquiera de esas personas que no disfrute de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo, recibirá el trato previsto en el presente artículo, independientemente de que los crímenes de que se la acuse constituyan o no infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo.8. Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional.

<sup>180</sup>PEJIC, Jalena. Óp. Cit. p. 2.

<sup>181</sup>No sólo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, prohíbe la toma de rehenes, también esta proscrita esta práctica, por el artículo 34 del IV C.G, Artículo 75.2.c del Protocolo Adicional I y en el artículo 4.2c del Protocolo adicional II. Estos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario, a pesar de consagrar la toma de rehenes como un crimen de guerra no precisan el concepto del mismo, vacío que debe ser subsanado con la legislación interna de los Estados, quienes deberán tipificar como delito tal conducta, por supuesto, respetando el fin y el objeto del correspondiente instrumento internacional. La Convención Internacional contra la toma de Rehenes, aprobada en Colombia mediante la ley 837 de julio 16 de 2003, en su artículo 1 define el concepto de toma de rehenes teniendo en cuenta dos elementos, el primero que lo considera un acto delictivo y el segundo que atañe al propósito del acto, al prescribir que: "... comete ese delito quien se apodere de otra persona o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, se trate de un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a realizar o no una acción como condición explícita o implícita para la liberación del rehén...". En consecuencia, se entiende que hay toma de rehenes cuando la privación de la libertad, va seguida de una amenaza contra la vida o la integridad física, o la libertad de la

se puede dejar de mencionar. Es importante tener en cuenta que también existen en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario restricciones a la libertad que resultan transgresoras de los estándares internacionales de protección del derecho a la libertad.

De igual forma, el Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra –que aborda la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional– también se refiere al derecho de la libertad personal, en el título II. Trato humano, artículo 4º garantías fundamentales, numeral 1, cuando establece que estas cubren a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad.

Asimismo el artículo 5º sobre las personas privadas de la libertad, dispone en su numeral 1, además de las disposiciones del artículo 4, se respetarán como mínimo, en lo que se refiere a las **personas privadas de la libertad** por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén **internadas o detenidas**, una serie de disposiciones incluyendo dentro de ellas reglas relacionadas a las condiciones

---

persona a fin de obtener concesiones de una tercera parte. La Convención contra la toma de Rehenes excluye de su aplicación y alcance a las tomas de rehenes puramente internas, es decir sin repercusiones de carácter internacional, de ahí que desde la esfera del derecho internacional humanitario, le corresponderá, en primer lugar, a cada Estado investigar y sancionar los casos de toma de rehenes que se cometan durante una situación de conflicto armado interno. Por otra parte, en el país se ha consagrado en el artículo 148 del C.P. como conducta punible la toma de rehenes, y en el estudio de constitucionalidad de la convención contra la toma de Rehenes, la Corte Constitucional en punto a la aplicación de la convención precisó: “...en relación con los ámbitos territorial y personal de aplicación de la Convención, el artículo 13 de la misma dispone expresamente su inaplicación cuando el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado. De tal suerte que el instrumento internacional apunta es a la prevención y sanción de comportamientos graves que trascienden las fronteras nacionales, con implicaciones internacionales y no sólo locales...”

de su internamiento o detención<sup>182</sup>. En ese mismo sentido se pronuncia el numeral 2, del mencionado artículo que se dirige a los responsables del internamiento o la detención de las personas<sup>183</sup>.

Adicionalmente, el numeral 3 del artículo 5º, establece que las personas que no estén comprendidas en el párrafo 1, pero cuya libertad se encuentre restringida, sin importar la forma en que se presente dicha restricción y por motivos relacionados con el conflicto armado, serán tratados humanamente. Luego el numeral 4 de la misma disposición prescribe que si se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, quienes tomen esta decisión deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de tales personas.

Es más, el Protocolo II en su artículo 6º sobre diligencias penales, en el numeral 5 alude a la privación de la libertad cuando establece que en el momento en el que cesen las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder

---

<sup>182</sup>Relacionando en primer lugar: a) los heridos y enfermos serán tratados de conformidad con el artículo 7;b) las personas a que se refiere el presente párrafo recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado; c) serán autorizadas a recibir socorros individuales o colectivos; d) podrán practicar su religión y, cuando así lo soliciten y proceda, recibir la asistencia espiritual de personas que ejerzan funciones religiosas, tales como los capellanes; e) en caso de que deban trabajar, gozarán de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local.

<sup>183</sup>El numeral 2 del artículo 5, Dispone: En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1 respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas: a) salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común, las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres; b) dichas personas serán autorizadas para enviar y recibir cartas y tarjetas postales, si bien su número podrá ser limitado por la autoridad competente si lo considera necesario; c) los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate. Las personas a que se refiere el párrafo 1 serán evacuadas cuando los lugares de internamiento o detención queden particularmente expuestos a los peligros resultantes del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad; d) dichas personas serán objeto de exámenes médicos; e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.

la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Pese a la regulación normativa sobre el internamiento de personas en los conflictos armados no internacionales, en los diferentes instrumentos que conforman el Derecho Internacional Humanitario, estas normas no se ocupan de brindar una definición de esta limitación de la libertad. Tampoco es clara la forma como debe operar esta restricción del derecho a la libertad personal, pues no hay disposición que se encargue de determinar cómo se va a organizar la ejecución de la misma, ni cuáles son los principios y garantías procesales a tener en cuenta; salvo el requisito del trato humano. Es más, el artículo 3 común de los convenios no trae norma que reglamente la organización del internamiento.

A fin de superar estas dificultades se ha recurrido al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como cuerpo normativo complementario del Derecho Humanitario. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido en la opinión de Julio de 2004, que el Derecho Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos no se excluyen mutuamente<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup>Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, en donde la Corte Internacional de Justicia, expreso en el párrafo 106. Mas en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de Derechos Humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los Derechos Humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los Derechos Humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en

Postura sostenida por Jalena Pejic, cuando afirma que:

“los Derechos de las personas internadas por razones de seguridad en conflictos armados —internacionales o no internacionales- pertenecen a la categoría de derechos que, en términos de la CIJ, “pueden estar contemplados” en ambas ramas del derecho. Habida cuenta de la mencionada falta de normas relativa al internamiento de personas en conflictos armados no internacionales, es preciso recurrir al derecho de los Derechos Humanos a la hora de constituir una lista de principios y garantías procesales para regular el internamiento en esos conflictos”<sup>185</sup>.

### **6.7.1. RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD POR GRUPOS ARMADOS DE OPOSICIÓN.**

Otro punto problemático, desde la perspectiva de los conflictos armados no internacionales, entorno al derecho de la libertad personal se presenta por la restricción a la libertad que ejecutan los grupos armados de oposición (no estatales) en el caso de los conflictos armados internos; en tanto que no está prohibida por el Derecho Internacional Humanitario, pero tampoco establece los móviles que pueda dar lugar a esta práctica.

Se entiende por grupos armados no estatales aquellos actores armados disidentes frente al gobierno del Estado que sostienen operaciones militares concertadas en una parte del territorio sobre el cual ejercen control. Concepto que ha sido cuestionado por Mario Laborie Iglesias, por ser restrictivo y no reflejar la

---

consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los Derechos Humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario.

<sup>185</sup>PEJIC, Jalena. Óp. Cit. p. 3.

complejidad del fenómeno. Por ello reclama la construcción de un concepto más amplio que incluya la multiplicidad de actividades desarrolladas por estos grupos que en algunas oportunidades se encuentran solapadas con las de gobiernos u otros actores no estatales<sup>186</sup>.

Las dificultades de orden legal que se presentan en este tema, están relacionadas con el momento de especificar y determinar qué normas son las que van a regular el trato, las condiciones de detención y el debido proceso de las personas detenidas por los grupos armados de oposición; debido a que pese a la vinculación de los grupos de oposición al Derecho Internacional Humanitario, el derecho convencional de los conflictos armados no internacionales no es claro en la forma como debe operar esta restricción del derecho a la libertad personal, ni la ejecución de la misma, ni cuáles son los principios y garantías procesales a tener en cuenta en relación con el internamiento.

Ahora bien, si se piensa en la aplicación del derecho Internacional de los Derechos Humanos, es de anotar que este sólo vincula a los Estados partes en los tratados internacionales, dejando por fuera de la vinculación a los grupos no estatales, con el riesgo que estos rechacen la aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por tratarse de una reglamentación creada para los Estados.

---

<sup>186</sup>Consultar: ESPAÑA. MINISTERIO DE DEFENSA. Actores Armados no Estatales, retos a la seguridad Global, en el Capítulo I, Autores Armados no Estatales y Modelos de estado. [On line]. Junio de 2011, p. 43, Disponible en: <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE\\_152\\_ActoresArmadosNoEstatales.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_152_ActoresArmadosNoEstatales.pdf)> Fecha de Consulta: 1 de Diciembre de 2014.

La restricción a la libertad que ejecutan los grupos armados de oposición (no estatales)<sup>187</sup>, reviste importancia dentro del contexto nacional, debido a que los grupos insurgentes en Colombia como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), han llevado a cabo en repetidas ocasiones la práctica de privación de la libertad.

En Colombia, siempre se ha afirmado por parte del gobierno nacional que toda retención de la guerrilla constituye el delito de secuestro. Razón por la cual nunca se ha legislado sobre la privación de la libertad realizada por los grupos insurgentes. No obstante, surge la necesidad de regular esta realidad por dos razones: primero, por motivos humanitarios que le permiten a organismos internacionales como la Cruz Roja, intervenir en este contexto para proteger a los privados de la libertad y en segundo lugar, porque ya se ha reconocido que el país enfrenta un conflicto armado interno sin admitir que se trata de una guerra civil.

Por ello es indispensable que en el país se legisle sobre estas situaciones de hecho, como una respuesta humanitaria a la práctica de los grupos insurgentes de privar de la libertad a las personas. De esta forma, los actores humanitarios podrían intervenir sin ninguna restricción en los casos en donde los detenidos se encuentren en estado de vulnerabilidad

---

<sup>187</sup> De acuerdo con el DIH, en el caso de los conflictos armados internos, se entiende por grupos armados no estatales aquellos actores armados disidentes frente al gobierno del Estado que sostienen operaciones militares concertadas en una parte del territorio sobre el cual ejercen control. Concepto que ha sido cuestionado por Mario A. Laborie Iglesias, por ser restrictivo y no reflejar la complejidad del fenómeno, reclamando la construcción de un concepto más amplio que incluya la multiplicidad de actividades desarrolladas por estos grupos que en algunas oportunidades se encuentran solapadas con las de gobiernos u otros actores no estatales. *Ibid.* p. 43.

## **6.8. ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (ESTATUTO DE ROMA)**

El Estatuto fue adoptado en el marco de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la Naciones Unidas, el 17 de julio de 1998 en Roma. En el ordenamiento Colombiano se incorporó a partir del Acto Legislativo 2 de 2001<sup>188</sup>, artículo 1 que adiciona el artículo 93 de la Carta Política, para facultar constitucionalmente la aceptación de la Corte Penal Internacional y autorizar un tratamiento diferente para los crímenes de competencia del Estatuto de Roma, el cual se aprueba mediante la Ley 742 de 2002.

La Corte Penal Internacional es un organismo con jurisdicción internacional, creado con el fin de combatir la impunidad, mediante la lucha internacional contra la criminalidad que afecta a todo el género humano; contemplados en los Derechos Humanos, las leyes de la guerra y del Derecho Internacional Humanitario. Su objetivo es juzgar a quienes sean responsables de cometer

---

<sup>188</sup>Con la reforma se autoriza al “Estado colombiano” para “reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional” y para hacerlo exactamente en los “términos previstos en el Estatuto de Roma”, asimismo se faculta al Estado para “ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”, de igual forma se permite “la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución” y además limita los alcances de dicho tratamiento diferente, al señalar que éste “tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada” en el Estatuto de Roma. Ver SC- 578 de 2002, párrafo VI.

genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión<sup>189</sup> y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional.

Este instrumento aborda el derecho a la libertad en el artículo 7º, al ocuparse de los crímenes de Lesa Humanidad; específicamente, en su numeral 2, literal e, cuando trata de la *encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional* y en el literal i, cuando habla de la Desaparición Forzada de personas, como *la aprehensión, la detención o el secuestro* de personas por un Estado o una organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de la libertad. También alude a la libertad en el artículo 8º al regular los crímenes de guerra, concretamente, en el literal a, numeral VIII, literal c numeral III cuando habla de toma de *rehenes*.

Asimismo el Estatuto de Roma, en la parte V, sistematiza las normas atinentes a la investigación y enjuiciamiento a través de un conjunto de reglas de procedimiento bajo las cuales se deben investigar tales crímenes para luego ser juzgados por la Corte. En el artículo 55 se incluyen los derechos de las personas durante la investigación, señalando en el literal d, la garantía del principio de legalidad en relación con la privación de la libertad, cuando dispone que nadie podrá ser sometido a arresto o detención arbitrarios ni a ser privado de su libertad;

---

<sup>189</sup>En el caso de este crimen, la Corte ejercerá su jurisdicción sólo de conformidad con lo que establecen los artículos 5, 121 y 123 del Estatuto de Roma.

salvo por los motivos previstos por el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

Posteriormente en el artículo 58 del Estatuto, se reglamenta la orden de detención contra una persona, indicando en su numeral 1, que la autoridad competente para emitir la orden es la Sala de Cuestiones Preliminares a solicitud del Fiscal, siempre y cuando estuviere convencida tras examinar la solicitud, las pruebas y toda información presentada por el Fiscal, que: a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y b) La detención parece necesaria para: i) Asegurar que la persona comparezca en juicio; ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

En el numeral 2 del mismo artículo, se señalan los requisitos que debe contener la solicitud del fiscal respecto a la orden de detención. Seguidamente en el numeral 3, se indican los elementos que deben registrarse en la orden de detención, la cual seguirá en vigor mientras la Corte no disponga lo contrario. Después en el numeral 6, se otorga la facultad a la Corte –con base en la orden de detención– de solicitar la detención provisional o la detención o entrega de la persona de conformidad con la parte IX del Estatuto que regula la cooperación internacional y la asistencia judicial de los Estados partes.

Por su parte, el artículo 59 establece el proceso de detención, advirtiendo en su numeral 1, que el Estado Parte que haya recibido una solicitud de detención provisional o de detención y entrega tomará inmediatamente las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno y con lo dispuesto en la Parte IX del presente Estatuto.

Una vez detenida la persona, el numeral 2 del mencionado artículo indica que el detenido será llevado sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado que haya realizado la detención, quien determinará si de conformidad con el derecho interno: a) La orden le es aplicable; b) La detención se llevó a cabo conforme a derecho; y c) Se han respetado los derechos del detenido.

Sin embargo, el detenido tendrá derecho a solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega, según lo reglamente el numeral 3 del artículo 59. Dicha solicitud, conforme a lo establecido en el numeral 4, se debe tomar en consideración por parte de la autoridad competente del Estado de detención examinando si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte. Esa autoridad no podrá examinar si la orden de detención fue dictada conforme a derecho con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 58.

Según el numeral 5 del artículo 59, la Sala de Cuestiones Preliminares será notificada de la solicitud de libertad provisional, quien hará recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención; las cuales, antes de adoptar una decisión, deben ser tenidas en cuenta por la autoridad competente del Estado de detención, incluidas las relacionadas con las medidas para impedir la evasión de la persona, en caso de concederse la libertad provisional. Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá solicitar informes periódicos al respecto, de acuerdo con lo normado en el numeral 6 del artículo 59.

Finalmente, el artículo 59 numeral 7 establece que es el Estado de detención el que ordena la entrega del detenido y después de ello, la persona ha de ser puesta a disposición de la Corte tan pronto como sea posible.

Así las cosas, el Estatuto de Roma, establece dos formas de privación de la libertad con el fin de garantizar la comparecencia de las personas a quien se le imputa la comisión de un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, a saber: i) la emisión de una **orden de detención** de conformidad con el artículo 58 del Estatuto de Roma; y (ii) la emisión de una **orden de detención provisional** o la detención y entrega de conformidad con los artículos 58, párrafo 5<sup>190</sup>, pero no se ocupa de definir el concepto de libertad personal.

---

<sup>190</sup>Además los artículos 89, 91 y 92 del Estatuto de Roma, regulan el procedimiento para la entrega de personas a la Corte, el contenido de la solicitud de detención y entrega y la detención provisional

Respecto a la legalidad de las detenciones previstas en los artículos 58 y 59 del Estatuto de Roma, la Corte Constitucional ha precisado que no puede ser considerada una detención ilegal; ya que es el resultado de una determinación de la Corte Penal Internacional, cuya competencia ha sido expresamente reconocida en la Constitución (artículo 93 CP) y que, según las disposiciones del Estatuto de Roma, respeta los derechos del sindicado, quien ha de contar, en estos eventos, con la asesoría de un abogado y además cuenta a su disposición con recursos para solicitar la libertad provisional durante esta etapa del proceso anterior a su entrega.

Agrega la Corte, que tampoco es susceptible la presentación de un recurso de *habeas corpus*, pues la orden de la Sala de Cuestiones Preliminares se convierte en una medida legal de detención de alguien cuyas acciones han sido tomadas en cuenta para efectos de su entrega a la Corte Penal Internacional en los términos y con las garantías contenidas en el Estatuto. Por ello, no se podría aplicar a tales medidas, el mismo conjunto de requisitos de orden meramente legal exigido en procedimientos nacionales internos. En otras palabras, en esta materia existen ámbitos propios y separados, según sea la autoridad que haya ordenado originalmente la detención<sup>191</sup>.

Actualmente La Corte Penal Internacional está investigando situaciones en Uganda, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana, Darfur

---

<sup>191</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC- 578-02. M.P. Manuel José Cepeda párrafo 11.2

(Sudán), Kenya, Libia, Costa de Marfil y Mali<sup>192</sup>. Ha emitido 26 órdenes de detención, de las cuales se han efectuado 8 y se han detenido 10 personas<sup>193</sup>. Al respecto, la dificultad que se presenta para hacer efectivas las órdenes de detención proferidas por la Corte Penal Internacional deriva de la imposibilidad de sus funcionarios para detener a los imputados a quienes se les emite órdenes de detención.

La responsabilidad en la ejecución de las órdenes de detención emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares recae en las autoridades territoriales. Por consiguiente, la cooperación internacional y la asistencia judicial<sup>194</sup> resultan necesarias para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional y el cumplimiento de las órdenes de detención.

El caso más representativo que tramita la Corte Penal Internacional, es contra el presidente de Sudan Omar Hassan Ahmad Al Bashir<sup>195</sup>, primer jefe de Estado en ejercicio acusado por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Sobre este mandatario pesan dos órdenes de detención<sup>196</sup> proferidas

---

<sup>192</sup>Consultar en : [www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/TheCourtTodaySpa.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/TheCourtTodaySpa.pdf)

<sup>193</sup>En la República Democrática del Congo se ha detenido a: Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, y Bosco Ntaganda, en la República Centroafricana: Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Fidèle Babala Wandu, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, y Narcisse Arido; y en Costa de Marfil: Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé.

<sup>194</sup>El Estatuto de Roma en su parte IX establece normas que reglamentan la cooperación internacional y la asistencia judicial, dentro del cual se consagra en el artículo 86 las obligaciones de cooperación para los Estados Partes, y en los artículos siguientes se especifican algunas obligaciones. Como las previstas en el artículo 88, que demanda a los Estados la obligación de prever, en el derecho interno procedimientos para cada una de las formas de cooperación que se especifican en la parte IX7, entre otras.

<sup>195</sup>En una resolución del 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad remitió la situación en Darfur al fiscal de la CPI para su investigación y enjuiciamiento. Siendo el primer caso remitido por Consejo de Seguridad a la CPI, luego de las recomendaciones de una comisión internacional de investigación, que comprobó la existencia continua de violaciones del derecho internacional humanitario y de Derechos Humanos en Darfur y que el sistema de justicia sudanés carecía de la capacidad y la voluntad para abordar dichos crímenes.

<sup>196</sup> La Primera emitida el 4 de marzo de 2009 y la otra el 12 de julio de 2010

por la Sala de Cuestiones Preliminares, que no se han podido ejecutar por la falta de interés de los Estados miembros para hacerla efectiva. De esta forma se incumplen los mandatos de cooperación y buena disposición que establece el Estatuto de Roma a sus miembros.

El 15 de Junio el presidente sudanés asistió a la Cumbre de la Unión Africana en Johannesburgo en Sudáfrica, Estado miembro de la Corte Penal Internacional y por ende, con la obligación de detenerlo. Sin embargo se opuso al arresto, aprobando un decreto para garantizar la impunidad de todos los líderes africanos que participaron en la cumbre. Así Omar Hassan Ahmad Al Bashir, pese a la orden que le impedía salir del país tuvo la oportunidad de abandonarlo<sup>197</sup>.

La anterior situación ejemplifica que la Corte Penal Internacional carece de fuerza vinculante a la hora de hacer efectivas sus decisiones por parte de los Estados miembros. Para superar este escollo, los Estados deben dar cumplimiento al artículo 88 del Estatuto de Roma, con el fin de asegurar que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación consagradas en este instrumento internacional. Por lo tanto, es indispensable que en los Estados miembros de la Corte Penal Internacional, se establezcan procedimientos específicos, eficaces, ágiles y oportunos acordes con las necesidades internacionales de cooperación, como las previstas en el artículo 58 y 59 del tratado de Roma asociadas a las órdenes de detención

---

FERRER, Isabell. La Haya. [on line] El País, España. Fecha de publicación: Junio 2015. Disponible en:<URL:www.elespectador.com/noticias/elmundo/cpi/un/ente/sin/apoyo/articulo-566696>.Fecha de Consulta: 16 de junio de 2015.

## II. LA RETENCIÓN

En este apartado se procede a estudiar desde la arista de la configuración constitucional del derecho a la libertad personal, las restricciones momentáneas a la libertad en aras a establecer si esta limitación transitoria de la libertad, afecta el ejercicio del derecho; dado que La doctrina y la jurisprudencia en Colombia no han abordado el análisis de la figura de la retención como supuesto de privación de la libertad conforme a los parámetros consagrados en el artículo 28 de la Constitución de 1991.

