

DE LA LIBERTAD Y EL DERECHO PENAL: UN ABORDAJE DOGMÁTICO

On Freedom and Criminal Law: A dogmatic approach

Richard Ordoñez López¹

Recibido: 29 de junio de 2018 - Aceptado: 18 de septiembre de 2018

RESUMEN

La presente reflexión se centra en el estudio de los presupuestos legales consagrados en la Ley 906 de 2004 que permiten la imposición de Medidas de Aseguramiento privativas de la libertad, en particular los criterios de peligro para la sociedad y víctima, aunado a los factores de la gravedad y modalidad de la conducta, pues sobre los mismos se puede sostener que obedecen a fines de anticipación punitiva, con lo que se pasa por alto el respeto del principio de presunción de inocencia por cuanto la restricción provisional de la libertad solo debería darse en un Estado de Derecho garantista cuando se persiga la protección del proceso penal, y ello solo es aceptable, cuando exista riesgo de reiteración y de no cumplimiento de la sentencia definitiva.

Palabras claves: Libertad Personal, Detención Preventiva, Procedimiento Penal, Presunción de Inocencia, Restricción de la Libertad, Medida Cautelar y Derechos Humanos.

ABSTRACT.

The current investigation focuses on the study of the constitutional and legal understandings consigned in the Law 906 of 2004, that allow the imposition of Measures of Assurance that deprive freedom, in particular the criteria of the seriousness of the act, the danger for the society and the victim, because they can be sustained due to punitive anticipation, which means that the provisional restriction of liberty should only occur when the protection of the criminal process is pursued and this is only acceptable when there is a risk of repetition and non-compliance of the definitive sentence.

Keywords: Personal freedom, Preventive Detention, Criminal Proceedings, Presumption of Innocence, Restriction of Freedom, Precautionary Measure and Human Rights.

¹ Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe-Cecar. Especialista Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho de la Universidad de Cartagena. <https://orcid.org/0000-0001-7713-7169> E-mail: richard-orlo@hotmail.com

De la Libertad y el Derecho Penal: un abordaje dogmático.

INTRODUCCIÓN.

En la mayor parte de los Estados Occidentales, el término Libertad es intrínseco a la esencia y validación del sistema ideológico en el que se cimienta toda organización social, tanto o más como la legitimación del poder político a través de las vías democráticas. Ella es y ha sido la bandera de lucha dentro del sistema ideológico liberal, por lo menos histórico, filosófica y teóricamente hablando. Por esto, es común que sea un tema neurálgico y medular tanto en las discusiones políticas como jurídicas, sin que sobrevenga alguna sorpresa al respecto. (Salgado, 2017)

Ahora, en lo que tiene que ver con el derecho penal, el estudio de la libertad recobra gran importancia tratándose del área, que por especialidad, tiene dentro de sus fines la garantía de preservar la libertad de los asociados, pero a la vez imponer su restricción cuando sobrevenga una conducta delictual que ponga en riesgo bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico de cada Estado. De ahí que, su estudio como derecho fundamental y su potencial de restricción dentro del sistema procesal penal sea objeto de estudio en los tribunales que resuelven causas penales, como por parte de la doctrina especializada en este campo del derecho.

La Libertad individual y Personal.

Sostiene Ferrajoli (1995) que la defensa del derecho penal equivale a la defensa de la libertad, dado que, en una aparente paradoja, se convierte en una “técnica de control que garantiza -con libertad física de infringir la ley a costa de las penas - la libertad de todos” (p.41), por ende, concluye que el derecho penal no solo salvaguarda la “libertad física u objetiva de delinquir y de no delinquir” (p.42), sino también garantiza la libertad moral o subjetiva.

No se trata pues, de un asunto baladí o superfluo para el derecho penal, pues si bien el fin de este campo no se reduce a la mera restricción provisional o permanente de la libertad del individuo que, verbigracia, osa adecuar dolosamente su actuar con la hipótesis normativa estipulada en un tipo penal. No es secreto que dentro de las consecuencias que sobrevienen luego de pasar por alto disposiciones jurídicas, es el derecho penal la única área donde se consagra la limitación legal y real del derecho de libertad, más allá de una posible sanción pecuniaria o de restricciones de derechos políticos.