### 2.1. CONCEPTO

La retención es una medida que no comporta privación de la libertad en forma continua ni mediante la fuerza física; por el contrario, sufre una paralización e inmovilización breve, de poca intensidad y corta duración. Desde la arista constitucional, es importante dilucidar si la restricción momentánea de la libertad personal, se constituye en supuesto de privación de la libertad; ya que los límites a su ejercicio han sido denominados por el artículo 28 superior como: detención, prisión y arresto.

Con relación a su concreción conceptual, se debe anotar que la detención es una medida que no puede equipararse con la retención, pues se diferencian en el grado de afectación al derecho a la libertad, en las condiciones de tiempo, modo

y lugar en que se aplican y sobre todo, en su duración. De manera que detención es grave e intensa y se practica dentro del proceso penal mientras que la retención es de carácter leve, de corta duración, encaminada a la actividad preventiva que realizan las autoridades policiales en cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 218 constitucional en su inciso 2º –sobre el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz<sup>198</sup>.

Así las cosas, se puede concluir que la medida de retención –al igual que la de detención– restringe la libertad personal y comporta un límite a la libertad, aunque sea por poco tiempo. No obstante, se considera que las restricciones momentáneas de la libertad personal (retención) no interfieren en el ejercicio del derecho y por ende, no requieren el cumplimiento del requisito de la reserva judicial prevista en el artículo 28 superior. Mientras que la detención, por suponer una efectiva afectación de la libertad física que limita su ejercicio, debe gozar de la garantía del mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

En el ámbito español, por ejemplo, el concepto y contenido de la retención como límite de la libertad personal, se ha estudiado a partir de la distinción entre la privación y restricción de la libertad atendiendo a la naturaleza jurídica de los conceptos, a sus efectos, duración y modos de ejecución de la medida.

---

<sup>198</sup>El artículo 218 de la Constitución Nacional establece que: "...La policía nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz...".

Pero la discusión sobre este tema no ha sido pacífica, presentándose tesis divergentes. De conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se sostiene la tesis que existe una diferencia entre la detención y la retención con base en el precedente contenido en la Sentencia del asunto Guzzardi, donde se concluyó que la retención es una medida limitativa de la libertad de carácter leve, poco intenso, que se realiza con el objeto de llevar a cabo averiguaciones vinculadas con la función preventiva con miras a la protección de la seguridad ciudadana. En contraste, la detención es una privación de libertad grave e intensa que puede estar vinculada a un proceso penal o a otros casos establecidos previamente por la ley<sup>199</sup>.

Otros por su parte, llegan a la conclusión de que ambos conceptos gozan de la misma naturaleza y por ende, la libertad permite además de la detención y la prisión otras formas diferentes de privación. Aunque ambas compartan la misma naturaleza poseen características propias que las diferencian; toda vez que la retención es de carácter leve, poco intensa, encaminada a la actividad preventiva mientras que la detención es grave e intensa y se practica dentro del procedimiento penal<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup>BANACLOCHE PALAO, julio. La libertad Personal y sus limitaciones. Madrid: Ed. Ciencias Jurídicas, 1996. p.142 y ss.

<sup>200</sup> Así encontramos, que García Morillo apela para resolver la cuestión a la determinación de la naturaleza jurídica de los conceptos, respecto a su identificación o diferencia; argumentando; que si son, distintos no se permite formas limitativas diferentes de la libertad que la detención y la prisión pero si son de idéntica naturaleza es posible que el artículo 17 de la C.E. admita otras formas de privación diferentes, protegidas por el inciso primero, mientras que los restantes son destinados a resguardar la detención y la prisión. GARCÍA MORILLO, Joaquín. Óp. Cit. p. 45.

Finalmente, otras tesis equiparan la retención con la detención, identificando toda situación fáctica de privación de movimiento, por mínima que sea, con la detención. De modo que se atiende solamente al contenido material del hecho y al significado gramatical del lenguaje, sin tomar en consideración los caracteres normativos y sociales de la aplicación del supuesto normativo que las consagra en virtud de sus efectos, su ejecución, su duración y su naturaleza<sup>201</sup>.

Frente a las actuales dinámicas de la vida moderna que presentan diversas y complejas modalidades fácticas que amenazan la libertad y la colocan en un constante peligro, a través de prácticas que no cercenan en su totalidad el derecho, pero lo permean, lo tocan, es posible afirmar que entre la privación de la libertad y la libertad existen zonas intermedias donde se ubican figuras que afectan el ejercicio de la libertad personal con poca intensidad. De ahí que sea indispensable una regulación específica y concreta de dichas situaciones; con el objetivo de que la autoridad garante de la protección de los derechos fundamentales de las personas, tenga delimitado de manera clara su marco de acción y de poderes, como una forma de proteger al ciudadano contra los abusos de las autoridades.

### **2.1.1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

---

<sup>201</sup> Sostienen esta postura entre otros, Joan Josep Queralt. La Detención de Indocumentados: El Art.20.2 LOPSC en Estudios de Jurisprudencia Colex, No.8, año II, 1993. p. 119 – 134, QUERALT, Joan Josep. Óp. Cit. p. 74 ss., PEDRAZA PENALVA, Ernesto. Óp. Cit. p. 88, PORTILLAS CONTRERAS, Guillermo. “Desprotección de la libertad y seguridad personal”. En: *Seguridad ciudadana materiales de reflexión crítica sobre la ley concuera*, Madrid: Ed. Trota, 1993. p.104. QUERALT, Joan.Josep. Óp Cit. p.148, GIMBERNAT ORDEIG, E. Observaciones a la ley de seguridad ciudadana, en ensayos penales. p. 152 y ss.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido y alcance de las figuras de la detención y la retención. En el análisis de constitucionalidad de algunas normas del Decreto 1355 de 1970, ha precisado que la retención no es equivalente a la detención preventiva que consagra el artículo 28 superior, pues se diferencia en el grado de afectación del derecho a la libertad porque es menos intensa, leve y de corta duración. Además su finalidad es de carácter preventivo, sobre la base de motivos fundados, objetivos y ciertos, tal como lo expuso en la Sentencia C-199 de mayo 13 de 1998, que analizó la figura de la retención transitoria prevista en el Decreto 1355 de 1970, artículo 207<sup>202</sup>.

Después, en la SC-176 de 2007 sostuvo que la retención limita el derecho a la libertad o a la libre circulación por períodos muy cortos de tiempo, para prevenir la ocurrencia de delitos o de conductas que afecten derechos de terceros. Sin embargo, no se constituye en una modalidad de detención preventiva por tratarse de una restricción momentánea del derecho a la libertad. Citando a la Corte:

“(…) De hecho, como se dijo en precedencia, la naturaleza esencial de la actividad de policía está dirigida a prevenir conductas que buscan evitar el abuso de los propios derechos o la afectación de los derechos de las demás personas. **Por ese hecho, es evidente que, aquellos casos en los que las autoridades de policía limitan el derecho a la libertad o la libre circulación por períodos muy cortos de tiempo, para prevenir la ocurrencia de delitos o de conductas que afecten derechos de terceros, no se está en presencia de la captura por orden administrativa que regula la norma acusada, sino de la restricción momentánea del derecho a la libertad que reglamentan otras disposiciones, cuyo control de constitucionalidad no corresponde a la Corte en esta oportunidad porque no**

---

<sup>202</sup>Consideró la Corte que el servidor público uniformado de la policía, sujeto de la agresión, podía acudir ante la autoridad competente para que se investigara la conducta del infractor, por el irrespeto, la amenaza o la provocación de la que hubiera sido víctima. Ver: Fundamento Jurídico 4 de la SC-199-98.

han sido objeto de demanda ciudadana. Por esas razones, los argumentos en defensa de la constitucionalidad de la norma acusada no son de recibo (...)

Luego, cuando se estudió nuevamente la constitucionalidad de la figura de la retención transitoria prevista en el Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970, la Corte constitucional advirtió en la SC-720 de 2007 que cualquier privación de la libertad, incluso si era transitoria, por poco tiempo y con la finalidad de proteger a la misma persona, debía estar rodeada de todas las garantías constitucionales.

Más tarde, el Magistrado Sierra Porto, en la SC-879 de 2011, cuando examinó la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 48 de 1993 –demandado por considerar que la facultad de compeler, otorgada a las autoridades militares para que los varones mayores de edad cumplan con la obligación de inscribirse para definir su situación militar, es el sustento legal para la realización de las llamadas “*batidas*”, que son retenciones ilegales– abordó la definición de la figura de la retención e indicó que esta suponía una restricción del derecho a la libertad personal aunque por poco tiempo.

En ese sentido, admitió que tanto la medida de la retención como la de detención comportan un límite a la libertad personal. Sin embargo, advirtió que lo relevante para diferenciar una medida de la otra es la magnitud de la interferencia sobre la libertad de las personas. Además, es imprescindible tener en cuenta: el sujeto autorizado para llevarla a cabo, las condiciones de tiempo modo y lugar en que se aplica, las garantías a disposición del sujeto afectado y sobre todo, su

duración. De ahí que resulte en extremo compleja debido a las múltiples combinaciones posibles de estos factores<sup>203</sup>.

Asimismo consideró que la detención supone una efectiva afectación de la libertad física y por ende, debe requerir del cumplimiento de la regla formal del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, mientras que las restricciones momentáneas de la libertad personal no son consideradas como una injerencia en este derecho y no requieren por lo tanto, el cumplimiento de la reserva judicial prevista en el artículo 28 superior.

Los anteriores precedentes judiciales, permiten inferir que la Corte Constitucional admite la existencia de la figura de la retención, precisando su sentido conceptual más no su alcance como supuesto de privación de la libertad; puesto que en algunas oportunidades considera que no le son aplicables las garantías previstas en el artículo 28 de la Constitución política –por no afectar el derecho a la libertad personal– y en otros casos, estima que se debe rodear de todas las medidas de protección destinadas en la Constitución a favor de la libertad.

## **2.2. CONTROLES DE IDENTIFICACIÓN**

---

<sup>203</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-879-11 M.P. Humberto Sierra Porto.

Las diligencias con el fin de verificar la identidad y la existencia de órdenes de captura contra el aprehendido en un término de 24 horas, están previstas tanto en el Código Nacional de Policía como en el Estatuto Procesal Penal –Ley 906 de 2004–. A continuación, estas medidas serán objeto de análisis con el fin de corroborar si comprometen las garantías establecidas en la Carta Suprema en pro de la libertad.

### **2.2.1. CONTROL DE IDENTIFICACIÓN EN EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA**

El Decreto Ley 1355 de 1970 en su artículo 62, regula la figura del control policial de identificación. En el inciso 3, se establece excepcionalmente en materia penal, el término hasta de 24 horas para que la autoridad policial proceda a identificar al aprehendido y a comprobar la existencia de otras solicitudes de captura.

En relación con la facultad ejercida por la autoridad policial en ejercicio de su actividad preventiva para retener por 24 horas a los ciudadanos aprehendidos con fines de identificación, lo que resulta relevante es la potestad de la policía para poder retener a la persona durante ese plazo, a efectos de establecer si hay una restricción momentánea del derecho o una medida de privación de libertad con el fin de determinar si le es aplicable la regulación legal contenida en el artículo 28 superior.

De acuerdo con la circunstancia de tiempo prevista en la regulación normativa, la medida de identificación va más allá de una mera inmovilización de la persona, también implica un desplazamiento del requerido hasta las dependencias policiales en donde ha de permanecer por 24 horas, límite temporal en el que se ve afectado el ejercicio del derecho a la libertad personal y pese a que no sobrepasa el término de las 36 horas que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, es claro que se trata de un supuesto de privación de la libertad; toda vez que supone una detención preventiva de carácter administrativo por ser ordenada por una autoridad policial. Así lo entendió tempranamente la Corte Constitucional.

En efecto, en la Sentencia SC-024 de 1994 se estudió la constitucionalidad de la norma y se precisó que se trataba de una detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28, anotando que a efectos de ajustarse al precitado mandato constitucional debe entenderse que el término de 24 horas con el que cuenta la policía para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de otras solicitudes de captura, está comprendido dentro del plazo de las 36 horas para que la persona detenida sea puesta a disposición del juez competente.

Trece años después, se peticiona nuevamente el estudio de constitucionalidad de algunas normas del Decreto 1355 de 1970, las mismas que propiciaron la expedición de la SC-024 de 1994, frente a las cuales la Corte en la SC-176 de 2007, indicó que no existía cosa juzgada constitucional; dado que

aquella Sentencia se profirió en el marco del artículo 28 transitorio de la Constitución y por ende, los planteamientos consignados en ese fallo carecen de vigencia. Respecto del inciso 3 del artículo 62 del Código de Policía, la Corte en dicha providencia no se pronunció sobre los cargos formulados contra esa disposición por ineptitud, rechazando la demanda. No obstante, afirmó que la privación de la libertad realizada por la policía preventiva para efectos exclusivos de verificación de la identidad o de la existencia de órdenes de captura contra el aprehendido, debía ser entendida dentro del marco de la estricta reserva judicial.

Adicionalmente, insistió en señalar que esa norma debía interpretarse a la luz del contexto general de la garantía al derecho a la libertad de las personas. Es decir, que la privación de la libertad para obtener la plena identificación del aprehendido y la comprobación de la existencia de otras órdenes de captura, debe regirse por las condiciones establecidas en la previa orden judicial de captura, en virtud de la aplicación del principio general de reserva judicial sobre la privación de la libertad de las personas.

Posteriormente, en la Sentencia C-879 de 2011 se considera que ciertas restricciones temporales realizadas por autoridades de policía para verificar la identidad de los sujetos—incluso por autoridades militares para efectos de establecer si el ciudadano es portador de la libreta militar— no deben reunir la formalidad señalada en el inciso primero del artículo 28 constitucional, por no afectar el derecho.

La doctrina constitucional en este punto no ha sido uniforme en su tratamiento. La jurisprudencia de la Corte ha sido divergente; primero se consideró como una modalidad de detención preventiva conforme al artículo 28 superior, inciso 2, y por ende, se trató como una excepción a la reserva judicial. Luego se precisó que requería la garantía de la autoridad judicial, es decir, que se constituía en un supuesto de privación de la libertad que afectaba el derecho y por lo tanto, se aplicaban las garantías del artículo 28 constitucional en punto a la reserva jurisdiccional. Finalmente, se consideró que las verificaciones de identidad realizadas por autoridades de policía al tratarse de una restricción momentánea del derecho a la libertad o de libre circulación por períodos muy cortos de tiempo, no afectaba el derecho a la libertad y en consecuencia, no se debía cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 28 de la norma superior<sup>204</sup>.

En este orden de ideas, se puede colegir que las diligencias de identificación que cumple la Policía Nacional con el fin de hacer efectivas órdenes de captura proferidas por las autoridades judiciales, no requieren traslado alguno a dependencia policial con dicho objetivo. De manera que la identificación se debe practicar en el mismo instante en el que se detiene a la persona. Por consiguiente, la inmovilización debe ser momentánea, corta y de leve intensidad para no afectar el derecho a la libertad personal de acuerdo con los parámetros fijados por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Control de Garantías. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010. p. 86.

De todas formas, la afectación de corta duración y leve intensidad de la libertad personal denominada retención, se constituye en una forma híbrida de los límites del derecho, encontrándose en una zona intermedia entre la libertad y la detención.

### **2.2.2. CONTROL DE IDENTIFICACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

Esta medida se establece al interior del proceso penal con alcances ejecutivos exclusivamente para la policía judicial en el párrafo del artículo 302 del C.P.P., adicionado por el artículo 22 de la Ley 1142 de 2007, donde se consagran las diligencias de identificación y registro por parte de la policía judicial para todo capturado conforme a las directrices consagradas en el artículo 128 del mismo Estatuto Procesal. Todo ello con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.

Por su parte, el artículo 128 modificado por el artículo 99 de la Ley 1453 de 2011, dispone que la policía judicial, en caso de que la persona capturada no presente el documento de identidad, procederá a verificar la identidad ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. De resultar fallida esta diligencia, se dispondrá de un término no superior a las 24 horas para proceder a obtener la expedición de una copia de la fotocélula.

En este punto es importante tomar en consideración que la diligencia de identificación policial consagrada en el Código de Procedimiento Penal cuenta con una serie de garantías de obligatorio cumplimiento, como por ejemplo, estar precedida de manera previa de una orden de captura expedida por la autoridad judicial competente, dado que opera es para la persona que tenga la condición de capturado y cuya identificación no se consiga.

En relación con la facultad ejercida por la policía judicial para retener por 24 horas al ciudadano capturado cuya identificación resulte fallida, lo que resulta relevante desde la arista constitucional del derecho a la libertad personal, es que esa potestad de la policía judicial para poder retener a la persona durante ese plazo para obtener su identificación, debe entenderse que se cumple dentro del término de las 36 horas previstas en el artículo 28 superior, para que el capturado sea puesto a disposición del juez competente; es decir que no opera de manera independiente y adicional y además debe durar el tiempo imprescindible.

### **2.2.3. CONTROL DE IDENTIFICACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY 99 DE 2014, POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA.**

Respecto a los controles policiales para la identificación, en el Proyecto de Ley 99 de 2014, se hace mención de este tipo de control policial en el capítulo 4, artículo 60, numeral 5, cuando determina como uno de los comportamientos que afecta las relaciones entre las personas y las autoridades, el impedir, dificultar o

resistirse a procedimiento de identificación o individualización, por parte de las autoridades de policía<sup>206</sup>, lo que da lugar en caso de no realizarse a la puesta en marcha de medidas correctivas<sup>207</sup>.

De acuerdo con el artículo 202 del Proyecto de Ley, las diligencias policiales de identificación se verifican dentro del marco de la figura del registro como una acción que busca identificar personas con el objeto de prevenir o de poner fin a un comportamiento contrario a una norma de convivencia o en desarrollo de la actividad policial, de conformidad con lo establecido en la Ley<sup>208</sup>.

Así, en el numeral 1 del artículo 203 del Proyecto de Ley 99 de 2014<sup>209</sup> – donde se regulan los casos en los que el personal uniformado de la Policía Nacional puede registrar a una persona– se encuentra el procedimiento a seguir cuando en el control de la identificación la persona se resista a aportar la documentación o cuando exista duda sobre la fiabilidad de la identidad<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> Expedida la Ley 1801 de julio 29 de 2016 Código Nacional de Policía y Convivencia, que entro en vigencia el 28 de enero de 2017, se observa en relación con los controles policiales para la identificación que esta figura fue prevista en el Capítulo II, artículo 35, numeral 3 como uno de los comportamientos que afectan la relación entre las personas y las autoridades tal como estaba en el proyecto,

<sup>207</sup> La medida correctiva a aplicar según el proyecto de Ley 99 de 2014, artículo 60 parágrafo 3 es la multa general tipo 4, Participación en programa o actividad pedagógica de convivencia. De la misma manera fue consagrada en la ley 1801 de 2016 en el parágrafo 2 del artículo 35

<sup>208</sup> En el Código Nacional de Policía y Convivencia los controles de identificación se encuentran regulados dentro del marco de la figura del registro a personas en el artículo 158, con la misma finalidad preventiva y en desarrollo de la actividad policial, como estaba previsto en el proyecto de Ley.

<sup>209</sup> Efectivamente los controles de identificación se encuentran consagrados en el numeral 1 pero no en el artículo 203 como lo establecía el proyecto de ley sino en el artículo 159 que opera bajo los mismos dos presupuestos: I) Cuando la persona se resista a aportar la documentación. II) Cuando exista duda sobre la fiabilidad de la identidad. Asimismo el numeral 6 del artículo 159 del Código Nacional de Policía y Convivencia en el numeral 6 consagra la facultad al personal uniformado de establecer la identidad de una persona que desea ingresar a un lugar.

<sup>210</sup> Los otros eventos que establece el artículo 203 del proyecto de ley 99 de 2014 se consagran así: "...2. para establecer si la persona porta armas, municiones, explosivos, elementos cortantes, punzantes, contundentes o sus combinaciones, que amenacen o causen riesgo a la convivencia. 3. Para establecer si la persona tiene en su poder un bien hurtado o extraviado, o verificar que sea el propietario de un bien que posee, existiendo dudas al respecto. 4. Para establecer que la persona no lleve sustancias psicoactivas, de

Control de identificación que de acuerdo con el artículo 203, párrafo 1, del Proyecto de Código Nacional de Policía y Convivencia, podrá realizarse en las vías públicas, en los espacios públicos, en establecimientos de comercio o de otra naturaleza abiertos al público, en espacios privados con acceso o con servicios al público y en las zonas comunes de inmuebles de propiedad horizontal o similares. También dentro de domicilio privado si el propietario, poseedor o inquilino, así lo autoriza<sup>211</sup>.

Los anteriores presupuestos legales permiten inferir que en el Proyecto, los controles de identificación que realiza la Policía Nacional –en desarrollo de sus funciones de prevención– ya no requieren del traslado a dependencias policiales, ni es necesario el desplazamiento del requerido para su identificación, pues puede realizarse en las vías públicas, en los espacios públicos, sin que ello constituya una privación de la libertad, por tratarse de una mera inmovilización, leve y de corto tiempo.

De todas formas, la medida comporta así sea de manera mínima, una afectación al ejercicio de la libertad personal, constituyendo una zona de penumbra o estadio intermedio entre la libertad y su privación total. Razón por la cual se requiere, a efectos de proteger la libertad personal, una regulación legal

---

carácter ilícito, contrarios a la ley 5. Para prevenir la comisión de una conducta punible o un comportamiento contrario a la convivencia, existiendo indicios o hechos que lleven a inferir que existe el riesgo. 6. Para garantizar la seguridad o la identidad de una persona que desea ingresar a un lugar”.

<sup>211</sup> El contenido de este párrafo no sufrió ninguna modificación en la Ley 1801 de 2016 pero se regulación legal quedo contenida en el artículo 159

clara con miras a determinar la ilegalidad o arbitrariedad en su aplicación, pudiendo ser rechazada por el viandante por estar fuera del marco funcional de las autoridades policiales.

Por ello se llama la atención cuando se habilita la identificación de la persona en las zonas comunes de inmuebles de propiedad horizontal o *similares*, prevista en el parágrafo 1 del artículo 203, que introduce la potestad discrecional de los uniformados de la policía para determinar cuáles son esos lugares similares (parecidos) a las zonas comunes de la propiedad horizontal en las que puede operar el registro con fines de identificación<sup>212</sup>.

### **2.3. REDADAS**

Es la actuación policial que recae sobre una pluralidad de personas en sitios urbanos o rurales predeterminados, prevista en el artículo 71 del Decreto Ley 1355 de 1970, que establece la potestad para proceder a la identificación de las personas con el objeto de efectuar capturas momentáneas de quienes se hallen en sitios públicos o abiertos al público, con el fin de facilitar la aprehensión de delincuentes solicitados por la autoridad competente, previa venia del alcalde del lugar. Puede prolongarse hasta 12 horas cuando la identificación se dificulta<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Del análisis comparativo del Proyecto de Ley 99 de 2014 y la Ley 1801 de 2015 Código Nacional de Policía y Convivencia se concluye que la regulación legal de los controles de identificación no tuvo ninguna variación en relación con lo establecido en el proyecto del Código salvo los artículos donde finalmente quedo prevista, lo demás no fue modificado, por ende son pertinentes las observaciones y comentarios que se hicieron en el trabajo en el momento en que se realizó el estudio de esta figura en el proyecto de Código Nacional de Policía y Convivencia

<sup>213</sup> El artículo 71 del Decreto 1355 de 1970 literalmente dispone: "Con el sólo fin de facilitar la aprehensión de delincuentes solicitados por autoridad competente, la policía previa venia del alcalde del lugar, podrá efectuar

La constitucionalidad de la norma que establece esta práctica policial fue revisada en la Sentencia SC-024 de 1994, precedente que consideró esta operación ajustada a la Constitución, al considerar que el inciso primero de la norma trata de un caso típico de detención preventiva conforme el inciso segundo del artículo 28 de la C.N. o de aprehensiones por flagrancia.

En esa misma decisión la Corte fijó los parámetros habilitadores para la práctica de la medida, señalando que las razones de la detención deben obedecer a motivos fundados y así mismo, deben respetar el principio de proporcionalidad. Además indica que los uniformados de la Policía como ejecutores de la orden de control dictaminada por el alcalde como máxima autoridad policial, deben proceder en forma razonable frente a las aprehensiones de las personas; de tal forma que si la orden o la ejecución se torna irrazonable o no obedece a motivos fundados o de urgencia que respalden la privación de libertad de una persona, se debe responder penal y disciplinariamente.

Respecto del inciso segundo, alude la Corte en el fallo, que es constitucional porque la actividad prevista en ese apartado se refiere a funciones preventivas propias de las autoridades judiciales a fin de colaborar en la conservación del orden público. Más aún, el término de las 12 horas que se fija

---

capturas momentáneas de quienes se hallen en sitios públicos o abiertos al público. Esta operación se ejecutará en sitios urbanos o rurales predeterminados. Las personas contra quienes no exista petición de captura deberán ser puestas inmediatamente en libertad, a menos que su identificación se dificulte, caso en el cual la captura podrá prolongarse hasta 12 horas”.

para la identificación es bastante inferior frente a las 36 horas a que hace referencia el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución, además de la obligación de remitir al aprehendido ante la autoridad judicial competente.

Si bien es cierto que las redadas fueron consideradas constitucionales bajo el espectro normativo del inciso 2 del artículo 28 superior al ser consideradas una forma de detención preventiva tal como lo señaló la SC 024 de 1994, también es cierto que la jurisprudencia posterior del alto Tribunal Constitucional ha sostenido que el inciso 2 del artículo 28 constitucional soporte de esta figura, puede ser objeto de otras interpretaciones; lo que condujo a partir del año 2005 a una reinterpretación del artículo 28 superior, permitiendo inferir la pérdida de vigencia de la figura de la detención administrativa y por ende, de las redadas.

## **2.4. REGISTRO PERSONAL**

Es otra medida donde resulta comprometido el ejercicio de la libertad personal, ya que para su práctica requiere de la inmovilización momentánea de la persona a efectos de proceder a su registro.

### **2.4.1. CONCEPTO**

Respecto a la concreción del concepto, el Máximo Tribunal de Justicia Constitucional, al abordar el estudio de la figura del registro personal precisó que

se trata de una medida que implica un menor grado de incidencia que la inspección corporal, por el empleo de las expresiones “registro” y “persona”. Al respecto afirmó que:

**“ (...) El término ‘registrar’, se emplea generalmente como sinónimo de ‘tantear’, ‘cachear’, ‘auscultar’, ‘palpar’ lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión ‘persona’, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia (...)”<sup>214</sup>.**

Según Eugenio Florian<sup>215</sup>, esta práctica corresponde a una inspección general de la persona que puede definirse como el examen exterior que se realiza al sujeto para determinadas comprobaciones. De esta forma, consiste en el reconocimiento de un sujeto a través de la palpación de la superficie exterior de su cuerpo, sin despojar a la persona de su vestimenta y comporta la inmovilización, paralización o retención del sujeto con el fin de ser identificado, cacheado<sup>216</sup> y registrado en los efectos personales y en el vehículo automotor. Esta medida entraña una restricción al ejercicio del derecho que se ubica en la zona de penumbra entre la libertad y su privación total, lo cual será objeto de análisis a continuación.

#### **2.4.2. REGULACIÓN LEGAL**

---

<sup>214</sup> En la Sentencia C-822 de 2005, que estudió la constitucionalidad del artículo 248 de la ley 904 de 2004, la corte advierte que la norma no precisa expresamente en qué consiste esta práctica, pero que de su contenido se infiere la misma.

<sup>215</sup> FLORIAN, Eugenio. Delas Pruebas Penales. Tomo II. Editorial Temis. Tercera Reimpresión de la tercera edición. 1998. p.510.

<sup>216</sup> Es la denominación que la doctrina foránea da a los registros personales.

El Código de Procedimiento Penal se encarga de regular la práctica policial denominada registro personal. Así, el artículo 208 se refiere al efectuado en desarrollo de la actividad de policía que corresponde al cumplimiento del deber que constitucionalmente le fue asignado a la Policía Nacional, no sólo para procurar la convivencia pacífica a través de las medidas pertinentes que propendan por el cabal ejercicio de los derechos y libertades públicas, sino también para impedir la eventual ocurrencia de conductas al margen del ordenamiento. Por su parte, en el artículo 248 se alude al registro personal que se realiza dentro de una actuación penal con la obligación de investigar y juzgar comportamientos punibles.

Atendiendo la regulación legal, seguidamente se abordará el estudio de la medida concretando los supuestos habilitadores para su práctica junto con sus requisitos y condiciones.

#### **2.4.2.1. REGISTRO PERSONAL PREVENTIVO**

El Código de Procedimiento Penal en el Libro II técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio, Título I la indagación y la investigación, Capítulo I. Órganos de indagación e investigación, en el artículo 208 de la ley 906 de 2004, establece:

“Actividad de policía. Cuando en ejercicio de la actividad de policía los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de **registro personal**, inspección corporal, **registro de vehículos** y otras diligencias similares, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial”.

En relación con este tipo de registro llevado a cabo en desarrollo de la actividad policial, la Corte Constitucional en la Sentencia C-789 de 2006 – encargado de examinar la constitucionalidad del artículo 208 del Código de Procedimiento Penal con fundamento en el precedente establecido por la Sentencia C-822-05– reiteró que este registro responde al cumplimiento de un deber constitucional en cabeza de la Policía Nacional, institución a la cual compete el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, por ende no requiere de autorización judicial previa.

De igual manera, insistió que el registro personal que se efectúa en desarrollo de la actividad preventiva de Policía consiste simplemente en una exploración superficial de la persona, que como tal no compromete constataciones íntimas, y lo que lleve sobre sí, en su indumentaria o en otros aditamentos, con el fin, entre otros objetivos lícitos, de prevenir (no de investigar) la comisión de comportamientos que puedan llegar a generar alteraciones contra la seguridad de la comunidad.

Del mismo modo, recaba que los miembros del cuerpo policial en ejercicio de esa actividad policiva de prevención pueden realizar labores de registro de personas y de vehículos, pues, se trata “de procedimientos de rutina autorizados por la ley y los reglamentos, que son ejecutados por la Policía Nacional con el fin de preservar el orden público, como quiera que en ellos están comprometidas la tranquilidad y la seguridad ciudadanas.”<sup>217</sup>

En relación con los registros realizados como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, el Tribunal constitucional, puntualizó:

“(…) En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, éstos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, **que implican la inmovilización momentánea de la persona** y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía.

“(…) Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión ‘Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional’, contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, será declarada inexecutable.

“(…) **Tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía** sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno esta Sentencia. **Por lo tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose** sin que la inexecutable de la expresión señalada impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes.

“(…) En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma.”

---

<sup>217</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-789 de 2006.M.P. Nelson Pinilla Pinilla.

Así las cosas, es claro que la práctica policial del cacheo es un procedimiento preventivo realizado por la Policía Nacional que consiste en el reconocimiento de un sujeto a través de la palpación de la superficie exterior de su cuerpo, sin despojar a la persona de su vestimenta con el fin de detectar los objetos de origen delictivo o peligroso que porte<sup>218</sup>, regulado por las normas de policía que continúan aplicándose, según lo consideró la Corte Constitucional.

Ahora bien, pese a que se afirma que esta intervención no conlleva una afectación o restricción de derechos fundamentales, desde la óptica del derecho a la libertad personal es evidente que a través de estas prácticas sí se afecta; así sea de manera momentánea en un menor grado e intensidad. Puede que después de la parada y el cacheo se recupere la libertad, pero el derecho no vuelve a estar intacto; toda vez que ya ha sido palpado, manejado<sup>219</sup>. Por lo tanto, forman parte de las medidas restrictivas del derecho.

#### **2.4.2.2. REGISTRO PERSONAL INCIDENTAL A LA CAPTURA**

El artículo 248 del Libro II de técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio, Título I la indagación y la investigación, capítulo III actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, consagra:

---

<sup>218</sup>QUERALT, Joan Josep. Óp. Cit. p. 77

<sup>219</sup>GARCIA MORILLO, Joaquín. Óp. Cit., p.191.

“Registro personal. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor”.

Este registro de personas atiende a la necesidad de investigar y juzgar las conductas punibles que atentan contra bienes jurídicamente tutelados; por ende, se practica dentro del proceso penal y requiere de previa autorización judicial. La Sentencia C-822 de 2005 argumentó que el registro personal regulado en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la búsqueda de evidencia física o elementos materiales probatorios dentro del programa metodológico de una investigación penal. Así mismo puede implicar una incidencia media o alta en los derechos de la persona y para su práctica, deben mediar motivos fundados bajo orden judicial previa. Lo anterior con el fin de fijar límites a la actuación de la policía en los procedimientos de captura.

Por otro lado, la Corte señaló que esta medida se debe practicar en el momento mismo de la captura o inmediatamente después de ésta con dos objetivos: i) asegurar la eficacia de la misma captura con una pesquisa mínima que permita neutralizar la utilización de armas que el detenido lleve consigo, ii) la protección de la prueba que se encuentre en poder de la persona capturada. Este registro personal debe excluir el contacto con zonas íntimas de tal manera que

comporte una revisión superficial del individuo mediante la palpación a su vestimenta y efectos personales.

De igual forma, la Corte Constitucional fijó los lineamientos para considerar ajustada a la Constitución el registro incidental a la captura, exigiendo el cumplimiento de 4 requisitos, i) la orden de captura ordenada por un juez, ii) luego que se realice inmediatamente después de la captura, iii) que recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo y iv) que no comprometa la observación de la persona desnuda, ni el tocamiento de órganos sexuales y senos.

En relación con éste tipo de registro incidental a la captura, es claro que a quien corresponde verificar la legalidad de la afectación del derecho a la libertad como consecuencia de la práctica del registro en el momento de la captura e inmediatamente después, es el juez de control de garantías. Esta situación puede resultar problemática dado el compromiso bajo el cual se encuentra no sólo el derecho a la libertad sino también el de la intimidad, que en este caso particular, resultan íntimamente relacionados y la vulneración de uno de ellos puede comprometer la legalidad del otro.

### **2.4.2.3. EL REGISTRO EN EL PROYECTO DE LEY 99 DE 2014, POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA<sup>220</sup>.**

El Proyecto de Ley 99 de 2014 del nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, se ocupa de regular la práctica policial de registro. Regulación que una vez revisada, realiza una armonización e integración de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se han ocupado de ésta figura. Ejemplo de ello se estableció que este opera con fines de carácter preventivo en el ámbito de la actividad eminentemente policial.

El artículo 202 del Proyecto de Ley consagra los registros de personas y bienes como la acción que tiene el propósito de identificar personas con el objeto de prevenir o de poner fin a un comportamiento contrario a norma de convivencia o en desarrollo de actividad de policía, de conformidad con lo establecido en la Ley. Luego en el artículo 203 fija los supuestos habilitadores para la práctica de los mismos, con sus requisitos y condiciones, precisando que procede en seis eventos, enumerando los siguientes:

“(…)1. Para establecer la identidad de una persona cuando la persona se resista a aportar la documentación o cuando exista duda sobre la fiabilidad de la identidad.

---

<sup>220</sup> La figura de registro a personas regulada en el proyecto de Código Nacional de Policía y Convivencia no fue objeto de ninguna modificación en la ley 1801 de 2016, excepto en los números de los artículos que la contienen, pues quedo prevista en el canon 158 con el mismo propósito, en el artículo 159 con idénticos 6 supuestos habilitadores para su práctica, con iguales 4 párrafos del mismo contenido que precisan el procedimiento a seguir y las facultades policiales. De ahí que el análisis efectuado a la figura prevista en el proyecto de ley es admisible y pertinente frente a la regulación legal definitiva contenida en la Ley 1801 de 2016.

2. Para establecer si la persona porta armas, municiones, explosivos, elementos cortantes, punzantes, contundentes o sus combinaciones, que amenacen o causen riesgo a la convivencia.
3. Para establecer si la persona tiene en su poder un bien hurtado o extraviado, o verificar que sea el propietario de un bien que posee, existiendo dudas al respecto.
4. Para establecer que la persona no lleve sustancias psicoactivas, de carácter ilícito, contrarios a la ley.
5. Para prevenir la comisión de una conducta punible o un comportamiento contrario a la convivencia, existiendo indicios o hechos que lleven a inferir que existe el riesgo.
6. Para garantizar la seguridad o la identidad de una persona que desea ingresar a un lugar (...)"

De igual manera, el artículo 203 en sus 4 párrafos, precisó el procedimiento a seguir y las facultades policiales específicas. En efecto, en el párrafo 1, determinó que el procedimiento se puede realizar en las vías públicas, en los espacios públicos, en establecimientos de comercio o de otra naturaleza abiertos al público, en espacios privados con acceso o con servicios al público y en las zonas comunes de inmuebles de propiedad horizontal o similares, o dentro de domicilio privado si el propietario, poseedor o inquilino, así lo autoriza, tal como lo establece del artículo 203.

Aunado a lo anterior, la norma delimitó la actuación del agente policial, al indicar en el Parágrafo 2 que el control de registro puede comprometer el contacto físico de acuerdo a los protocolos que para tal fin establezca la Policía Nacional y además de debe realizar por una persona del mismo sexo.

Asimismo el precitado párrafo señaló que en caso de ser rechazado el registro o contacto físico por el viandante se faculta a los policiales para conducir

a la persona a una unidad de policía, donde se realizará el registro aunque oponga resistencia, cumpliendo las disposiciones señaladas para la conducción.

Por su parte, el párrafo 3 del artículo 203 del Proyecto de Ley 99 de 2014 otorgó la facultad a las empresas de servicios de vigilancia y seguridad privada para realizar el registro de personas sin comprometer contacto físico, salvo que se trate del registro de ingreso a espectáculos o eventos, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto establezca el gobierno nacional o salvo que el personal uniformado de la Policía Nacional lo solicite en apoyo a su labor policial.

Finalmente, el párrafo cuarto de la mencionada norma prevé la utilización de medios técnicos o tecnológicos para el registro de personas y bienes tales como detector de metales, escáner de cuerpo entero, sensores especiales y caninos entrenados para tal fin, dejando en manos del gobierno nacional la reglamentación del uso de ese tipo de medios y sus protocolos.

En este orden de ideas, resulta acertada y favorable que el legislador se ocupe de precisar de manera concreta los supuestos de hecho que habilitan esta práctica, las finalidades y las facultades policiales, con miras a garantizar y proteger la libertad personal, pues con todo lo negativo que entrañan estas medidas su regulación legal se constituye en el mejor aliado para la protección a la

libertad<sup>221</sup>. Todo ello con el fin de evitar abusos en la ejecución de la medida, ya que su práctica entraña así sea en forma mínima, una afectación al ejercicio de la libertad personal, constituyendo una zona de penumbra o estadio intermedio entre la libertad y su privación total.

No obstante lo anterior, puede resultar problemático la facultad discrecional que se otorga a los policiales para determinar cuáles son esos lugares similares (parecidos) a las zonas comunes de la propiedad horizontal en las que puede operar el registro con fines de identificación, prevista en el párrafo 1 del artículo 203<sup>222</sup>.

Otro punto conflictivo, puede derivar de la facultad que se otorga a los uniformados de la policía para conducir a la unidad policial a quien se resista al registro para proceder a efectuarlo en dichas dependencias al quedar al buen criterio de cada uno de los agentes de la policía la valoración de la conducción o no de la persona. Es más, la injerencia a la libertad personal ya no es momentánea, implica un desplazamiento del individuo al sitio donde procederá su registro.

Respecto a la facultad que el Proyecto otorga a las empresas de servicios de vigilancia y seguridad privada para realizar registro de personas que no comprometan contacto físico, se considera pertinente anotar que los

<sup>221</sup> Es de anotar que en la actualidad cursa en el congreso el proyecto de ley número 99 de 2014 a través del cual se discute el nuevo código nacional de policía y convivencia, oportunidad para que allí se regule esta práctica con el fin de precisar el marco funcional de la medida y de los ejecutores de la misma.

<sup>222</sup>Supra Vid. Capítulo II, Apartado 2.2.3

profesionales de la seguridad privada, no tienen la calidad de funcionarios públicos, ni agentes de la autoridad. Sus funciones son solamente de colaboración con la fuerza pública y se les esta asignando funciones propias de la policía nacional<sup>223</sup>.

Con relación a la injerencia que el personal de vigilancia y seguridad privada en el ejercicio de sus funciones pueda tener frente al derecho a la libertad personal, no existe en la normativa ningún mandato, ni directriz de manera concreta y específica, que regule dichas intervenciones. De manera que los profesionales de la seguridad privada, por no tener la calidad de funcionarios públicos, ni agentes de la autoridad, se encuentran habilitados para limitar el derecho a la libertad personal conforme lo establece el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 que faculta a cualquier persona para privar de la libertad mediante la captura en flagrancia, siempre y cuando se encuentre dentro de cualquiera de los presupuestos señalados en el artículo 301 del estatuto procesal penal.

Así las cosas, los profesionales de la seguridad en el evento de afectar la libertad personal debe respetar las formas y las garantías de la detención previstas por el Código de Procedimiento Penal, con mayor rigor que un ciudadano cualquiera al presumirse que conoce la normativa con más profundidad<sup>224</sup>; por ello, deben respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

---

<sup>223</sup> Supra Vid. Capítulo I, Apartado 5.2.1.1.4

<sup>224</sup> DE HOYOS SANCHO, Montserrat. Óp.cit., p. 75

En cuanto al supuesto habilitante del numeral 5 del artículo 203 que opera con el fin de prevenir la comisión de una conducta punible o comportamiento contrario a la convivencia, existiendo indicios o hechos que lleven a inferir que existe el riesgo, es importante destacar que se requiere de evidencias objetivas que permitan concluir que la persona objeto de intervención es probablemente autor o partícipe de un delito; pues las meras sospechas son insuficientes por sí solas para sustentar la medida. Por consiguiente, no puede estar fundada sobre sospechas basadas en la apariencia física, la edad, la raza, los lugares, las zonas y los ambientes considerados de alta peligrosidad por la ocurrencia frecuente de la comisión de ilícitos<sup>225</sup>.

#### **2.4.2.3. TRASLADO PARA PROCEDIMIENTO POLICIVO<sup>226</sup>**

---

<sup>225</sup> Sostiene en este evento Queralt, que las redadas son prácticas sin asidero legal por cuanto vulneran el principio de la presunción de inocencia, al considerar que ella es una detención y está sólo operando ante la sospecha racional bastante de la comisión de un delito y no para saber quién lo ha podido cometer o si realmente se ha cometido alguno. QUERALT, Joan. Josep. Óp. Cit. p. 82.

<sup>226</sup> El Traslado para el Procedimiento Policivo fue una medida que fue objeto de modificación en la Ley 1801 de 2016 en relación con la regulación que estaba contenida en el proyecto de código Nacional de Policía y Convivencia, finalmente quedó previsto en el artículo 157 y no en el 201, ya no se habla de Procedimiento único de policía sino con el fin de adelantar proceso verbal de manera inmediata cuando no sea posible realizarlo en el sitio por razones no atribuibles a la autoridad de policía. Asimismo en el inciso 2 de la norma se redujo el término de permanencia de la persona trasladada que ya no es de 12 horas sino de 6 horas, además se adicionó un párrafo que precisa el procedimiento a seguir, exigiendo a la autoridad de Policía que ordena y ejecuta el traslado, deber de informar a la persona trasladada y al superior jerárquico de la unidad policial, además de elaborar un informe escrito donde consten los nombres e identificación de la persona trasladada, de quien da la orden y quien ejecuta el traslado, el motivo, el sitio al que se traslada, la justificación del tiempo empleado para el traslado y el nombre del allegado o a quien la persona trasladada informa para ser asistido, de ser ello posible. Informe que debe ser entregado a la persona, sujeto de la medida. Pese a haberse incluido en el Código de Policía nuevos requerimientos a efectos de rodear de más garantías a las personas objeto de traslado, las observaciones que se realizaron en este trabajo en punto a esta medida continúan vigentes por cuanto no se precisó de manera clara y concreta qué autoridad de policía es la competente para ordenar ese traslado y además, no se determinó los sitios y la forma en que debe operar la medida. Vale la pena anotar que el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia introdujo otra figura limitativa de la libertad personal en el artículo 168 denominada aprehensión con fin judicial, que atribuye a los uniformados de la Policía Nacional, la potestad para aprehender a una persona en sitio público o abierto al público, o privado, cuando sea señalada de haber cometido infracción penal o sorprendida en flagrante delito o cuando un particular haya pedido auxilio o la haya aprehendido, siempre que el solicitante concorra conjuntamente al despacho del funcionario que deba recibir formalmente la denuncia. El personal uniformado

Otra medida policial que compromete el ejercicio de la libertad personal es la figura prevista en el Proyecto de Ley del nuevo Código de Policía y Convivencia denominada traslado para procedimiento policivo en el artículo 201 que opera de manera temporal e inmediata con el fin de adelantar el procedimiento único de policía contra la persona que ha tenido comportamiento contrario a la convivencia contenido en las normas de policía, que se realice en lugar público, abierto al público o cuando desde lo privado trascienda a lo público.