Por lo que, para poder arribar a un conocimiento integral del derecho a la libertad y su restricción dentro del Estado de Derecho, es imprescindible primero comprender qué se entiende por libertad. Sobre este tópico, resulta oportuno consultar la investigación que sobre este medular tema ha realizado Pablo Sánchez - Ostiz Gutiérrez (2014), de la Universidad de Navarra, España, quien la define como un término que posee una amplia polisemia, lo cual, dificulta su abordaje en la doctrina jurídico penal, por lo que para facilitar su análisis dentro de este campo del derecho propone

dos distinciones: la libertad de la acción en prospectiva como en retrospectiva, y la libertad innata y adquirida. Para luego, describir cuatro facetas: antropológica, libre albedrío (volición y voluntariedad) y libertades políticas.

Concluye el autor referenciado que la responsabilidad penal se haría entonces, no sobre la existencia o aplicación de la libertad, sino en su mal uso, por lo que el juicio de culpabilidad dirige un reproche al sujeto activo por la conducta antijurídica.

Este punto de vista, conlleva a afirmar que la culpabilidad no se basa propiamente en la libertad, pues en lo que respecta a la culpabilidad penal la cuestión gira en su mal empleo, situación que implica la exigibilidad que cabe esperar del sujeto agente en el caso específico (Silva, 1992, p. 413).

La libertad entonces, desde un punto de vista individual, es el derecho de la persona en sí mismo que le posibilita hacer todo aquello que es lícito y no le está prohibido por el sistema jurídico, por lo que dentro de ese ejercicio, cabe mencionar la posibilidad ontológica del individuo humano de desplegarse en su existencia y ser. Así, este uso de la libertad acarrea el derecho a expresarse, a circular, a decidir autónomamente y actuar como bien se crea, pero dentro de los límites propios del derecho, pues no se trata aquí de una libertad absoluta o propia de un estado natural o salvaje, sino de entenderla dentro de un ordenamiento jurídico reglado. De este modo, tal prerrogativa se desprende el derecho de toda persona a que se le respete su libertad pero a la vez a no desbordar los límites propios de ese derecho frente a un tercero o el Estado, pues ya se estaría dentro de un terreno de mal uso de esa prerrogativa, que dependiendo el caso podría traer para el individuo humano la posibilidad de ser sancionado en virtud del desconocimiento de una norma de carácter penal, o utilizando términos más precisos, ser penalizado por haber adecuado su conducta de forma libre, consciente y voluntaria por acción u omisión, o incluso culposa o preterintencionalmente, a una descripción normativa considerada con antelación ilícita.

La anterior conceptualización también se comprendería de cara al el principio "*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa*", bajo el cual para el derecho penal moderno de occidente ninguna persona puede ser condenada si no existe en su actuar conocimiento de los hechos y voluntad (dolo) en infringir una disposición penal, o si por lo menos, con su actuar no ha incurrido en una conducta imprudente (culpa), pero que en todo caso ponga en riesgo o vulnere un bien jurídico salvaguardado por el ordenamiento jurídico (conducta antijurídica).

Estos postulados sobre el papel y relevancia de la libertad del individuo en la comisión del delito, que fue considerado por la Escuela Clásica del derecho Penal, sostendría que dicho fenómeno jurídico surge de la relación contradictoria o conflictiva entre los hechos del hombre y una ley que prevé dicha actuación como prohibida. De esta manera, para materializarse deben confluir necesariamente un conjunto elementos naturales y morales, de ahí que, "su noción no se deduce ni del

hecho material ni de la prohibición de la ley, aisladamente considerados, sino del conflicto entre aquel y esta” (Carrara, 1988), por tanto, la responsabilidad penal se afianza en el libre albedrío.