De acuerdo con el párrafo del artículo 201, en ningún caso el tiempo de traslado o permanencia en el sitio al que es trasladada la persona podrá ser por más de doce (12) horas. La autoridad de policía permitirá a la persona que va a ser trasladada comunicarse con un allegado o a quien pueda asistirlo para informarle el motivo y sitio de traslado. Si la persona no tiene los medios para comunicarse, la autoridad se los facilitará.

En ese orden de ideas, se puede concluir que se trata de privación de la libertad no momentánea, pues comporta un traslado de la persona al sitio que determinen las autoridades y por ello, se considera importante que el artículo determine de manera clara y concreta qué autoridad de policía es la competente para ordenar ese traslado y además, que se establezca en qué sitios y en qué forma debe operar la medida, circunstancias que no están previstas en el Proyecto de Ley 99 de 2014.

---

de la Policía Nacional la conducirá de inmediato a la autoridad judicial competente, a quien le informará las causas de la aprehensión, levantando un acta de dicha diligencia.

### III. LA LIBERTAD PERSONAL EN EL CONTEXTO DE LA INMIGRACIÓN

Las controversias que se generan a raíz del reconocimiento de la titularidad del derecho a la libre circulación de los extranjeros en el territorio nacional un tema que cobra importancia por la magnitud del movimiento interfronterizo de personas<sup>227</sup> a raíz de los procesos de integración global, donde el límite de fronteras entre los países se ha ido diluyendo por factores de tipo económicos, sociales y políticos, que han modificado la pauta de movilidad de las personas<sup>228</sup>.

En efecto, las expectativas de mayores ingresos, mejores oportunidades laborales, la reunificación familiar de migrantes antiguos, el deseo de vivir en sociedades pluralistas respetuosas de los derechos fundamentales y el huir de sociedades en conflicto interno, entre otras cosas, son causas que inciden en la movilidad de las personas y en los flujos migratorios.

Este movimiento interfronterizo de personas en los Estados receptores de inmigrantes, ha llevado a la adopción de políticas públicas encaminadas a desestimular los flujos migratorios como el cierre de las fronteras, la expedición de leyes restrictivas que endurezcan los requisitos de ingreso a los países y el

---

<sup>227</sup> Término usado por Boaventura de Sousa Santos, quien afirma que la comunidad internacional ha prestado relativamente poca atención al movimiento interfronterizo de personas, que es en gran medida una tierra de nadie desde el punto de vista jurídico. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Op. cit.*, p. 116

<sup>228</sup> CASTLES, Stephen. *Globalización e inmigración. Inmigración y Procesos de Cambio*. Barcelona, Icaria, 2004, pp. 33-56.

reforzamiento de la vigilancia en las entradas y salidas de sus territorios<sup>229</sup>. Dichos controles impactan el derecho a la libertad personal de los inmigrantes, dado que los gobiernos hacen uso de la detención como una herramienta de administración migratoria. En ese sentido, quien incumpla con las normativas de inmigración, se le impedirá la entrada y la circulación en el respectivo territorio del país por encontrarse en situación irregular, lo que conllevará a su detención para luego ser objeto de medida de expulsión o deportación.

### **3.1. LA INMIGRACIÓN EN TERRITORIO COLOMBIANO**

Para comprender este fenómeno migratorio en suelo colombiano y sus consecuencias desde la óptica del derecho a la libertad personal, se abordará el estudio de esta problemática que ha ido creciendo de manera inusitada en los últimos diez años, a raíz de los grandes flujos de inmigrantes ilegales retenidos por las autoridades en los diferentes puntos fronterizos del territorio; lo cual, hace indispensable una mirada al tratamiento que reciben de las autoridades colombianas.

#### **3.1.1. FLUJOS MIGRATORIOS EN COLOMBIA. EL BALANCE EN CIFRAS.**

---

<sup>229</sup> CABEZAS CHAMORRO, Sebastián. “La Guerra Contra la Inmigración y Daño Social: Las Muertes en las Aguas que Protegen a la Europa Fortaleza”. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord). *Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social*. Barcelona: Anthropos, 2014. p.160.

El Estado colombiano no ha sido receptor de grandes flujos de inmigrantes<sup>230</sup>, tal vez por la situación de conflicto, la inestabilidad política y las condiciones económicas poco llamativas. De manera reducida con posterioridad al periodo independentista, llegaron migrantes procedentes del continente europeo oriundos de España, Alemania, Italia y Francia, arribando también ciudadanos libaneses, sirios, judíos, chinos y japoneses. Hacia la década de los años 60 del siglo anterior, la inmigración se torna especialmente regional, pues son personas que provienen de Venezuela, Estados Unidos, Ecuador y España<sup>231</sup>.

Esta baja movilidad de inmigrantes persiste en la actualidad, según los datos arrojados por los censos de población. Así, en el censo de 1993 aparece una cifra de 100.000 personas extranjeras residentes en Colombia frente a un total de 37 millones de habitantes, es decir, el 0.30% de la población total. Por su parte, el censo del 2005 muestra un número de 107.617 (0,26%) personas nacidas en el exterior frente a una población total de 41.174.853<sup>232</sup>.

Hoy por hoy el Ministerio de Relaciones Exteriores y la unidad administrativa Especial Migración Colombia (UAEMC), adscrita a este despacho ministerial con jurisdicción en todo el territorio nacional, ha emprendido un proceso de sistematización de la información estadística de los flujos migratorios, al asumir

---

<sup>230</sup>CARDENAS, Mauricio & MEJIA, Carolina. Migraciones Internacionales en Colombia ¿qué sabemos?, [on line] Documento de trabajo. No.30- Estudio preparado para la Cepal, septiembre de 2006. Disponible en: [http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/11445/810/wp\\_2006\\_No\\_30.pdf](http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/11445/810/wp_2006_No_30.pdf). Fecha de Consulta: 20 de febrero de 2015.

<sup>231</sup> RAMIREZ, Clemencia; ZULUAGA, Marcela & PERILLA, Clara. Perfil Migratorio de Colombia 2010, [On line]. Bogotá. OIM, Junio de 2010. Disponible en: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/pe/2009/02989.pdf>. Fecha de Consulta: 20 de febrero de 2015.

<sup>232</sup>COLOMBIA. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. [www.Dane.gov.co](http://www.Dane.gov.co).

las tareas que desarrollaba el antiguo Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)–Subdirección de Extranjería<sup>233</sup>, como autoridad de vigilancia y control migratorio y de extranjería tanto de nacionales como de extranjeros, de conformidad con lo previsto en el Decreto 4062 de 2011, artículos, 1, 2, 3 y 4.

### **3.1.2. MIGRACIÓN REGULAR**

Las situaciones regulares de inmigración hacen referencia a las clases y categorías de visas que otorga el Estado colombiano a los extranjeros de conformidad con la política migratoria establecida en la Ley 48 de 1920 sobre Migración y Extranjería, los Decretos 2268 de 1995, 4000 de 2004, 2622 de 2009, y recientemente el Decreto 1067 del 26 de Mayo de 2015 que compila todas las normas del sector. En este último Decreto, en el artículo 2.2.1.11.5, se clasifican las visas como de residentes (RE), negocios (NE), temporal (TP) y de acuerdo con la categoría son de Cortesía, Negocios, Tripulante, Temporal, Trabajador, Cónyuge, religioso, Estudiante, Especial, asilado o Refugiado.

Migración Colombia ha observado un incremento de los flujos migratorios<sup>234</sup> de extranjeros en el periodo comprendido entre el año 2009 al 2013, con un 50.4% de registros de movimientos de entrada y un 49.6% de salida para una tasa

---

<sup>233</sup> El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) fue suprimido por el gobierno nacional mediante el Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicha supresión debía adelantarse en un término de dos años, que podría ser adicionado por un año más, lo cual se realizó en el Decreto 2404 de 2013 y finalmente mediante Decreto 1180 del 27 de junio de 2014 se prorrogó el proceso de supresión hasta el 11 de julio de 2014, periodo dentro del cual se adelantaron acciones y gestiones administrativas para la supresión, con cese definitivo de las actividades propias de sus funciones misionales.

<sup>234</sup>La cantidad de veces que extranjeros realizan sus registros de entrada y salida por los Puestos de Control Migratorio en el territorio nacional.

promedio de variación anual del 8%. Las principales nacionalidades con mayor flujo migratorio en el país, históricamente sonde Estados Unidos, Venezuela y Ecuador, seguido de Argentina, España, Perú y México<sup>235</sup>.

Durante el período 2007-2013, aumentaron los flujos migratorios de algunas nacionalidades en Colombia. En los últimos siete años, se han registrado importantes incrementos en los flujos de viajeros de Argentina, México, Chile, Alemania, Países Bajos, El Salvador, Australia, China, y Suiza<sup>236</sup>.

Es de anotar que la cuantificación del fenómeno migratorio regular en el país antes de entrar en funcionamiento Migración Colombia, son escasos y diversos entre sí, dependiendo de los criterios de medición usados por las diferentes entidades encargadas de hacer la recolección y cuantificación de los mismos, como el antiguo DAS, el Departamento Nacional de Estadística –DANE– y el Departamento Nacional de Planeación<sup>237</sup> –DNP–.

### **3.1.3. MIGRACIÓN IRREGULAR**

Respecto de la inmigración irregular –correspondiente al ingreso de personas extranjeras sin el lleno del cumplimiento de los requisitos legales o cuando

---

<sup>235</sup> COLOMBIA. MIGRACIÓN COLOMBIA. BOLETÍN SEMESTRAL DE ESTADÍSTICAS (Enero-junio de 2014). Bogotá. p.12

<sup>236</sup> *Ibid.*, p.16

<sup>237</sup> OCHOA MEJIA, William. “Colombia y las Migraciones Internacionales. Evolución Reciente y Panorama Actual a Partir de las Cifras”. En: *Revista Internacional Mob. Hum.*, Brasília, Nº 39, Año XX, (jul/dec. 2012); p. 185 y ss. Disponible en: [//www.scielo.br/pdf/renhu\\_v20n39\\_v20n39a10\\_migraciones\\_internacionales.pdf](http://www.scielo.br/pdf/renhu_v20n39_v20n39a10_migraciones_internacionales.pdf). Fecha de Consulta: 21 de febrero de 2015.

permanecen en territorio patrio al vencimiento de su visado– es mucho más evidente la insuficiencia en la medición estadística del fenómeno, ante la incapacidad y dificultad de registrar estos eventos que se presentan en la clandestinidad. De conformidad con el artículo 19 del Decreto No. 0834 del 24 de abril de 2013, reproducido en el artículo 2.2.1.11.2.12 del Decreto compilatorio 1067 de 2015, se considera ingreso irregular al territorio nacional, cuando: a) se ingresa al país por lugar no habilitado, b) se ingresa al país por lugar habilitado pero evadiendo u omitiendo el control migratorio y c) ingreso al país sin la correspondiente documentación o con documentación falsa. No obstante, por la importancia que ha tomado el fenómeno migratorio en el país, Migración Colombia desde el año 2012 realiza informes estadísticos mensuales de los registros administrativos del flujo migratorio regular que permite visibilizar la dinámica migratoria. Además reporta los casos de inmigración ilegal detectados en los diferentes puestos de control migratorio<sup>238</sup> en el proceso de verificación de documentos a lo largo y ancho del territorio colombiano.

### **3.1.3.1. CAUSAS DE LA INMIGRACIÓN**

---

<sup>238</sup>En Colombia existen 38 puestos de control migratorio, el cual se ejerce por vía aérea en los siguientes aeropuertos internacionales: Alfredo Vásquez Cobo – Leticia (Amazonas), Eldorado -Bogotá, D.C. (Cundinamarca), José María Córdova – Medellín (Antioquia), Rafael Núñez - Cartagena (Bolívar), Ernesto Cortissoz – Barranquilla (Atlántico), Simón Bolívar - Santa Marta (Magdalena), Matecaña – Pereira (Risaralda), El Edén – Armenia (Quindío), Almirante Padilla – Riohacha (Guajira), Alfonso López Pumarejo – Valledupar (Cesar), Alfonso Bonilla Aragón – Cali ( Valle del Cauca), Camilo Daza – Cúcuta ( N. Santander), Palonegro – Bucaramanga (Santander), Base Militar de Apiay – Villavicencio (Meta), Gustavo Rojas Pinilla - San Andrés Islas (San Andrés y Providencia), Por la ruta marítima se controla en los siguientes puntos: Turbo (Antioquia), Capurganá (Chocó), Juradó (Chocó), Bahía Solano (Chocó), Puerto de Barranquilla (Atlántico), Puerto de Cartagena (Bolívar ), Puerto de Santa Marta (Magdalena), Coveñas (Sucre), ,Puerto Simón Bolívar (Guajira), Puerto Nuevo (Guajira), Tumaco (Nariño ), Puerto de Buenaventura (Valle del Cauca), San Andrés (San Andrés Islas),Providencia (San Andrés Islas), por vía terrestre en Paraguachón (Maicao -La Guajira), Chiles (Cumbal – Nariño), Puente Internacional Rumichaca (Ipiales - Nariño), CEBAF San Miguel (San Miguel – Putumayo), Puente Internacional Simón Bolívar (Villa del Rosario - Norte de Santander), Puente Internacional José Antonio Páez (Arauca) y finalmente los accesos fluviales ubicados en Puerto Carreño (Vichada), Puerto Inírida (Guainía) Rio Amazonas (Amazonas).

Los informes de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia respecto de los casos de inmigración ilegal reportados, muestran en la última década un incremento notable de estos flujos migratorios; lo cual se explica por la posición geográfica, altamente fronteriza del Estado colombiano, que le ha permitido constituirse en una plataforma de interconexión para el tráfico ilegal de personas, es decir, en un país de tránsito por donde ingresan personas de diferentes nacionalidades con el fin de continuar su travesía hacia Centro América, Estados Unidos y Europa, en busca de mejores condiciones económicas y sociales.

Otro hecho que ha contribuido al aumento ilegal de inmigrantes en suelo colombiano, deriva de las políticas administrativas de flexibilizaciones migratorias adoptadas en el año 2006 por el presidente Álvaro Uribe Vélez en su segundo periodo de gobierno, al exonerar de visado de turista a los ciudadanos chinos y luego a los sudafricanos. Esta medida provocó un aumento en la movilidad ilegal de migrantes de esas nacionalidades; razón por la que esta gabela fue revocada para los chinos en el año 2007.

En ese mismo sentido, en el primer mandato del presidente de Ecuador Rafael Vicente Correa, el 20 de junio de 2008 relevó del requisito del visado de turismo a los extranjeros, implantando un tránsito libre dentro de su territorio; estimulando con ello el tráfico ilegal de personas desde ese país hacia Colombia por la frontera Colombo Ecuatoriana, especialmente, de nacionalidad China. Frente a esta situación, el gobierno ecuatoriano tuvo que revertir la medida en el

mes de septiembre de ese mismo año, exigiendo visa para los nacionales chinos<sup>239</sup>. El periodo en el que estuvo vigente esta medida, se reportó un incremento del 2% de inmigrantes con relación a la anualidad anterior.

La mayor cantidad de registro de extranjeros ilegales en Colombia datan del año 2010, cuando se detectaron nacionales procedentes de África, Asia, Haití y Cuba, seguido del año 2012 que reportó una entrada de 700 extranjeros ilegales, quienes ingresaron por los departamentos fronterizos de Nariño y Antioquía con destino a Centro América vía marítima, para llegar finalmente a Estados Unidos, según datos de Migración Colombia.

### **3.1.3.2. RUTAS DE ENTRADAS Y SALIDAS**

La enorme extensión fronteriza tanto terrestre como marítima con salidas al Océano Pacífico y Atlántico, ha facilitado la constitución de rutas de entrada y salida de los inmigrantes ilegales, usando la frontera limítrofe con Ecuador por el Puente Rumichaca, en Ipiales Nariño para llegar a los departamentos del Valle del Cauca, Cauca y Risaralda. Por la vía Panamericana, también se utiliza el área límite con Panamá a través de los departamentos de Chocó, Antioquia y la zona costera del Golfo de Urabá, para arribar a Panamá y proseguir a Centro América.

---

<sup>239</sup>REVISTA SEMANA. El Hueco hacia EEUU ahora pasa por Colombia. [on line]. Nación. Fecha de Publicación: Agosto 8 de 2011. Disponible en:<[www.semana.com/nación/articulo/elhueco/262580-3](http://www.semana.com/nación/articulo/elhueco/262580-3)>Fecha de Consulta: 21 de mayo de 2015.

De igual forma se recurre al paso fronterizo con Venezuela por Cúcuta, Norte de Santander y la Guajira en Paraguachon como sitios de salida y entrada<sup>240</sup>.

### 3.1.3.3. CASOS

El fenómeno creciente de la inmigración ilegal en Colombia ha sido reportado por informes periodísticos con base en serias investigaciones donde se reseñan los casos detectados por las autoridades colombianas en el ejercicio de la función del control migratorio. A partir de la labor periodística, se ha dado a conocer un sin número de inmigrantes ilegales que llegan a Colombia. Uno de los casos más sonados se presentó en abril de 2007, cuando fueron descubiertos en el municipio de Zipaquirá, Cundinamarca, en dos casas, 101 chinos ilegales. En ese mismo año, en el Valle del Cauca se descubrieron 19 ciudadanos chinos ilegales, procedentes de Ecuador o Perú, quienes ingresaron por el Pacífico colombiano, encontrados en un galpón, en la vía Cali-Jamundí<sup>241</sup>. Diáspora china que continuó en el año 2008, siendo detectados en el Valle del Cauca, un grupo de 13 y otro de 20 personas, transportados en camiones ocultos con carga de cebolla y frutas<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. Dimensión del Delito de Tráfico de Inmigrantes en Colombia: Realidades Institucionales, Legales y Judiciales. UNODC. Bogotá, p. 16.

<sup>241</sup>ROJAS, Juan Armando. "Red de tráfico ilegal de inmigrantes, trae chinos como arroz a Colombia". [on line]. En: Caracol Radio. Fecha de Publicación: Abril 16 de 2007. Disponible en: [www.Caracol.com.co/noticias/actualidad/Red de tráfico ilegal de inmigrantes, trae chinos como arroz a Colombia2007/0416/nota/415/00.aspx](http://www.Caracol.com.co/noticias/actualidad/Red%20de%20tráfico%20ilegal%20de%20inmigrantes,%20trae%20chinos%20como%20arroz%20a%20Colombia2007/0416/nota/415/00.aspx) Fecha de Consulta: 21 de mayo de 2015.

<sup>242</sup>GARIBELLO, Andrés. "Colombia enfrenta nueva ola asiática de inmigrantes ilegales. Van Casi la mitad de indocumentados de 2012.se convirtió en una "papa caliente" para autoridades". [on line]. En: El Tiempo. Fecha de Publicación: Abril 23 de 2013. Disponible en: [www.eltiempo.comarchivo/documentos/CMS-127](http://www.eltiempo.comarchivo/documentos/CMS-127) Fecha de Consulta: 21 de mayo de 2015.

De igual manera, las autoridades migratorias han publicado a través de comunicados de prensa en sus portales de internet, las noticias sobre la detección del fenómeno irregular de la inmigración ilegal, reportando los casos que son descubiertos por las autoridades. En el año 2013, se emitió un comunicado en donde se expuso el caso de 3 hombres procedentes de Sri Lanka que entraron de manera ilegal al país y fueron detectados por las autoridades colombianas en un bus de servicio público en la vía panamericana, entre Ipiales y Cali.

Luego para el mes de Diciembre del año 2014, nuevamente en Ipiales, Nariño, Migración Colombia reportó que mediante la Operación Soberanía I, se logró detectar a 2 ciudadanos de Nepal, 4 de Bangladesh y 3 ciudadanos de la India. Estas personas ingresaron al continente Americano por Brasil y Bolivia, para continuar su travesía hacia Ecuador y de ahí hacia Colombia, entrando por Ipiales con destino final a los Estados Unidos de Norte América. Este proceso fue liderado por un grupo de 8 colombianos, responsables de recibir y transportar a los extranjeros en furgones y camiones de carga, a quienes se les halló en su poder 80 pasaportes, 84 mil dólares, 11 equipos de comunicaciones y tecnología<sup>243</sup>.

Asimismo, las autoridades migratorias notificaron que en Medellín el 16 de Febrero de 2015, fueron detenidos por Oficiales de Migración Colombia, Regional Antioquia, 16 ciudadanos pakistaníes –que provenían de Brasil donde habían

---

<sup>243</sup>COLOMBIA. MIGRACIÓN COLOMBIA. DESMANTELADA ORGANIZACIÓN DEDICADA AL TRÁFICO DE MIGRANTES. Ministerio de Relaciones Exteriores. [on line]. Fecha de Publicación: Diciembre 2 de 2014. Disponible en: [www.migracióncolombia.gov.co/index.php/buscar?q=operación+soberanía+i&Itemid=218](http://www.migracióncolombia.gov.co/index.php/buscar?q=operación+soberanía+i&Itemid=218) Fecha de consulta: 20 de mayo de 2015.

solicitado refugio y viajaban por el territorio colombiano desde Cali hacia Panamá— cuando pretendían abordar un bus en la terminal de transporte con destino a la población de Turbo en Antioquia. Uno de los detenidos con doble nacionalidad, una de ellas venezolana, manifestó haber recibido una suma de dinero para transportar al grupo. En el transcurso de los dos primeros meses del año 2015, Migración Colombia reportó 176 ciudadanos extranjeros deportados<sup>244</sup>.

Dos días después, es decir el 18 de Febrero de 2015, Migración Colombia, anunció la detención de 37 ciudadanos extranjeros en el Departamento de Nariño, que ingresaron de manera irregular por Ecuador siendo detenidos en dos grupos: el primero, en vehículos de servicio público cuando transitaba por la vía panamericana y el segundo, cuando pretendían abordar un bus en la terminal de transporte de la ciudad de Pasto. Los detenidos eran 13 cubanos, 9 de Ghana, 7 de India y 8 de Somalia, a quienes se les aplicó la medida de deportación<sup>245</sup>.

#### **3.1.3.4. CONSECUENCIAS**

Ésta dinámica migratoria de los últimos tiempos en tierra colombiana, ha fomentado el origen de bandas criminales transnacionales que se han convertido

---

<sup>244</sup> COLOMBIA. MIGRACIÓN COLOMBIA MIGRACIÓN COLOMBIA DETIENE GRUPO DE INMIGRANTES ILEGALES EN TERMINAL DE TRNASPORTES DE MEDELLIN. Ministerio de Relaciones Exteriores. [on line]. Fecha de Publicación: Diciembre de 2013. Disponible en: <[www.migracióncolombia.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre\\_2013/1637/migración-Colombia-detiene-grupo-de-inmigrantes-ilegales-en-terminal-de-transportes-de-Medellín](http://www.migracióncolombia.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre_2013/1637/migración-Colombia-detiene-grupo-de-inmigrantes-ilegales-en-terminal-de-transportes-de-Medellín)>. Fecha de consulta: 22 de marzo de 2015.

<sup>245</sup> COLOMBIA. MIGRACIÓN COLOMBIA MIGRACIÓN COLOMBIA Y LA POLICÍA DETIENE 37 INMIGRANTES IRREGULARES EN CARRETERAS DE NARIÑO. Ministerio de Relaciones Exteriores. [on line]. Fecha de Publicación: Diciembre de 2013. Disponible en: <[www.migracióncolombo.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre\\_2013/1665-migración-colombia-y-la-policía-detiene-a-37-inmigrantes-ilegales-en-carreteras-de-Nariño](http://www.migracióncolombo.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre_2013/1665-migración-colombia-y-la-policía-detiene-a-37-inmigrantes-ilegales-en-carreteras-de-Nariño)>. Fecha de consulta: 18 de marzo de 2015.

en verdaderas mafias de Coyoteros<sup>246</sup> dedicadas a traficar con los inmigrantes ilegales, ejecutando actividades ilícitas para facilitar el tránsito de estas personas por el país por medio del empleo de documentos falsos y de la suplantación de identidades.

Una vez sorprendidos por las autoridades, los traficantes son judicializados con el fin de que se investiguen los delitos cometidos en la empresa criminal del tráfico ilegal de personas. Por su parte, los extranjeros víctimas del negocio ilegal, al ser detectados son retenidos por ingresar de manera irregular al territorio y si han cometido algún ilícito, por ejemplo, suplantación de personas o uso de documentos falsos para facilitar su ingreso al país, quedan a disposición de la autoridad judicial competente. En caso contrario, quedan en manos de la autoridad migratoria colombiana, encargada de definir su situación, por incumplir las normas migratorias e ingresar irregularmente a Colombia.

#### **3.1.3.4.1. EL REFUGIO**

Cabe mencionar que estos inmigrantes irregulares al ser detectados por las autoridades migratorias, estando a su disposición, optan por elevar al gobierno de Colombia solicitudes de refugio. La figura humanitaria del refugio se encuentra regulada en el Decreto No.2840 del 6 de diciembre de 2013; también compilada en el Decreto 1067 del 26 de Mayo de 2015, en el título 3, Capítulo 1, Sección 1, que la define en el artículo 2.2.3.1.1.1, el cual contiene 3 literales, alusivos a las

---

<sup>246</sup> Se denomina así a los traficantes de seres humanos

condiciones que debe reunir un individuo para tener el estatus de refugiado, aplicables a la persona que: a) Con fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, b) Que se hubiere visto obligada a salir de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y c) Que haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en caso de proceder a la expulsión, devolución o extradición al país de su nacionalidad o, en el caso que carezca de nacionalidad, al país de residencia habitual.

Con la solicitud de refugio los inmigrantes ilegales obtienen un salvoconducto de permanencia en el territorio nacional por 5 días hábiles. Término que es utilizado por los inmigrantes para regularizar su situación y transitar libremente por Colombia, continuando su travesía o regresando al país de origen.

La canciller María Ángela Olguín<sup>247</sup>, ha informado que en el periodo comprendido entre el año 2010 hasta el 2013, Migración Colombia reportó 434 solicitudes de refugio de las cuales se han reconocido 34. No obstante, resalta que no fue posible ubicar a 62 de las personas solicitantes al momento de ser contactadas para cumplir con los requerimientos de la autoridad migratoria.

Lo anterior permite inferir que una gran cantidad de extranjeros irregulares detectados en Colombia, de manera estratégica hacen uso de la figura humanitaria del refugio para lograr permanecer de forma regular en el territorio nacional por lo menos 5 días hábiles. Todo ello con el fin de continuar su travesía, pese a que el salvoconducto no es válido para salir del país, ni para desplazarse a zonas fronterizas distintas a aquella por la cual ingresó a territorio nacional.

#### **3.1.3.4.2. DEPORTACIÓN O EXPULSIÓN**

Los migrantes irregulares que no utilizan la figura del refugio, quedan sujetos a la aplicación de las medidas administrativas previstas en el Decreto No.4000 de noviembre 30 de 2004, compilado igualmente en el Decreto 1067 de 2015. Dichas medidas son la deportación o la expulsión. La primera de ellas consiste, conforme a lo establecido en el artículo 2.2.1.13.1.2, en el acto soberano del Estado colombiano de enviar fuera de su territorio a un ciudadano extranjero,

---

<sup>247</sup>COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. COLOMBIA BUSCA ALTERNATIVAS PARA EVITAR QUE MIGRANTES IRREGULARES ABUSEN DE LA FIGURA HUMANITARIA DEL REFUGIO. Rueda de prensa en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Fecha de Publicación: Enero 16 de 2014. Disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/Colombia-busca-alternativas-para-evitar-que-migrantes-irregulares-abusen-de-la-figura-humanitaria-del-refugio>>Fecha de Consulta: 16 de marzo de 2015.

siempre y cuando incurra en cualquiera de las causales previstas en el precitado precepto. Respecto a la expulsión, se envía fuera del territorio colombiano a un ciudadano extranjero no sólo por haber infringido las normas migratorias, sino también por razones de seguridad nacional, orden público, salud pública, tranquilidad social y por haber sido condenado en Colombia, de acuerdo con los artículos 2.2.1.13.2.1. Y 2.2.1.13.2.2.

### **3.1.3.4.3. INADMISIÓN O RECHAZO**

Otra de las medidas migratorias que se puede aplicar a los extranjeros en el momento de efectuar el control de inmigración o de personas en tránsito es la inadmisión o rechazo consagrada en el artículo 2.2.1.11.3.1 del Decreto 1067 de 2015. Consiste en negar el ingreso del ciudadano extranjero al país por concurrir en alguna de las 19 situaciones previstas en el artículo 28 del Decreto 0834 de 2013, que corresponde actualmente al artículo 2.2.1.11.3.2 del Novísimo Decreto 1067 de 2015. Con esta medida se ordena de inmediato el retorno al país de embarque, de origen o a un tercer país que lo admita, decisión que no admite ningún recurso y se aplica sin dilaciones.

## **4.1. RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD EN EL CONTEXTO DE LA INMIGRACIÓN**

Con relación al derecho a la libertad personal, el aumento del flujo de inmigrantes ilegales en Colombia se torna trascendente, dada la restricción al

derecho a la libertad de la cual son objeto, al ser detectados ingresando de manera ilegal en territorio patrio; ya que son capturados por las autoridades y puestos a disposición de Migración Colombia. A continuación se examinará la disposición que establece la restricción al derecho a la libertad de los inmigrantes irregulares sorprendidos en territorio colombiano.

### 3.2.1. MARCO JURÍDICO NACIONAL

La limitación de la libertad como consecuencia de la infracción a las leyes migratorias, se encuentra previstas en el Decreto 1067 de mayo 26 de 2015 en el artículo 2.2.1.13.3.2., en donde se estipula que:

“Un extranjero podrá ser **conducido** en cualquier momento por la autoridad migratoria a las instalaciones de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, cuando se haga necesario verificar su identidad y/o situación de permanencia en el territorio nacional o cuando se adelante en su contra un procedimiento administrativo y sea requerido para el mismo.

(...) El extranjero que sea objeto de un trámite de deportación o expulsión, podrá ser **retenido preventivamente** hasta por treinta y seis (36) horas y/o sometido a vigilancia o custodia por las autoridades migratorias hasta que la medida se haga efectiva”<sup>248</sup>.

Esta regulación normativa establece dos situaciones que impactan el derecho a la libertad personal de los extranjeros en Colombia. La primera está relacionada con la conducción de los extranjeros a las instalaciones de la Unidad Administrativa de Migración para verificar su identidad y/o permanencia en el

---

<sup>248</sup>Con anterioridad al 26 de Mayo de 2015, la figura estaba regulada en el Decreto 4000 de noviembre 30 de 2004, Capítulo IV, medidas comunes al título de sanciones, artículo 109, norma que fue compilada por el Decreto 1067 de 2015.

territorio nacional y la segunda, con la retención preventiva hasta por 36 horas cuando el extranjero es objeto de trámite de deportación o expulsión.

Es de resaltar, que las medidas de conducción para identificación y la denominada **“retención preventiva temporal de extranjeros”**<sup>249</sup>, se aplican como consecuencia de la vulneración de normas de carácter administrativo. Es decir, no se trata de restricciones a la libertad por comisión de delitos, sino por la condición del extranjero de estar en situación irregular; medidas que también han adoptado los países receptores del mayor número de inmigrantes, como por ejemplo España, donde ha sido altamente cuestionada al entender que se detiene a las personas por lo que son y no por lo que han hecho<sup>250</sup>.

### **3.2.1.1. CONDUCCIÓN PARA CONTROLES DE IDENTIFICACIÓN**

Con el fin de verificar la identidad del extranjero, se confiere a la autoridad migratoria la potestad para conducirlo a las instalaciones de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Es claro que esta medida comporta una restricción al ejercicio del derecho a la libertad personal de los extranjeros en Colombia; puesto que no se trata de una mera inmovilización momentánea sino que además implica el desplazamiento del extranjero requerido a las dependencias de Migración Colombia.

---

<sup>249</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. INFORME DE GESTIÓN SECTORIAL DE 2014 SECTOR DE RELACIONES EXTERIORES. [on line]. Cancillería. Bogotá. Disponible en: [www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/planeación\\_estrategica/indicadores\\_gestion/informe\\_de\\_gestión\\_sectorial-2014.pdf](http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/planeación_estrategica/indicadores_gestion/informe_de_gestión_sectorial-2014.pdf). p.19. Fecha de consulta: 15 de marzo de 2015.

<sup>250</sup> Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona.

Cabe anotar que esta disposición legal no establece con precisión qué autoridad es la que ordena la medida de conducción al extranjero para su identificación. Tampoco establece un límite temporal de la medida; ya que existe indeterminación respecto al tiempo que debe permanecer el extranjero en las instalaciones de Migración Colombia a efectos de proceder con la diligencia de identificación.

### 3.2.1.2. RETENCIÓN PREVENTIVA

La regulación normativa que consagra la **“retención preventiva temporal de extranjeros**, se torna imprecisa y ambigua pues deja a discrecionalidad de la autoridad migratoria ordenar o no la retención, cuando establece que se **“podrá retener”** al extranjero. Sin embargo, no define los criterios bajo los cuales se debe autorizar la retención. Igualmente, en la normativa no hay concreción sobre qué funcionario de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia es el competente para autorizar la retención, dado que de manera genérica alude a **la Autoridad Migratoria**. Asimismo se establece un término de retención de 36 horas, sin especificarse cuál es el propósito del mismo, si para tramitar el procedimiento administrativo de deportación o expulsión o, para hacer efectiva las medidas administrativas adoptadas.

En este orden de ideas, cabe precisar que los artículos 2.2.1.13.1.2, 2.2.1.13.2.1 y 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1067 de 2015, al regular el trámite de

deportación o de expulsión, omitieron fijar un término a las autoridades migratorias para adoptar la decisión. Sin embargo, teniendo en cuenta el plazo previsto para la retención –entendido como el mismo de las 36 horas que dispone el artículo 28 de la Constitución nacional para que la persona detenida sea puesta a disposición del juez competente– se infiere que la situación migratoria del extranjero irregular retenido debe ser definida dentro del término máximo de 36 horas, so pena de ser dejado en libertad. Por ello, se debe fijar un plazo para decidir sobre la expulsión y deportación, que debe ser, sin lugar a dudas, el estrictamente imprescindible para resolver su situación migratoria con el fin de preservar los derechos fundamentales de los extranjeros dentro de los que se incluye el de la libertad personal; cuya titularidad, como ya se mencionó, recae por igual en nacionales y extranjeros.

Adicionalmente, es necesario subrayar que la disposición legal sobre la retención del inmigrante ilegal no consagra cuál es el procedimiento a seguir en el momento de la retención, ni establece cuáles son las garantías que deben rodear al retenido. Pero atendiendo la eficacia directa de la Constitución, se debe observar lo señalado en el artículo 28 constitucional, salvo la reserva judicial. De igual manera se le debe informar las razones de su retención y las faltas a las normas migratorias que se le imputa. De igual forma, se debe observar en el trámite administrativo el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C.N., siendo necesario informar de su retención a la oficina consular o misión diplomática acreditada en Colombia, de conformidad con el artículo 16 numeral 1 del Conjunto

de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

### **3.2.2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL**

De conformidad con la noción de Bloque de constitucionalidad adoptada en forma expresa en la jurisprudencia constitucional con fundamento en el artículo 93 y 214 de la Carta superior, a efectos de garantizar los derechos fundamentales de los extranjeros retenidos preventivamente de manera temporal, se debe observar el cumplimiento de lo dispuesto sobre el derecho a la libertad personal por los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Congreso,—como se analizó en el capítulo referente a los mecanismos de protección de la libertad personal.

Con relación a las privaciones de libertad, es importante destacar que la agencia de la ONU para los refugiados ha emitido recomendaciones sobre la situación de los refugiados detenidos y de las personas que buscan asilo. En 1986, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR– expidió la recomendación número 44 ante la profunda preocupación por el incremento de refugiados y solicitantes de asilo en diferentes regiones del mundo; quienes fueron objeto de detención o de medidas restrictivas análogas por el hecho de su entrada o presencia ilegal en busca de asilo y se encontraban en espera de una solución a su situación. Frente a estos hechos, expresó que deben evitarse los sufrimientos que entraña la detención y enfatizó en

que cuando se recurre a ella debe ser por una razón estrictamente necesaria y sólo por razones prescritas por la Ley para proceder a la verificación de la identidad. Verificación que debe realizarse en los siguientes casos: primero, para determinar los elementos que sirven de base a la solicitud de condición de refugiado o de asilo; segundo, para tratar los casos en donde los refugiados o solicitantes de asilo hayan destruido sus documentos de viaje y/o identidad o cuando hayan destruido sus documentos de viaje y/o identidad o en el caso en el que hayan hecho uso de documentos falsos a fin de inducir a error a las autoridades del Estado donde tienen la intención de solicitar asilo; y tercero, para preservar la seguridad o el orden público.

Aunado a lo anterior, en 1999 se adoptaron las directrices de ACNUR sobre los Criterios y Estándares aplicables respecto a la detención de solicitantes de asilo, en donde se recalcó que la detención es inherentemente indeseable, no opera de manera automática y se debe recurrir a ella sólo cuando sea necesario, pues se constituye en derecho fundamental el derecho a no sufrir una detención arbitraria, ni indebidamente prolongada cuando se trate de solicitante de asilo que arriba directamente y de manera irregular<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup>ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS –ACNUR–. DIRECTRICES DEL ACNUR SOBRE LOS CRITERIOS Y ESTÁNDARES APLICABLES CON RESPECTO A LA DETENCIÓN DE SOLICITANTES DE ASILO. (1999). [On line] Disponible en:<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4992fb672> Fecha de Consulta: 11 de julio de 2015

Posteriormente, ACNUR sustituyó estos preceptos mediante la emisión en el año 2012 de las Directrices<sup>252</sup> sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención, las cuales se aplican a los refugiados, a los apátridas, a quienes solicitan asilo y a otras personas que se encuentran necesitadas de protección internacional en caso de que excepcionalmente sean detenidos por motivos relacionados con la migración<sup>253</sup>.

En el marco de estas Directrices, la “detención” se entiende como a la privación de la libertad o el confinamiento dentro de un lugar cerrado donde al solicitante de asilo no se le es permitido salir según su voluntad, incluso, aunque sin limitarse, confinado en prisiones o instalaciones de detención, centros de recepción cerrados, instalaciones o centros de retención.

Pero también se llama la atención, sobre otras restricciones a la libertad en el contexto migratorio, precisando la distinción entre detención como privación de la libertad y restricciones menores, leves y de poca intensidad, que también están amparadas por las normas internacionales; pues lo importante es verificar si el solicitante de asilo está siendo privado de *facto* de su libertad y si esta privación es legal según el derecho internacional.

---

Estas directrices se profieren con fundamento en el artículo 35 de la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951 y el artículo II de su Protocolo de 1967.

<sup>253</sup>ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS –ACNUR–. DIRECTRICES SOBRE LA DETENCIÓN. Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9045> Fecha de Consulta: 11 de julio de 2015.

Ahora bien, en relación con el lugar donde se cumple la afectación del derecho a la libertad –independientemente del nombre que se le dé a un determinado lugar de detención–, según las Directrices de ACNUR, las cuestiones trascendentales que se deben tener en cuenta son: i) detención acorde con la ley y autorizada por ella. (Principio de legalidad). ii) no debe ser discriminatoria. iii) las condiciones de detención deben ser humanas y dignas. iv) se deben establecer límites máximos al período de detención no debe ser indefinida. v) respeto a salvaguardas procesales mínimas. Vi) debe estar sujeta a vigilancia e inspección independiente. vii) no debe ser arbitraria, es una medida excepcional. viii) se debe evaluar las circunstancias especiales y las necesidades de la persona. ix) debe ser necesaria, razonable y proporcional.

### **3.2.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ÓRGANISMOS INTERNACIONALES**

El Comité de Derechos Humanos sobre la privación de la libertad de los migrantes ilegales, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el caso J.R.C c Costa Rica donde las autoridades migratorias detuvieron a un ciudadano hasta identificar un país dispuesto a recibirlo, con el fin de deportarlo de nuevo por considerar que constituía una amenaza para la seguridad pública al haber sido expulsado anteriormente. Frente a ello, el Comité inadmitió el alegato por presunta violación a la libertad personal al considerar la intención declarada del Estado de devolverle la libertad tan pronto como fuese factible expulsarlo del territorio nacional.

Asimismo en el caso A c. Australia el Comité de Derechos Humanos partió de la observación que la privación de la libertad de los solicitantes de asilo no es per se arbitraria, haciendo énfasis en la proporcionalidad de la privación de la libertad y en la duración de la medida.

Por su parte, la Corte Interamericana en su jurisprudencia, se ha pronunciado en relación con la privación de la libertad por razones no penales, estableciendo 3 requisitos básicos: i) la detención preventiva por alguna razón de seguridad pública, debe basarse en fundamentos y procedimientos establecidos por la ley, ii) no puede ser arbitraria, iii) debe ofrecer sin demora un control judicial de supervisión, además destaca que la privación de la libertad que deben soportar los inmigrantes, es de carácter administrativo y su duración indefinida.

La restricción de la libertad debe perseguir un fin legítimo, que en el caso del migrante y del asilo son los mismos, a saber: cuando se presente riesgo de fuga de futuros procesos legales o administrativos o, cuando se presente un peligro para la persona o la seguridad pública. Por otro lado, se considera que es arbitraria y excede los intereses legítimos de los Estados suponer que el ingreso irregular de los solicitantes de asilo o los migrantes constituye un delito.

Toda detención del inmigrante debe ser necesaria, razonable y proporcional. De modo que en todos los casos, sin interesar su condición migratoria, se debe hacer un análisis individual de cada una de las situaciones y

por lo tanto, toda detención en grupo será considerada arbitraria. Finalmente, la detención debe estar sujeta a revisiones periódicas, significativas e independientes.

#### **3.2.4. SALAS TRANSITORIAS DE MIGRACIÓN**

Con relación a la forma y el lugar donde debe hacerse efectiva la limitación de la libertad por el término de 36 horas, con el objeto de deportar o expulsar extranjeros irregulares que son retenidos, se crearon las denominadas “salas transitorias de migración” en los centros de servicios migratorios (CDSM). Dichas salas, son “espacios destinados a la retención preventiva temporal de extranjeros”<sup>254</sup>, contando con lo necesario para atender de manera humanitaria, médica y psicológica, tanto a extranjeros como nacionales víctimas de tráfico de migrantes y trata de personas.

El Decreto 1067 de 26 de Mayo de 2015, que se constituye en el Decreto Único reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores –en donde se compilan las normas del sector– no determina la regulación de estas salas transitorias; se hace referencia a ellas en el Informe de Gestión Sectorial de 2014-Sector Relaciones Exteriores. Con el fin de promocionar la política migratoria y fortalecer el servicio al ciudadano, se crearon 7 oficinas de atención al migrante en: Norte de Santander, Valle del Cauca, Chocó, Risaralda, Quindío, Caldas y

---

<sup>254</sup> Ibid.,p.19

Atlántico, más la oficina de Ipiales que fue erigida con anterioridad<sup>255</sup> y en el Proyecto de Protocolo de Autoridades Aeroportuarias de Barranquilla y Armenia donde se habla sobre “salas transitorias de migración”, como “espacios destinados a la retención preventiva temporal de extranjeros”<sup>256</sup>.

De acuerdo con este Proyecto de Protocolo, en la restructuración de las nuevas terminales aéreas, se prevé la existencia de las salas transitorias como un espacio cuya área total mínima deberá tener 33 m2, contar como mínimo con un cuarto donde se cumpla la retención, un área de espera, unidades sanitarias o baños de uso público para hombres, mujeres y niños y estar ubicado preferiblemente en el primer nivel de la terminal de pasajeros, dentro de las zonas de seguridad restringidas, posterior a los controles de acceso o puntos de inspección, y contigua al área Punto de control de pasaportes-Inmigración<sup>257</sup>.

Es importante resaltar el esfuerzo de las autoridades colombianas por adecuar por lo menos un lugar donde deban permanecer los extranjeros durante el término de la retención, diferente a los comandos y estaciones de policía, donde se ubican los infractores de la ley penal; pues estos extranjeros, como se reitera, no han cometido ningún delito.

---

<sup>255</sup> Se encuentran funcionando en Cúcuta que depende de la regional oriente, Cali de la regional occidente y la de Medellín.

<sup>256</sup> Ibid., p.19

<sup>257</sup> PROYECTO DE PROTOCOLO REQUERIMIENTOS ENTIDADES DE CONTROL, [on line]. Disponible en: [http://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/6019/2581/proyecto\\_de\\_protocolo\\_autoridades\\_aeroportuarias\\_barranquilla-armenia.pdf](http://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/6019/2581/proyecto_de_protocolo_autoridades_aeroportuarias_barranquilla-armenia.pdf). p. 9. Fecha de Consulta: 25 de junio de 2015.

No obstante, es necesario que el legislador tome medidas en aras de determinar, de manera concreta y definida, en las normas de extranjería, la naturaleza jurídica de esos lugares de retención que indudablemente no hacen parte del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, ni son establecimientos de reclusión. De igual forma, se debe reglar la forma de organización, funcionamiento, administración y dirección de estos centros.

Asimismo, es indispensable establecer el procedimiento a seguir en caso de una retención y precisar de manera concreta qué funcionario la ordena, quién garantiza sus derechos y cuáles son esos derechos. También es importante indicar quiénes pueden acceder a estos centros, por ejemplo, ONGs en labores de carácter humanitario, defensores a efectos de asistir al retenido jurídicamente en sus trámites administrativos, personal diplomático para que asista a sus nacionales, traductores con el fin de facilitarles la comunicación y el entendimiento de los cargos cuando no dominen el idioma<sup>258</sup>.

Finalmente, es importante señalar que no en todos los puntos fronterizos existen estas salas. De manera que si se presenta una retención, los migrantes ilegales pueden verse abocados a permanecer en estaciones o comandos de policía o, ser dejados en libertad. En algunos casos se llevan ante el juez de

---

<sup>258</sup>Pese a los esfuerzos realizados para investigar, lo que acontece al interior de estos centros de retención con los inmigrantes objeto de esta medida, ha sido imposible conocer que sucede. Los funcionarios de inmigración Colombia contactados no tenían claridad sobre el funcionamiento de estas salas. Por internet en YouTube existe un video en el que se observa a un inmigrante retenido solicitar el uso del teléfono para tener una comunicación y este servicio fue denegado por el funcionario de migración Colombia en forma soez, pese a que el retenido le manifestaba que tenía derecho y que no era un detenido penal.

garantías por las autoridades que los retienen y estos los dejan en libertad porque no han cometido ningún delito<sup>259</sup>.

### **3.2.5. SUJETOS A QUIENES SE LES RESTRINJE SU LIBERTAD EN LAS SALAS TRANSITORIAS.**

Generalmente se pueden encontrar refugiados, solicitantes de asilo, personas apátridas, víctimas de la trata de personas, migrantes traficados o irregulares, que pueden haber sido detenidos por incumplir las condiciones de la estadía<sup>260</sup>. También, personas que han cometido infracciones administrativas como la entrada o estadía irregular o no autorizada o por causa de procesos de expulsión o deportación. Los retenidos pueden ser hombres solos, mujeres, niños –incluyendo niños no acompañados o separados– y familias<sup>261</sup>.

### **3.2.6. QUIENES EFECTÚAN LA RETENCIÓN**

Las autoridades públicas que participan en acciones de detención migratoria pueden incluir a la policía, oficiales de prisiones, autoridades de inmigración (Migración Colombia), guardias de fronteras, fuerzas militares y de seguridad o la marina y guardacostas.

---

<sup>259</sup> Estas situaciones se han presentado en Turbo Antioquia.

<sup>260</sup> Por ejemplo el incumplir la prohibición de trabajar, haber abandonado un proceso de asilo o estar más tiempo del permitido.

<sup>261</sup> De acuerdo con ACNUR Se ha demostrado que la experiencia de una detención por razones migratorias, en particular para las personas con necesidades especiales, causa graves problemas físicos y mentales y puede desencadenar vulnerabilidades o agravarlas ya existentes.

## **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

En este apartado se hará énfasis en los escenarios en donde el ejercicio del derecho a la libertad personal también puede resultar comprometido; ubicando en algunos casos la afectación en la zona de penumbra del derecho o en la supresión total de la libertad, como es el caso de los controles de alcoholemia para detectar a conductores ebrios, las restricciones a la libertad de las personas con discapacidad mental y los menores de edad infractores de la ley penal.

### **4.1. CONTROLES DE ALCOHOLEMIA**

El Código Nacional de Tránsito Terrestre Ley 769 de 2002, en el Título IV sobre las sanciones y los procedimientos, consagra en el capítulo VII la actuación de las autoridades de tránsito en los casos de embriaguez. Concretamente, el artículo 150 establece la potestad que tienen para solicitarle a todo conductor de vehículo automotor la práctica de examen de embriaguez, la cual permita determinar si se encuentra bajo efectos producidos por el alcohol o por sustancias estupefacientes, alucinógenas o hipnóticas.

Con el fin de verificar el estado de aptitud de los conductores, el mencionado artículo establece que las autoridades de tránsito para la práctica de la prueba de embriaguez pueden contratar clínicas u hospitales, o también lo

pueden hacer en los centros integrales de atención<sup>262</sup> donde se tendrá una dependencia para la práctica de la misma.

Posteriormente, en el artículo 152 del precitado Código de Tránsito se determinan los diferentes grados de embriaguez y las respectivas sanciones. Dicha norma fue objeto de modificación mediante la Ley 1696 del 19 de diciembre de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas.

Así, en el artículo 5º de la Ley 1696 se establecen los grados de embriaguez que oscilan entre cero de alcoholemia y tercer grado de embriaguez según las cantidades que se detecten de alcohol en la sangre. De igual forma prevé niveles de reincidencia dentro de los diferentes grados de embriaguez, desde la primera hasta la tercera vez con sus correspondientes sanciones dependiendo del grado de alcoholemia. Luego consagra 5 párrafos en los que regula entre otras situaciones, el orden de reincidencia, la retención preventiva de la licencia de conducción y la sanción a quien no permita la realización de la prueba física o clínica o se dé a la fuga.

De igual manera, el artículo 4 crea el literal F en el artículo 131 de la Ley 769 de 2002 en donde se prescribe la inmovilización del vehículo en todos los

---

<sup>262</sup> Son establecimientos de carácter público o privado habilitados por el Ministerio de Transporte en donde se presta servicio de escuela y casa cárcel para la rehabilitación de los infractores de las normas de tránsito, creados por la ley 769 de 2002 artículo 2. Mediante la resolución 005868 del 21 de diciembre de 2010 habilita el centro integrado del infractor como centro integrado de atención.

casos de embriaguez o de alcoholemia y además anuncia que será el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses quien determinará la prueba mediante la cual se establecerá el estado de embriaguez o de alcoholemia que no cause lesión.

Precisamente en cumplimiento de este mandato, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante la Resolución 000181 del 27 de febrero de 2015, adoptó la guía *para la Medición Indirecta de Alcoholemia a Través de Aire Espirado*", con el fin de garantizar la confiabilidad y la validez de los resultados obtenidos en las pruebas de determinación de etanol en el aire espirado.

Con el objeto de efectuar los controles de alcoholemia, las autoridades de policía encargadas de controlar el tránsito en ejercicio de la actividad preventiva que realizan, instalan retenes<sup>263</sup> en lugares estratégicos de las ciudades o en carreteras, cuyo propósito es efectuar los controles de alcoholemia habilitando al lado del puesto de control un lugar donde se conduce al conductor sospechoso para que un agente de tránsito entrenado por medicina legal realice la prueba del alcoholímetro; la cual se podrá repetir por segunda vez, después 15 o 20 minutos de haberse realizado la primera en caso de que exista duda sobre el resultado.

Si la persona por cualquier razón, se resiste a la práctica de la prueba de alcoholemia, está sujeto a que la Policía de Tránsito, en primer lugar, registre en

---

<sup>263</sup> De acuerdo con el artículo 2 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, Ley 769 de 2002, el retén es un puesto de control instalado técnicamente por una de las autoridades legítimamente constituidas de la nación.

video la escena y después, inmovilice su vehículo, le imponga un comparendo (con la observación de que no accedió a la realización de la prueba) y le retenga la licencia de conducción para dejarla a disposición de la autoridad administrativa, como la Secretaría de Movilidad.

Desde el punto de vista de la libertad personal, este procedimiento de carácter administrativo, realizado por la policía de tránsito en ejercicio de la función preventiva, comporta una afectación al derecho cuando se requiere que el conductor del vehículo automotor se detenga y proceda a realizarse la prueba de alcoholemia.

Dicha limitación se torna problemática con relación a la afectación del derecho a la libertad, por cuanto ésta se recupera de manera inmediata. Frente a ello, el Tribunal Supremo Español<sup>264</sup>, por ejemplo, ha sostenido que no se puede equiparar la privación de la libertad con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia (controles de alcoholemia) por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a cabo.

De modo que la libertad se recupera inmediatamente, una vez realizada la prueba y así mismo, sostiene que esta práctica corresponde al sometimiento legítimo del ciudadano frente a la labor preventiva de las autoridades policiales. Sin embargo, sostener que el derecho a la libertad luego de esta intervención continua intacto es inadmisibles, toda vez que el derecho ha sido manipulado,

---

<sup>264</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo Español. Sentencia 22 del 18 de Febrero de 1988.

tocado, palpado y por ende, su intervención se ubica en la zona de penumbra del derecho a la libertad, que demanda una regulación precisa por parte del legislador en aras de delimitar el poder de actuación de las autoridades de policía frente a las inevitables molestias que entrañan para el ciudadano este tipo de intervenciones.

#### **4.1.1. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL**

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto a las normas que imponen sanciones penales o administrativas a quien conduzca en estado de ebriedad, al estudiar el artículo 181, numeral 9 del Decreto 1809 de 1990, reformatorio del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto-ley 1344 del 4 de agosto de 1970) que establecía un arresto de 24 horas para los conductores en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias alucinógenas o estupefacientes, un arresto de 24 horas.

Medida que fue considerada inconstitucional, en la Sentencia C-189-99<sup>265</sup> por vulnerar el artículo 28 de la Carta Política en la medida en que se facultaba a las autoridades de Policía para imponer una sanción privativa de la libertad con desconocimiento de las exigencias mínimas establecidas en la Constitución, es decir, orden escrita de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por los motivos señalados en la ley<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189-99. M.P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>266</sup> *Ibíd.*

En ese mismo precedente, el Tribunal de Justicia Constitucional estimó desproporcionada la sanción privativa de la libertad (arresto) en el sentido de que la sola inmovilización del vehículo por las autoridades administrativas, prevista en el mismo numeral 9 del artículo 181 demandado, es suficiente para garantizar que la persona ebria no continúe conduciendo, mientras que el arresto priva de la libertad a quien no ha causado daño alguno y, posiblemente, no lo ocasionará.

Recientemente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-633 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 1696 del 19 de diciembre de 2013 que establece medidas penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas.

Dicha norma fue cuestionada por vulnerar los siguientes derechos constitucionales: a la no autoincriminación, al debido proceso y al derecho de defensa a raíz de la imposición de sanciones a quien no permitiera la realización de las pruebas físicas y clínicas y por ordenar la retención de la licencia de conducción sin la existencia de un acto administrativo en firme.

En esa oportunidad la Corte Constitucional encontró que la retención de la licencia de conducción operaba como medida preventiva hasta tanto no culminara el procedimiento previsto para definir la responsabilidad por la infracción, según las disposiciones del actual artículo 152 del Código Nacional de Tránsito. Por lo

tanto, resulta proporcionada respecto de la finalidad de la medida y la idoneidad para alcanzarla.

Ahora bien, respecto del derecho a la libertad de locomoción y como obiter dicta la precitada decisión, admitió que la privación temporal de la licencia de conducción afectaba manifestaciones de algunos derechos constitucionales, entre ellos, la libertad de locomoción en tanto que impedía el empleo de uno de los instrumentos de transporte disponibles.

Sin embargo, consideró que la afectación de los derechos no es especialmente seria, dado que la restricción es temporal y se extiende hasta que se define la responsabilidad del conductor, a través de un procedimiento administrativo con etapas determinadas por la ley.

En cuanto a la obligación de practicarse las pruebas físicas y clínicas orientadas a determinar la presencia de alcohol en el cuerpo de un conductor, so pena de una sanción significativa, la justicia constitucional estimó que no vulneraba la Constitución, dado que la conducción es una actividad peligrosa que justifica una intervención acentuada e intensa por parte de las autoridades; además, por la relación de especial sujeción entre los conductores y las autoridades de tránsito, que permite la imposición de obligaciones especiales.

En relación con el artículo 28 de la Carta Superior, se precisó que dicha interferencia no queda comprendida dentro del derecho a no ser molestado sin

autorización judicial; puesto que el concepto de molestia no comprende las intervenciones de las autoridades que cumplen funciones evidentemente preventivas, y que entre otras cosas, no inciden en la libertad ni suponen interferencias excesivas en la intimidad. Adicionalmente, se desarrollan en el marco de una actividad que requiere una vigilancia acentuada y que presupone del ciudadano –ex ante– una *especie de consentimiento* a la intervención. Al respecto, concluyó la Corte que la obligación de realizar la prueba, puede restringir el derecho de defensa, pero que la finalidad perseguida es constitucionalmente importante y es efectivamente conducente.

Nuevamente, este precedente-SC-633 del 3 de septiembre de 2014 fue tenido en cuenta en la sentencia C- 961 del 10 de diciembre de 2014 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, cuando estudió la inexecuibilidad del párrafo 3 del artículo 1 de la Ley 1548 de 2012 que modifica la ley 769 de 2002 y la ley 1383 de 2010, pese a la pérdida de su vigencia<sup>267</sup>, dado que continua produciendo efectos por cuanto es posible que existan sanciones como consecuencia de la renuencia a la práctica de las pruebas físicas o clínicas de alcoholemia impuestas con antelación al 19 de diciembre de 2013, fecha de cesación de la vigencia de la Ley 1548 de 2012.

En el fallo de constitucionalidad se reitera la ratio decidendi de la sentencia C-633 de 2014 por resultar relevante y análogo respecto de la facultad del

---

<sup>267</sup>El párrafo 3 del artículo 1 de la Ley 1548 de julio 15 de 2012 fue subrogado por el párrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1696 de diciembre 19 de 2013.

legislador para imponer la obligación -bajo la amenaza de sanciones de diferente tipo- de practicarse una prueba de alcoholemia que tiene como propósito garantizar la seguridad en el tráfico terrestre. Obligación cuestionada sobre la base del derecho al debido proceso, la garantía de no autoincriminación y la prohibición de someter al inculpado a coacciones.

Así, la decisión reitera que la obligación de practicarse la prueba de alcoholemia y la imposición de sanciones por el incumplimiento de dicho deber, es ajustada a la constitución por i) encontrar fundamento en el artículo 6º y en el artículo 95 constitucional; (ii) por que persigue una finalidad constitucional de alto valor; (iii) no tiene un impacto en el derecho a la no autoincriminación en tanto no se trata de la obligación de efectuar una declaración o manifestación sobre determinados hechos; (iv) aunque restringe la posibilidad de asumir comportamientos pasivos como forma de defensa, se justifica dado que su finalidad consiste en controlar una fuente de riesgo para la vida y la integridad personal; (v) por la relación de especial sujeción respecto de las autoridades de tránsito que permite a estas prevenir y sancionar los comportamientos que pueden afectar o agravar la seguridad del tránsito cuando las personas adoptan la decisión de conducir vehículos automotores (vi) en el supuesto regulado no se encuentra ordenada la previa autorización judicial dispuesta por el artículo 250.3 de la Constitución; y (vii) la realización de la prueba se encuentra sometida a plenas garantías que impiden cualquier abuso o coacción y que fueron claramente enunciadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-633 de 2014.

## 4.2. PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

En cumplimiento de compromisos internacionales del Estado colombiano al firmar la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas<sup>268</sup> se promulgó la Ley 1306 de 5 de junio de 2009 denominada: Normas para la protección de personas con discapacidad mental y régimen de representación legal de incapaces emancipados, modificando el Código Civil de 1887.

Esta norma acoge en el artículo 3, los principios previstos en la Convención Internacional en mención<sup>269</sup>, donde se encuentra, entre otros, en el literal a) el respeto de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia.

De igual manera, señala en el artículo 2 que los sujetos con discapacidad mental son personas naturales, que padecen limitaciones psíquicas o de

---

<sup>268</sup>La convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006, se abrió a firmas el 30 de marzo de 2007 y entro en vigor el 3 de mayo de 2008, a 1 de Julio de 2008, 29 Estados partes habían ratificado la Convención. En: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental*. Material de Promoción. Serie Capacitación Profesional No.15. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra. 2008. p. 8. [on line]. Disponible en: <[www.Ohchr.Org/Documents/Publications/AdvocacyTool\\_Sp.Pdf](http://www.Ohchr.Org/Documents/Publications/AdvocacyTool_Sp.Pdf)>. Fecha de Consulta: 7 de Enero de 2016. Colombia aprueba la Convención mediante la Ley 1346 de julio 31 de 2009, declarada exequible por la Corte Constitucional en la SC-293 de Abril 21 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>269</sup> La finalidad de este instrumento internacional según el artículo 1 que trata de los propósitos de la Convención, es promover, proteger y asegurar el pleno goce en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las personas con discapacidad con el pleno respeto de la dignidad humana. Los principios generales que gobiernan la Convención se encuentran señalados en el artículo 3, previstos desde el literal a) al h). [on line]. Disponible en: <[www.Ohchr.Org/Documents/Publications/AdvocacyTool\\_Sp.Pdf](http://www.Ohchr.Org/Documents/Publications/AdvocacyTool_Sp.Pdf)>. Fecha de Consulta: 7 de Enero de 2016.

comportamiento, que no les permite comprender el alcance de sus actos o que asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio y cuya incapacidad jurídica esta correlacionada con su afectación. En el párrafo de este artículo sustituye el término “demente” por “persona con discapacidad mental”.

La Ley establece en su artículo 5 una diferenciación entre personas con discapacidad mental absoluta, considerados absolutamente incapaces y personas con discapacidad mental relativa que recae sobre unos determinados actos sobre los cuales se considera inhabilitado. Son absolutamente incapaces de conformidad con lo normado en el artículo 17 de la ley 1306 de 2009, quienes sufran una afectación o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental, de acuerdo con la calificación que haga el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación.

Respecto al derecho a la libertad personal, la Ley 1306 de 2009 se refiere a este derecho fundamental de las personas con discapacidad mental absoluta, en 4 artículos. En el artículo 20 indica como norma general que el discapacitado mental absoluto en principio goza de libertad salvo que sea imprescindible su restricción por razones de su discapacidad, para salud y terapia del paciente o por tranquilidad y seguridad ciudadana. Luego en el párrafo del artículo 20 de la Ley 1306 de 2009 precisa que el reconocimiento de la libertad del discapacitado mental absoluto, comprende la libertad de locomoción con la posibilidad de trasladarse a cualquier lugar del país y del exterior.

Esa misma norma señala la forma como puede operar la restricción de la libertad de estas personas, estableciendo dos mecanismos: I) por urgencia y II) por orden judicial. Respecto de la urgencia, el artículo 21 de la ley 1306 de 2009 advierte que la internación debe cumplirse en clínicas o establecimientos especializados, certificada por el médico tratante o perito oficial, que no puede exceder de dos meses. En relación con la autorización judicial, el artículo 22 de la precitada Ley, sostiene que opera cuando no se trata de una situación de urgencia, siendo ordenada por el juez de familia, previo concepto del médico tratante o un perito del organismo designado por el Gobierno Nacional.

Por otro lado, en el artículo 23 se estipula un término para la reclusión preventiva por causas ligadas al comportamiento de las personas con discapacidad mental absoluta, puntualizando que esta es una medida temporal, que no puede exceder de un año, pero que podrá ser prorrogada indefinidamente por lapsos iguales. Prorroga que deberá contar con un concepto previo del médico tratante o perito, dentro de los 30 días anteriores a la fecha de la rendición del concepto.

El internamiento puede cesar en el momento en el que se establezca pericialmente que las causas que lo motivaron han desaparecido, a solicitud de cualquier persona, incluso del paciente, siempre que no esté en riesgo el bienestar de la persona con discapacidad mental absoluta, la seguridad del grupo familiar o

de la población. Solicitud que debe ser resuelta por el juez en un término de 10 días hábiles.

Ante el tratamiento disperso en diferentes regulaciones normativas como en el Código Civil y en el Código Nacional de Policía, que de manera indirecta se referían a los enfermos mentales en general<sup>270</sup>, la Ley 1306 de 2009 constituyó un avance frente al tema de la internación de las personas con discapacidad absoluta, al regular su internación involuntaria.

Sin embargo, no deja de ser problemático frente al derecho de la libertad personal que ostentan las personas con discapacidad mental absoluta; puesto que con su internamiento involuntario se compromete la autonomía del sujeto y su capacidad de decidir, procediendo en contra de su voluntad o sin su voluntad. La autonomía y la libertad son asumidas por conceptos de protección terapéutica que operan a favor del individuo, de intereses colectivos atendiendo razones de tranquilidad y seguridad ciudadana.

Además, las normas no establecen unas directrices fijas y claras frente al uso excepcional de estas prácticas desde el punto de vista médico, lo cual puede generar una vulneración a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad sobre la que recaiga la medida de internamiento<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> CURE VERGARA, Erika Militza. *Hospitalización Involuntaria De Pacientes Con Trastorno Mental*. Tesis de grado para obtener título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. [on line]. Disponible en: [Javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS55.pdf](http://Javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS55.pdf). Fecha de Consulta: 30 de agosto de 2015.

<sup>271</sup> ARIAS LOPEZ, Beatriz Elena. Filosofía de la mente y Bioética. Los Derechos Civiles de las Personas Con Discapacidad Mental en Colombia: Una Actualización Tardía y Restringida. En: Revista Colombiana de

No hay ninguna referencia a la consideración de internación y tratamientos involuntarios salvo lo relacionado con la privación de la libertad de las personas con discapacidad mental absoluta. Tampoco alude a las prácticas de aislamiento y restricciones físicas, ni a las condiciones en que debe permanecer el discapacitado mental internado.

Es de anotar que esta normativa se refiere a la privación de la libertad de las personas con discapacidad mental que no son infractores de la ley penal. Quien padece un trastorno mental y realiza un hecho punible es considerada a la luz del derecho penal un inimputable, por encontrarse impedido para comprender el carácter injusto del actuar y dirigir su accionar conforme a dicha comprensión al momento de cometer el delito<sup>272</sup>.

La inimputabilidad es una figura jurídica que se encuentra prevista en el artículo 33, inciso 1, del Código penal así: “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural o estados similares...”, siendo el trastorno mental una de las causas generadoras de la inimputabilidad del sujeto que comete infracción penal.

---

Psiquiatría.Vol.39/No.2/20 pp.411-412. [on line]. Disponible en: <[www.Scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arrttext&pid=s0034-74502010000200013](http://www.Scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arrttext&pid=s0034-74502010000200013)>. Fecha de Consulta: 30 de agosto de 2015.

<sup>272</sup>VELÁSQUEZ V. Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Cuarta Edición Actualizada. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2010. p.546.

La consecuencia jurídica a imponer al inimputable es la medida de seguridad<sup>273</sup> que puede ser no privativa de la libertad o privativa de la libertad como las previstas en el artículo 69 numeral 1 y 2 del Código Penal, cuando establece el internamiento en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada y la internación en casa de estudio o trabajo.

El Código Penal en el artículo 70 inciso 1, establece para aquellos sujetos declarados inimputables por trastorno mental permanente, un tratamiento consistente en la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica, ya sea oficial o privada, con un tiempo máximo de duración de 20 años y un mínimo atendiendo a las necesidades del tratamiento. Pero en ningún caso el término de internación puede ser superior al máximo de la pena privativa de la libertad señalada para el respectivo delito, si el delito no tiene prevista esta sanción el internamiento no puede ser superior a los dos años.

También el artículo 71 del estatuto represor en su inciso 1 consagra, la internación para inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica, en establecimiento psiquiátrico o clínica, ya sea oficial o privada, por un tiempo máximo de diez años y un mínimo que dependerá de las necesidades específicas del sujeto.

---

<sup>273</sup> Sanción que se impone en razón a la peligrosidad que representa la persona respecto de la probabilidad de que vuelva a delinquir.

Finalmente, el artículo 72 preve la internación a los inimputables que no presenten trastorno mental, en casa de estudio o de trabajo ya sea pública o particular en la cual puedan recibir educación y enseñanza de un arte u oficio.

El internamiento de los imputables de acuerdo con el estatuto punitivo<sup>274</sup> puede suspenderse o cesar cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá la vida o se encuentre apto para ser tratado ambulatoriamente, es decir, que como condición previa de su excarcelación se exige el éxito del tratamiento.

En cuanto a la privación de la libertad que deben cumplir los inimputables, el artículo 11 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 20 de la Ley 65 de 1993, determinó en su numeral 5 la creación de establecimientos de reclusión para Inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente; los cuales estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social en donde serán recludas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica.

Esta designación específica de un establecimiento de reclusión para los inimputables, indudablemente mejora las condiciones de privación de la libertad de los enfermos mentales, pues ya no van estar en pabellones anexos a las cárceles y penitenciarias de los imputables; ya que para nadie es un secreto que el ambiente y las condiciones carcelarias pueden coadyuvar a la enfermedad mental.

---

<sup>274</sup>Artículos 70 – 71 incisos 3 y 4 respectivamente.

La creación de establecimientos de reclusión para los inimputables, garantiza que quien no tiene recursos económicos para costear un internamiento en clínica o institución privada se le brinde un tratamiento adecuado y una atención integral bajo la supervisión y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social.

#### **4.3. MENORES DE EDAD INFRACTORES DE LA LEY PENAL.**

Sobre el derecho a la libertad personal, cuando se trata de menores<sup>275</sup> infractores de la ley penal, es pertinente precisar que se encuentra entrelazado con la necesidad de protección integral del menor infractor<sup>276</sup> y la prevalencia de su interés superior, tal como lo demandan los estándares internacionales de derechos humanos en pro de la niñez. Por ello, a continuación se abordará el estudio de los instrumentos internacionales encaminados a proteger al menor y la regulación que ellos hacen en relación con el derecho a la libertad.

##### **4.3.1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DEL NIÑO**

---

<sup>275</sup>De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1 se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad. Que de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos merecen protección especial e integral por parte de la familia, la sociedad y el Estado ante su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad e indefensión.

<sup>276</sup> Principio que adquiere un contenido educativo con miras a la rehabilitación del menor, exigiendo que se pondere entre ésta y la retribución, especialmente cuando se trata de delitos graves. En ARIAS LOPEZ Juan Carlos. Módulo “*Bloque de Constitucionalidad y Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes*”, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2010. p. 75.

Cuando se trata de los menores que resultan comprometidos en la realización de conductas punibles existe en el ámbito del derecho internacional diversos instrumentos que imponen el deber de brindar protección especial e integral al niño, como la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 1924 de Naciones Unidas <sup>277</sup>, la Declaración de los Derechos del Niño<sup>278</sup>, desarrollada por la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 28 de enero de 1991.

De igual manera no sobra advertir que todos los tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia que fueron estudiados en este trabajo con relación al derecho a la libertad personal<sup>279</sup> también son aplicables por proveer una atención y protección especial de la niñez.

#### **4.3.1.1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

---

<sup>277</sup> Instrumento que precisa: Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo. [on line]. Disponible en: <[www.Ojd.Org.do/Normativa/Peal%20NNA/instrumentos%20internacionales/Declaración%20de%20Ginebra%201924.Pdf](http://www.Ojd.Org.do/Normativa/Peal%20NNA/instrumentos%20internacionales/Declaración%20de%20Ginebra%201924.Pdf)>. Fecha de Consulta: 8 de Enero de 2016.

<sup>278</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1959, incluyendo 10 principios pero sin carácter obligatorio. [on line]. Disponible en: <[www.unicef.es/infancia/derechos-del-niño/convención-derechos-niño](http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-niño/convención-derechos-niño)>. Fecha de Consulta: 8 de Enero de 2016.

<sup>279</sup> Cfr. Numerales 6.4, 6.5, 6.6, 6.7.

En lo que atañe a la libertad personal del menor infractor, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 37, literal a) que no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. El literal b) señala que ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño, se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Se establece igualmente en el literal c) que todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas, salvo en circunstancias excepcionales. Y finalmente el literal d) consagra que todo niño privado de libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Por su parte, el artículo 40 establece las garantías a aplicar para los menores infractores de la ley penal, que pertenecen al debido proceso y derecho de defensa, entre ellas, el principio de legalidad del delito, la presunción de inocencia, la asistencia letrada, la no autoincriminación y el principio de

proporcionalidad. Y respecto a la libertad, consagra el deber de establecer medidas alternativas a la internación en instituciones<sup>280</sup>.

Asimismo en el ámbito de la justicia juvenil, existen documentos de carácter internacional que constituyen la doctrina autorizada de protección de derechos humanos o expresiones consuetudinarias del derecho internacional humanitario, que deben ser consideradas como integrantes del Bloque de Constitucionalidad, en la medida en que están referidos a la interpretación, concreción y activación de principios generales y mandatos fundamentales explicitados en diferentes

---

<sup>280</sup> El artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño consagra textualmente: “ 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidas por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: I) Que lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; II) Que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa; III) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y a menos que se considere que ello fuere contrario al mejor interés del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; IV) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; V) Si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; VI) Que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; VII) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde la proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción penal. [on line]. Disponible en: <Portal. Unesco.org/Education/es/Files/37228/11289397055 convencion.pdf>. Fecha de Consulta: 8 de Enero de 2016.

Tratados Internacionales ratificados por Colombia, siendo por lo tanto vinculantes en el ordenamiento interno según lo dispuesto en los artículos 44, 45, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben ser acogidos en los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley penal<sup>281</sup>.

Así encontramos las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de noviembre 28 de 1985), las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, Resolución 45/112 de diciembre 14 de 1990), las Reglas mínimas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokioll, Resolución 45/110 de diciembre 14 de 1990) y las Reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana, Resolución 45/113 de diciembre 14 de 1990), la Observación General del Comité No. 10 de 2007 sobre los derechos del niño en la justicia de menores.

#### **4.3.1.2. LAS REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES (REGLAS DE BEIJING)**

En punto al derecho a la libertad, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing) en la tercera parte que aborda la sentencia y el tratamiento jurídico que recibirá el

---

<sup>281</sup> A este respecto consultar módulo “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal”, pág. 98-106 y ARIAS LOPEZ Juan Carlos. módulo “*Bloque de Constitucionalidad y Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes*”, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2010. p. 47-56. La sentencia de la Corte Constitucional C-203 de 2005.

menor infractor, en su artículo 17 numeral 1, literales a) establece una respuesta proporcionada a la gravedad del delito y a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad. En el literal b) se prevé que las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible. Luego el literal c) se señala que sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada. Finalmente, en el literal d) se establece la necesidad de tener en cuenta a efectos de imponer la sanción como criterio orientador principal el bienestar e interés superior del menor. Estas medidas que buscan sanciones sustitutivas a la privación de la libertad van encaminadas a la reeducación y rehabilitación del menor con el fin de garantizar un futuro bienestar para el joven.

La regla 18 de Beijing dispone igualmente que para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones, señalando como ejemplo un listado de posibles alternativas, previendo la aplicación simultánea de algunas de ella<sup>282</sup>.

---

<sup>282</sup> Algunas de esas decisiones que pueden aplicarse simultáneamente, de acuerdo con la regla 18.1. son: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes”.

El artículo 19 del precitado instrumento hace énfasis en el carácter residual y de última ratio respecto de las medidas restrictivas o privativas de la libertad, cuando establece el carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, pues se considera que es más negativo para el menor el confinamiento y el aislamiento de su entorno social. Por ello, se busca reducir el confinamiento en cantidad cuando se establece como último recurso y en tiempo cuando se habla del más breve plazo posible y se propende por establecimientos abiertos más que cerrados, de tipo correccional o educativo antes que carcelario.

Las reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores también se ocupan de regular la forma en que debe aplicarse el tratamiento del menor infractor en centros especializados de reclusión prestando atención a los objetivos resocializadores, protectores y educativos del tratamiento conforme lo establecen los artículos 26 al 29<sup>283</sup>.

---

<sup>283</sup> La Regla No. 26.1 establece que la capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.; la 26.2 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria -- social, educacional, profesional, psicológica, médica y física -- que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.; la 26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos; la 26.4 La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.; la 26.5 En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.; y la 26.6 Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación.

La regla 27.1 consagra: En principio, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las recomendaciones conexas serán aplicables en la medida pertinente al tratamiento de los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios, inclusive los que estén en prisión preventiva y la regla 27.2 Con objeto de satisfacer las diversas necesidades del menor específicas a su edad, sexo y personalidad, se procurará aplicar los principios pertinentes de las mencionadas Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en toda la medida de lo posible”.

La regla 28.1 preceptúa que la autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible y la 28.2 afirma, los menores en libertad condicional

#### **4.3.1.3 REGLAS MÍNIMAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (REGLAS DE LA HABANA)**

Las Naciones Unidas proclamó el 14 de diciembre de 1990, las Reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana), donde se compendia una serie de pautas a considerar y hacer efectivas en todos los casos en que se adopte esa clase de sanción respecto de infracciones de la ley penal por menores de edad.

La regla N° 1 reconoce la necesidad de protección integral y promoción del interés superior del menor, cuando habla de un sistema de justicia de menores bajo el respeto de los derechos y la seguridad de los menores con el fin de fomentar su bienestar físico y mental, además establece como principio protector del menor, la reclusión como medida de última ratio y por el mínimo periodo necesario.

La N° 2 dispone, en primer lugar, que toda privación de libertad de un menor transgresor debe llevarse a cabo acatando las pautas mínimas que constan en ese instrumento y en las Reglas de Beijing. En segundo término, insiste en que

---

recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad.

La regla 29.1 señala que se procurará establecer sistemas intermedios como establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos y otros sistemas pertinentes que puedan facilitar la adecuada reintegración de los menores a la sociedad.

aquél únicamente puede ser restringido en su libertad personal de manera excepcional, como última opción, y por el menor tiempo posible.

La privación de la libertad, es definida por este instrumento en la Regla N° 11 literal b) como toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

Posteriormente, las reglas No. 12 y 13 fijan las condiciones y circunstancias que se deben cumplir a efectos de respetar los derechos humanos de los menores privados de la libertad<sup>284</sup>. Mientras que las reglas contenidas en los numerales 17 y 18 aluden a las garantías que operan a favor de los menores que han sido detenidos como la presunción de inocencia, el carácter residual y excepcional de la detención preventiva, entre otros<sup>285</sup>, las reglas siguientes se

---

<sup>284</sup> Regla N° 12. Establece que la privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e inculcarles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad. Por su parte la Regla N° 13. Dispone que no se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.

<sup>285</sup> Así la Regla N° 17 dispone que se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

Mientras la Regla N° 18. Literal a) establece que los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones. Literal b) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por

ocupan de determinar el funcionamiento de los centros de reclusión o confinamiento y su administración, entre muchos otros temas<sup>286</sup>.

#### **4.3.2. CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA**

La Ley 1098 de 2006 por medio del cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia el 8 de noviembre de 2006, en relación con la justicia penal, implementó el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y dentro de su texto normativo adoptó las directrices señaladas en los instrumentos internacionales reseñados con anterioridad.

Así, respecto al derecho a la libertad personal del menor infractor de la ley penal consagra el principio de flexibilidad cuando establece una progresiva gama de medidas aplicables a los adolescentes a quienes se les ha declarado su responsabilidad penal, entre las que está concebida la privación de la libertad como recurso último y excepcional, únicamente para delitos considerados graves. Asimismo se establecen consecuencias jurídicas para sancionar al menor infractor de naturaleza y contenido distinto de las establecidas para los mayores de edad, las cuales responden también a unos fines diversos y tienen sus propios criterios de selección y dosificación.

---

razones de trabajo, de estudios o de capacitación. Literal c) Los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia.

<sup>286</sup> Esos otros temas aluden por ejemplo al ingreso, registro, desplazamiento y traslado de los menores; su clasificación y asignación; las características de la edificación y la clase de alojamiento que se les ha de proveer; las oportunidades de educación, formación profesional y trabajo; las actividades recreativas que han de desarrollar; la atención médica; la comunicación con familiares y la sociedad; prohibición acerca de la coerción física y el uso de la fuerza; los procedimientos disciplinarios; la inspección de las instituciones, y el personal con el que deben funcionar.

En efecto el Código de la Infancia y la Adolescencia, Libro II, artículo 177, establece como sanciones: la amonestación<sup>287</sup>, la imposición de reglas de conducta<sup>288</sup>, la prestación de servicios a la comunidad<sup>289</sup>, la libertad asistida<sup>290</sup>, la internación en medio semi cerrado<sup>291</sup> y la privación de la libertad en centro de atención especializado<sup>292</sup>, todas las cuales tienen expresamente señalada una finalidad protectora, educativa o pedagógica y restaurativa, debiendo ser aplicadas con el apoyo de la familia del menor y la vigilancia de especialistas.

Estas medidas indudablemente cumplen con el fin de garantizar un trato especial y diferenciado de los menores respecto de los adultos que infringen la ley penal tal como lo señala el artículo 140 de la Ley 1098 de 2006 cuando habla de la finalidad del sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y establece que en esta materia, para adolescentes tanto en el proceso como las medidas que se tomen tiene el carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema

---

<sup>287</sup> Artículo 182. “Es la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño. En todos los casos deberá asistir a un curso educativo sobre respeto a los derechos humanos y convivencia ciudadana que estará a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público. / En caso de condena al pago de perjuicios, el funcionario judicial exhortará al niño, niña o adolescente y a sus padres a su pago en los términos de la sentencia.

<sup>288</sup> Artículo 183. Es la imposición por la autoridad judicial al adolescente de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación. Esta sanción no podrá exceder los dos (2) años.

<sup>289</sup> Artículo 184. Es la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período que no exceda de 6 meses, durante una jornada máxima de ocho horas semanales preferentemente los fines de semana y festivos o en días hábiles pero sin afectar su jornada escolar. / PARÁGRAFO. En todo caso, queda prohibido el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o que entorpezca la educación del adolescente, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

<sup>290</sup> Artículo 185. Es la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada. Esta medida no podrá durar más de dos años.

<sup>291</sup> Artículo 186. Es la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al cual deberán asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana. Esta sanción no podrá ser superior a tres años.

<sup>292</sup> Artículo 161. Para los efectos de la responsabilidad penal para adolescentes, la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años. La privación de la libertad sólo procederá como medida pedagógica.

de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. Privilegiando siempre el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Es de anotar que la finalidad protectora de todas las sanciones apunta a alejar al menor transgresor y a prevenir a la sociedad de nuevas conductas delictivas por parte de éste; su carácter educativo o pedagógico está orientado a que asuma consciencia acerca del daño causado, y en función de ello adopte valores y principios que le permitan discernir la importancia del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; y el fin restaurativo, implica no sólo que el adolescente, desde el punto de vista político social, adquiera sentido de responsabilidad con la reparación del perjuicio infligido a la víctima, sino también lograr su reincorporación a la sociedad para que consolide su desarrollo.

De igual forma, el principio de flexibilidad opera en el momento de imponer la sanción al menor trasgresor dado que el juez cuenta con una relativa discrecionalidad para seleccionar las que correspondan en el caso concreto, de conformidad con unos criterios expresamente señalados en la citada codificación al contrario de lo que sucede con los adultos donde las sanciones deben tener una relación directa y univoca con la conducta delictiva<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado N° 33510 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

En relación con la pena privativa de la libertad en el Código se establecen dos supuestos mediante los cuales opera esta sanción, a saber: I) cuando se trata de delitos graves como el homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, cometido por adolescentes de catorce (14) años y menores de dieciocho (18), que podrán ser privados de la libertad en un centro de atención especializada por un lapso de dos (2) a ocho (8) años<sup>294</sup>, II) Cuando se trate de delitos menos graves, categoría que corresponde a los sancionados en el Código Penal con pena mínima de prisión que sea o exceda de seis (6) años (atendidos los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos), la sanción por imponer igualmente será la privación de la libertad en un centro de atención especializada, pero por un período de uno (1) a cinco (5) años, y únicamente cuando el autor o partícipe de tales comportamientos tenga dieciséis (16) años cumplidos y sea menor de dieciocho (18).

Ahora bien ello no es óbice para que el operador jurídico pueda optar por una sanción diferente para el menor infractor dado el carácter excepcional y de última ratio que tiene la privación de la libertad para el infante infractor de la ley penal, siempre y cuando se propenda por la protección integral del adolescente.

---

<sup>294</sup> Artículo 187 inciso segundo, ley 1098 de 2006

## V. CONCLUSIONES

La Constitución de 1991 reconoce la libertad como un valor esencial y principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho. También es un derecho fundamental cuando salvaguarda las libertades individuales de la esfera interna de las personas, las libertades sociales y las libertades físicas.

Como derecho fundamental la libertad personal goza de las notas propias de los derechos públicos subjetivos y por lo tanto, es intransmisible, imprescriptible, inviolable, irrenunciable e indisponible. Además, se ubica dentro de los derechos pertenecientes al ***status libertatis*** asociados al conjunto de derechos de autonomía de la persona situados fuera de la intervención del Estado.

La libertad individual como derecho fundamental consagrado en el artículo 28 de la Constitución, no tiene un valor absoluto. Su ejercicio se ve restringido por las limitaciones impuestas en el ordenamiento jurídico que condiciona la práctica de su privación a través de leyes como el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, cuando se derivan de la comisión de ilícitos penales.

Asimismo, se encuentran medidas restrictivas de la libertad en leyes de carácter sectorial, como por ejemplo, el Código Nacional de Policía, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores, que regulan en general los supuestos en que la restricción es posible.

La protección a la libertad personal opera a favor de las detenciones, las condenas y los arrestos arbitrarios; cuyas circunstancias se encuentren vinculadas a la comisión de un hecho delictivo. Sin embargo, existen otras prácticas diferentes a las derivadas de la comisión de un hecho punible que requieren de la defensa del derecho.

En efecto, en el marco del desarrollo de la modernidad, el Estado y los poderes públicos con el fin de velar y asegurar la convivencia social interfieren cada vez más en la esfera privada de los individuos; rodeando y amenazando los contornos de la libertad que comprometen el goce y el ejercicio del derecho para el ciudadano a través de prácticas cotidianas realizadas generalmente por las autoridades policiales en el ejercicio de su función que llevan consigo la restricción momentánea de la libertad, sin llegar a configurar una detención en sentido formal.

Estas prácticas cotidianas, se ubican en una zona de penumbra o estadios intermedios con diversos grados de restricción entre el derecho a la libertad personal y su privación total, cuando se restringe de manera momentánea mediante una paralización e inmovilización transitoria de la persona, limitando el derecho a una forma menos grave, más benigna y más leve. Y aun cuando dichas prácticas no supriman en su totalidad el derecho sí lo permean y lo matizan.

Escenario dentro del cual se ubica la detención administrativa, medida que ha sido fuente de debate en punto a su vigencia dentro del ordenamiento jurídico,

tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, pues la Corte no ha sido clara en sus pronunciamientos a la hora de determinar si aún opera o no, dejando dicha concreción al intérprete, ante los cambios de la jurisprudencia.

En relación con la retención transitoria, se estimó inconstitucional por desproporcionada. Sin embargo, no fue retirada del ordenamiento jurídico, originando controversia frente a su aplicabilidad, ya que algunos consideran que es imposible ponerla en práctica mientras que otros creen procedente su aplicabilidad.

Respecto de los controles de identificación, las redadas y el registro personal, estas son medidas que desde la arista del derecho a la libertad personal no han sido cuestionadas, pues se considera que son restricciones momentáneas del derecho a la libertad o de libre circulación por períodos muy cortos de tiempo, que no afectan la libertad de las personas y en consecuencia, que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 28 de la norma superior.

Otro escenario donde la libertad personal corre el riesgo de ser limitada se presenta dentro del contexto del movimiento interfronterizo de personas, dado que los gobiernos hacen uso de la detención como una herramienta de control migratorio. Por ello, quien incumpla con las normativas de inmigración, se le impedirá la entrada y la circulación en el respectivo territorio del país por encontrarse en situación irregular, lo que conllevará a su detención para luego ser objeto de medida de expulsión o deportación.

En Colombia se impacta el derecho a la libertad personal de los extranjeros mediante dos medidas: la primera de ellas, está relacionada con la conducción de los extranjeros a las instalaciones de la Unidad Administrativa de Migración para verificar su identidad y/o permanencia en el territorio nacional y la segunda, con la retención preventiva hasta por 36 horas cuando el extranjero es objeto de trámite de deportación o expulsión. Ambas medidas se aplican como consecuencia de la vulneración de normas de carácter administrativo; es decir, no se trata de restricciones a la libertad por comisión de delitos, sino por la condición del extranjero de estar en situación irregular.

El ejercicio del derecho a la libertad personal puede resultar comprometido en otros eventos, como es el caso de los controles de alcoholemia para detectar conductores ebrios, cuya afectación se presenta en la zona de penumbra del derecho y por ende se torna problemática; ya que, pese a que la libertad se recupera inmediatamente una vez realizada la prueba, sostener que el derecho a la libertad luego de esta intervención continua intacto es inadmisibles, por cuanto el derecho ha sido manipulado, tocado, palpado.

Contextos en donde la alternativa de la detención como medida tradicional de privación de la libertad se torna insuficiente para regular los nuevos acontecimientos que lleva consigo la modernidad; de tal forma que, es necesario ampliar el marco de acción del derecho a la libertad personal que se ensancha buscando cobertura y protección para esos nuevos hechos.

De ahí que la reglamentación legal de este tipo de restricciones se constituye en el mejor aliado para la protección de la libertad de los ciudadanos; toda vez que, al regular sus presupuestos, condiciones, requisitos y efectos, se evitan acontecimientos arbitrarios susceptibles de ser rechazados por las personas, pues estas circunstancias le permiten al ciudadano tener seguridad jurídica y certeza respecto de sus derechos y deberes así como de las obligaciones y facultades de los poderes públicos.

Frente a las restricciones a la libertad de las personas con discapacidad mental que no son infractores de la ley penal, el debate se centra respecto de su autonomía y su capacidad de decidir, pues su internamiento procede en contra de su voluntad o sin su voluntad, bajo conceptos de protección terapéutica que operan a favor del individuo, de intereses colectivos atendiendo razones de tranquilidad y seguridad ciudadana.

Respecto de la supresión total de la libertad, cuando se trata de los menores de edad infractores de la ley penal, su limitación se justifica con principios de contenido educativo; toda vez que se priva de la libertad con el fin de proteger al menor que ha cometido delitos graves, es decir que es una medida en pro de la niñez que atiende el interés superior del niño. Así lo recoge la Ley 1098 de 2006 en aplicación de los estándares internacionales de Derechos Humanos.

Este sistema consagra un trato especial y diferenciado de los menores respecto de los adultos que infringen la ley penal, adoptando el principio de flexibilidad cuando establece una progresiva gama de medidas aplicables a los adolescentes a quienes se les ha declarado su responsabilidad penal, entre las que está concebida la privación de la libertad como recurso último y excepcional, únicamente para delitos considerados graves.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki. "Perfiles y problemática de la seguridad privada, en el ordenamiento jurídico Español". En: *Policía y seguridad*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate. 1990.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS – ACNUR–. DIRECTRICES DEL ACNUR SOBRE LOS CRITERIOS Y ESTÁNDARES APLICABLES CON RESPECTO A LA DETENCIÓN DE SOLICITANTES DE ASILO. (1999). [En line] Disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4992fb672> Fecha de Consulta: 11 de julio de 2015
- \_\_\_\_\_. DIRECTRICES SOBRE LA DETENCIÓN. Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BD/L/2013/9045> Fecha de Consulta: 11 de julio de 2015
- APONTE CARDONA, Alejandro. Captura y Medidas de Aseguramiento: El Régimen de la Libertad en la Nueva Estructura Procesal Penal de Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá 2008.
- ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia & LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2009.
- BANACLOCHE PALAO, julio. La libertad Personal y sus limitaciones. Madrid: Ed. Ciencias Jurídicas, 1996.
- BERLIN, Isaíah. Dos Conceptos de Libertad. Libertad negativa y libertad positiva. [On line]. Oxford. 1969. p. 49. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2570/8.pdf>. Fecha de Consulta: 4 de septiembre de 2015
- BERNAL CUELLAR, Jaime & MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Quinta Edición. 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos. "El Concepto de la Libertad en la Teoría Política de Norberto Bobbio". En: *Revista de Economía Institucional*. Vol.8, Nº. 14. 2006. [On line]. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Disponible en: [Scholar.googleusercontent.com/scholar.google.com/8h=es&as-sdt=o.s](http://Scholar.googleusercontent.com/scholar.google.com/8h=es&as-sdt=o.s) Fecha de Consulta: 5 de septiembre de 2015
- CABEZAS CHAMORRO, Sebastián. "La Guerra Contra la Inmigración y Daño Social: Las Muertes en las Aguas que Protegen a la Europa Fortaleza". En: RIVERA BEIRAS,

Iñaki (Coord). *Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social*. Barcelona: Anthropos, 2014.

CARDENAS, Mauricio & MEJIA, Carolina. Migraciones Internacionales en Colombia ¿qué sabemos?, [on line] Documento de trabajo. No.30- Estudio preparado para la Cepal, septiembre de 2006. Disponible en: [http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/11445/810/wp\\_2006\\_No\\_30.pdf](http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/11445/810/wp_2006_No_30.pdf). Fecha de Consulta: 20 de febrero de 2015.

CASTLES, Stephen. Globalización e inmigración. Inmigración y Procesos de Cambio. Barcelona, Icaria, 2004, pp. 33-56.

COLOMBIA. MIGRACIÓN COLOMBIA MIGRACIÓN COLOMBIA DETIENE GRUPO DE INMIGRANTES ILEGALES EN TERMINAL DE TRANSPORTES DE MEDELLIN. Ministerio de Relaciones Exteriores. [on line]. Fecha de Publicación: Diciembre de 2013. Disponible en: [www.migracióncolombia.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre/2013/1637/migración-Colombia-detiene-grupo-de-inmigrantes-ilegales-en-terminal-de-transportes-de-Medellín](http://www.migracióncolombia.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre/2013/1637/migración-Colombia-detiene-grupo-de-inmigrantes-ilegales-en-terminal-de-transportes-de-Medellín). Fecha de consulta: 22 de marzo de 2015.

\_\_\_\_\_ MIGRACIÓN COLOMBIA Y LA POLICÍA DETIENE 37 INMIGRANTES IRREGULARES EN CARRETERAS DE NARIÑO. Ministerio de Relaciones Exteriores. [On line]. Fecha de Publicación: Diciembre de 2013. Disponible en: [www.migracióncolombia.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre/2013/1665-migración-colombia-y-la-policía-detiene-a-37-inmigrantes-ilegales-en-carreteras-de-Nariño](http://www.migracióncolombia.gov.co/index.php/comunicados2014/diciembre/2013/1665-migración-colombia-y-la-policía-detiene-a-37-inmigrantes-ilegales-en-carreteras-de-Nariño). Fecha de consulta: 18 de marzo de 2015.

\_\_\_\_\_ BOLETÍN SEMESTRAL DE ESTADÍSTICAS (Enero-junio de 2014). Bogotá.

\_\_\_\_\_ DESMANTELADA ORGANIZACIÓN DEDICADA AL TRÁFICO DE MIGRANTES. Ministerio de Relaciones Exteriores. [On line]. Fecha de Publicación: Diciembre 2 de 2014. Disponible en: [www.migracióncolombia.gov.co/index.php/buscar?q=operación+soberanía+i&limitid=218](http://www.migracióncolombia.gov.co/index.php/buscar?q=operación+soberanía+i&limitid=218) Fecha de consulta: 20 de mayo de 2015.

COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. COLOMBIA BUSCA ALTERNATIVAS PARA EVITAR QUE MIGRANTES IRREGULARES ABUSEN DE LA FIGURA HUMANITARIA DEL REFUGIO. Rueda de prensa en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Fecha de Publicación: Enero 16 de 2014. Disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/Colombia-busca-alternativas-para-evitar-que-migrantes-irregulares-abusen-de-la-figura-humanitaria-del-refugio> Fecha de Consulta 16 de marzo de 2015.

\_\_\_\_\_ INFORME DE GESTIÓN SECTORIAL DE 2014 SECTOR DE RELACIONES EXTERIORES. [On line]. Cancillería. Bogotá. Disponible en: [www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/planeación\\_estrategica/indicadores\\_gestion/informe-de-gestión-sectorial-2014.pdf](http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/planeación_estrategica/indicadores_gestion/informe-de-gestión-sectorial-2014.pdf). p.19. Fecha de consulta: 15 de marzo de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Jiménez c Argentina (1996 Disponible en: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/doctrina.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

\_\_\_\_\_ Caso 11.006, García c Perú, informe 1/95 Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.

\_\_\_\_\_ Caso Bronstein, párrafos 28 y 35. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm> Fecha de Consulta: 13 de enero de 2016.

\_\_\_\_\_ Caso Da Silva c Brasil. Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.

\_\_\_\_\_ Caso Gangaram Panday. [On line] Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf) Fecha de Consulta: 15 de febrero de 2015

\_\_\_\_\_ Caso Piche Cuca c Guatemala, UL Musicue y Coicue c Colombia. Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015

\_\_\_\_\_ La colegiación obligatoria de periodistas, cit., S64.

\_\_\_\_\_ La colegiación obligatoria de periodistas, cit., S67

\_\_\_\_\_ Opinión consultiva OC-10 de 1989, párrafo 45.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. La Detención por Delito. Pamplona: Ed. Aranzadi. 1998.

DE LLERAS SUÁREZ BARCENA, Emilio. "La policía judicial y la seguridad ciudadana". En: *Poder Judicial*. Nº. 31. 1993.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Primera reimpresión. 1999.

DE VEGA RUIZ. José Augusto. "La privación de libertad a través de las órdenes de presentación y comparecencia". En: *Poder Judicial*, II Jornadas de colaboración Institucional: SC., Director., Luis Vaca Medina, Madrid. 1989.

DIAZ-PICAZO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales, 3º Edición. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a favor de Rosalind Williams Lecraft por un caso de Discriminación con motivo de un control de identidad. Estado parte: España. Disponible en: <URL:<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=8264&opcion=documento>> Fecha de Consulta: 15 de Junio de 2015.

ESPAÑA. MINISTERIO DE DEFENSA. Actores Armados no Estatales, retos a la seguridad Global, en el Capítulo I, Actores Armados no Estatales y Modelos de estado. [On line]. Junio de 2011, p. 43, Disponible en: <[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE\\_152\\_ActoresArmadosNoEstatales.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_152_ActoresArmadosNoEstatales.pdf)> Fecha de Consulta: 1 de Diciembre de 2014.

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRER, Isabell. La Haya. [On line] El País, España. Fecha de publicación: Junio 2015. Disponible en: <URL:[www.elespectador.com/noticias/elmundo/cpi/un/ente/sin/apoyo/articulo](http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/cpi/un/ente/sin/apoyo/articulo)>. Fecha de Consulta: 20 de Junio de 2015.

FLORIAN, Eugenio. Delas Pruebas Penales. Tomo II. Editorial Temis. Tercera Reimpresión de la tercera edición. 1998

FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. Dimensión del Delito de Tráfico de Inmigrantes en Colombia: Realidades Institucionales, Legales y Judiciales. UNODC. Bogotá.

FREIXES SAJUAN, Teresa. El Derecho a la Libertad Personal. PPU, Barcelona, 1980.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. El derecho a la libertad personal. Detención, privación y restricción de libertad. Propuestas. Universidad de Valencia. Tirant lo Blanch, 1995.

GARIBELLO, Andrés. "Colombia enfrenta nueva ola asiática de inmigrantes ilegales. Van Casi la mitad de indocumentados de 2012.se convirtió en una "papa caliente" para autoridades". [On line]. En: El Tiempo. Fecha de Publicación: Abril 23 de 2013. Disponible en: <[www.eltiempo.com/archivo/documentos/CMS-127](http://www.eltiempo.com/archivo/documentos/CMS-127)> Fecha de Consulta: 21 de mayo de 2015.

GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. El derecho comunitario y la libertad de circulación y residencia de las personas en España implicaciones del estatus de ciudadanía de la unión. [On line]. Universidad del País Vasco. Institut de ciencias polítiques isocials. Barcelona. 2001. Disponible en: <http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/1276/ICPS189.pdf?sequence=1> Fecha de Consulta: 6 de febrero de 2015.

GONZÁLEZ AYALA, María Dolores. "Los Derechos del detenido". En: *Cuadernos y Debates 81*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2008.

- GONZALEZ PASCUAL, Maribel. Seguridad y Libertad en la Legislación Alemana del Tratamiento de la Información: La Posición del Tribunal Constitucional Federal. [online]. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9517&path%5B%5D=9461> Fecha de Consulta: 20 de Junio de 2015.
- GONZÁLEZ PAYARES, Orlando. La Libertad un Derecho Fundamental en crisis. Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá. 2015.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Control de Garantías. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2010.
- HILLGRUBER, Christian. “La soberanía: La defensa de un concepto jurídico”. En: *Revista para el análisis del derecho*. [On line]. Barcelona, Febrero de 2009. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/593es.pdf> Fecha de Consulta: 6 de febrero de 2015.
- JIMÉNEZ BENITEZ, William Guillermo. El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas [On line]. 2007, Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque\\_DDHH.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf). Fecha de Consulta: 1 de octubre de 2015.
- KYMLICKA, Will & NORMAN Wayne. “El Retorno del Ciudadano. Una Revisión de la Producción reciente”. En: *Teoría de la Ciudadanía. La Política*. Vol. 3, 1997.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2009.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José. “La detención de indocumentados”. En: *Poder Judicial*. 1992.
- MONTAÑES PARDO, Miguel A. Algunas Consideraciones sobre La ley de Seguridad Ciudadana a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional. En: *Estudios de Jurisprudencia Colex*, No. 8, año II, 1993.
- MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y Derechos Fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. [On line]. 2006. Disponible en: <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf> Fecha de Consulta: 5 de septiembre de 2015.
- MORENO GONZÁLEZ, Fernando & RINCÓN ROMERO, Luz Mery. “La retención transitoria: medida policial vigente. ¿Por qué se aplica en unas unidades de policía y en otras no?”. En *Verbas Iuris*. Julio-diciembre. [On line]. Bogotá. Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/24/la-retencion-transitoria-medida-policial-vigente-por-que-se-aplica-en-unas-unidades-policiales-y-en-otras-no.pdf> . Fecha de Consulta: 28 de mayo de 2015.
- O'DONNELL, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá. 2004.

- \_\_\_\_\_ “Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Vol. I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos. Bogotá. 2001.
- OCHOA MEJIA, William. “Colombia y las Migraciones Internacionales. Evolución Reciente y Panorama Actual a Partir de las Cifras”. En: *Revista Internacional Mob. Hum.*, Brasília, Nº 39, Año XX, (jul/dec 2012); p. 185 y ss. Disponible en: [//www.scielo.br/pdf/renhu/v20n39/v20n39a10\\_migraciones\\_internacionales.pdf](http://www.scielo.br/pdf/renhu/v20n39/v20n39a10_migraciones_internacionales.pdf). Fecha de Consulta: 21 de febrero de 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONALES UNIDAS. Procedimiento para presentar denuncias. Folleto informativo número 7 rev. 1 Abuso del derecho. Disponible en: <URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev.1sp.pdf>> Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mc Lawrence c. Jamaica, párr. 5.5 (1997), Disponible en: [www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf](http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Odonell%20parte1.pdf). Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.
- \_\_\_\_\_ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso A. c. Australia Comunicación No.560/1993. Decisión adoptada el 3 de abril de 1997. En: *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, Volumen I*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- \_\_\_\_\_ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mukong c. Camerún, párr. 9.8 Disponible en: LINK. Disponible en: [www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/458-1991.html](http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/458-1991.html) Fecha de Consulta: 14 de febrero de 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Nuestra Historia. [On line]. Disponible en: <[http://www.oas.org/es/acerca/nuestra\\_historia.asp](http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp)> Fecha de Consulta: 11 de junio de 2015.
- PARRA VERA, Oscar & GÓNGORA, Manuel Eduardo. *El Derecho a la Libertad. Defensoría del Pueblo*. Bogotá, 2002.
- PEDRAZA PENALVA, Ernesto. “El derecho a la libertad y seguridad, La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid. 1993.
- PEJIC, Jalena. Principios y Garantías Procesales Relativas al Internamiento o Detención administrativa en Conflictos Armados y otras situaciones de Violencia Interna. [On line]. Disponible en: <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6quk92.htm>> Fecha de Consulta: 28 de Noviembre de 2014.

- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *GrudrechteStaatsrechii*. Heidelberg: C.E. Muller Juristischerverlag, 1993, p.107. Citado por: PARRA VERA, Oscar & GÓNGORA, Manuel Eduardo. *Derechos de libertad*. Defensoría del Pueblo, Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos. Bogotá. 2003.
- PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos. [On line]. Disponible en: <<http://www.DerechosHumanos.unlp.edu.ar/.../el-principio-pro-homine-criterios.>> Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.
- PORTILLAS CONTRERAS, Guillermo. “Desprotección de la libertad y seguridad personal”. En: *Seguridad ciudadana materiales de reflexión crítica sobre la ley corcuera*, Madrid: Ed. Trota, 1993.
- PRIETO VERA, Alberto. Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004) Lectura Constitucional. Defensoría del Pueblo. Bogotá. 2006. p 17 y ss.
- PRISIONEROS DE GUERRA Y OTRAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD. [On line] (29-10-2010). Disponible en: <<https://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/prisoners-war/over-view-detainees-protected-persons.htm>> Fecha de Consulta: 28 de Noviembre de 2014.
- PROYECTO DE PROTOCOLO REQUERIMIENTOS ENTIDADES DE CONTROL, [on line]. Disponible en: <[http://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/6019/2581//proyecto\\_de\\_protocolo\\_autoridades\\_aeroportuarias\\_barranquilla-armenia.pdf](http://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/6019/2581//proyecto_de_protocolo_autoridades_aeroportuarias_barranquilla-armenia.pdf)>. p. 9. Fecha de Consulta: 25 de junio de 2015.
- QUERALT, Joan Josep. “La Detención de Indocumentados: El Art.20.2 LOPSC en Estudios de Jurisprudencia”. En: *Collex*, No.8, año II, 1993.
- QUERALT, Joan Josep. *El Policía y la Ley*. Barcelona: Plaza & Janes. 1986.
- \_\_\_\_\_ Introducción a la Policía Judicial. 3ª Edición. Barcelona: Ed. Bosch. 1999,
- RAMIREZ, Clemencia; ZULUAGA, Marcela & PERILLA, Clara. Perfil Migratorio de Colombia 2010, [On line]. Bogotá. OIM, Junio de 2010. Disponible en: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/pe/2009/02989.pdf>.
- RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS. Bien Común. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67 y Opinión Consultiva 6/86; 9 de mayo de 1986. [On line]. Derechos Human Rights. Disponible en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/bien.htm> Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.
- RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v. Argentina". [On line]. Derechos Human Rights (15 -10-1996) Disponible en:

<<http://www.derechos.net/doc/cidh/restri.html>>Fecha de Consulta: 12 de junio de 2015.

REVISTA SEMANA. El Hueco hacia EEUU ahora pasa por Colombia. [On line]. Nación. Fecha de Publicación: Agosto 8 de 2011. Disponible en:<[www.semana.com/nación/articulo/elhueco/262580-3](http://www.semana.com/nación/articulo/elhueco/262580-3)>Fecha de Consulta: 21 de mayo de 2015.

ROJAS, Juan Armando. "Red de tráfico ilegal de inmigrantes, trae chinos como arroz a Colombia". [On line]. En: Caracol Radio. Fecha de Publicación: Abril 16 de 2007. Disponible en: [www.Caracol.com.co/noticias/actualidad/Red de tráfico ilegal de inmigrantes, trae chinos como arroz a Colombia2007/0416/nota/415/00.aspx](http://www.Caracol.com.co/noticias/actualidad/Red_de_tráfico_ilegal_de_inmigrantes,_trae_chinos_como_arroz_a_Colombi2007/0416/nota/415/00.aspx)Fecha de Consulta: 21 de mayo de 2015.

SÁNCHEZ, Ricardo. "Cuatro Momentos de los Derechos Humanos". En: *Escritos para el Estudio de los Derechos Humanos*.: Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2000.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. "Identificación del indocumentado, comentario al artículo 20 de la LO1/92, de 21 de Febrero". En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N°. 80. 1993.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia. "Intervención de los servicios de seguridad privada en materia de seguridad ciudadana". En: *Ley de Seguridad Ciudadana*. Anuari.1992.

TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José. Libertades de circulación y residencia, entrada y salida en España. Madrid: Ed. Civitas. 1991.

UPRIMNY YEPES, Inés Margarita. Límites de la Fuerza Pública en la Persecución del Delito. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1998.

UPRIMY YEPES, Rodrigo, UPRIMY YEPES, Inés Margarita & PARRA VERA, Oscar. Derechos Humanos Derecho Internacional Humanitario. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 2da Edición. Ediar. Buenos Aires - Argentina. 2002.

## ➤ REFERENCIAS JURÍDICAS PRIMARIAS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1442 de 2007 "**Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana**". Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011 "**Estatuto Anticorrupción**". Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011. **“Ley de Seguridad Ciudadana”**. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad, con el fin de enfrentar de manera eficaz el terrorismo y la delincuencia organizada.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SC-251-02. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SC-301-93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SC-237-05. M.P. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL ST-518-92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC -327-97, M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-133-94, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-176-07.M.P.Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-221-94. M.P. Carlos Gaviria.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-239-12. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-490-92.M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-626-98. M.P. Fabio Morón.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-879-11. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-578-02. M.P. Manuel José Cepeda párrafo 11.2

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-1058-03 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-110-00. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-189-99. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-199-98. M.P. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-221- 94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-292-08. M.P. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-530-93 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-720-07. M.P. Catalina Botero Marino.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-879-11. M.P. Humberto Sierra Porto

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-230-12. M.P. Juan Carlos Henao

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-879-11. M.P. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-O24-94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-622-13 M.P. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-327-97, M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-789-06. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SC-385-00. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-401-94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-439-99.M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-215-96 M.P Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-321-96 M.P. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Radicado 25136 M P. Dr. Julio E. Socha Salamanca.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del (19) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) aprobado mediante acta N°94 M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Decreto 1067 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. Disponible en: <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/documentos/decretos/file/151-decreto-1067-de-2015> Fecha de consulta: 7 de julio de 2015.