Sobre ello, Nódier Agudelo Betancur (2008) señala que el hombre al ser libre es responsable penalmente de sus actos, por ende, para la estructuración del delito es necesario que exista un hecho dañoso en el mundo exterior, toda vez, que con el pensamiento no se puede dañar el derecho ajeno. De ahí que, según Carrara (1988), el juez solo puede imputarle responsabilidad penal a un ciudadano cuando le puede decir “tú cometiste el hecho”, “la ley lo prohíbe como delito”, “tú obraste con voluntad inteligente y libre” (pp.22-23). De lo que también se desprende, que quien no obre bajo esa libertad, por no tener la capacidad de entender o determinarse, debe ser catalogado como inimputable y por tanto no sujetos a responsabilidad penal.

Ahora, la libertad o discrecionalidad del individuo para delinquir o no por acción u omisión, no siempre fue un criterio del que se partió a la hora de realizar un juicio de reproche del actuar de un individuo, ejemplo de ello, son los postulados que esbozaría la Escuela Positivista Italiana, la cual con Rafael Garófalo y Enrico Ferri concluiría que el delito no se estructura por el despliegue del libre albedrío, sino que el mismo obedece o a causas propias de la naturaleza humanas o a razones sociales, por lo que en el obrar del ser humano delincuente no existe un ejercicio de libertad sino de necesidad del que no puede sustraerse. Por esta razón, dentro de esta escuela el fundamento de la responsabilidad penal es la defensa de los intereses sociales por encima de los individuales, de allí que los criterios peligrosistas sean tomados como medidas de la responsabilidad penal (Agudelo, 2013).

Sin embargo, y por fortuna, los criterios peligrosistas del derecho penal del autor donde la responsabilidad penal del sujeto activo que se consideraba peligroso para la sociedad dependía de su ser en sí mismo, esto es, sus condiciones psicofísicas que se suponían lo inclinaban naturalmente al crimen como una tragedia griega de la que no podía escapar sino sucumbir, se vieron superadas y revaluadas por un derecho penal de acto, en donde la responsabilidad penal deriva precisamente de los hechos que cometió en el ejercicio de la libertad en los que ocasionando un resultado que quiso pero que previamente la ley lo considera violatorio de bienes jurídicos de la sociedad y de sus miembros.

Derecho penal de acto que, como lo ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia, 2006), está inspirado por la filosofía liberal y por lo mismo su fundamento es el respeto de la dignidad humana, por lo que la responsabilidad derivada de esta concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta.

Pues como lo ha sosteniendo Ferrajoli (1995), la culpabilidad se concibe con la acción y con el

resultado lesivo, es decir, como un elemento normativo no por parte del autor sino del delito, del que se deriva más que una connotación psicológica, una modalidad deóntica y alética esto es: “el deber de abstenerse de realizarlo en base a la posibilidad material de su omisión o de su comisión” (p.449). O lo que el citado autor denomina libre albedrío a esa alternativa ex ante entre posibilidad de cometer y posibilidad de omitir la acción prohibida, pero que en todo caso, se trataría de una convención que tiene su fundamento en la estructura misma del derecho como fenómeno regulativo que puede ser razonablemente aceptado, por lo que la culpabilidad no es sólo una modalidad deóntica, sino una modalidad compuesta por tres elementos: relación de causalidad, imputabilidad e intencionalidad. Presupuestos, que finamente refieren a los requisitos del hecho legalmente requeridos para afirmar válidamente el juicio de culpabilidad de que alguien ha debido actuar de otro modo en las condiciones empíricas, en cuya presencia la ley penal, permite afirmar que habría podido (aléticamente) actuar de otro modo.

Pero lo más importante de cara al derecho a la libertad y su ejercicio, viene precisamente de su garantía y respeto por parte del Estado en no interferir en la esfera de la autonomía personal de los asociados, quienes solo deberían encontrar un límite frente circunstancias físicas propias de la naturaleza humana o del medio natural, en los derechos de terceros y en el ordenamiento jurídico legítimo y no arbitrario de un Estado democrático.

La libertad así entendida, como lo sostiene el jurista Chileno Humberto Nogueira Alcalá (2002), también conlleva a que ésta se encuentre íntimamente ligada a la seguridad personal, que en palabras del citado, implica el derecho de todo individuo a no ser perturbado en su libertad, mediante detenciones, arrestos y otras medidas ilegales o arbitrarias que amenacen, perturben o priven a la persona de organizar como mejor le parezca su vida individual o social conforme a sus disposiciones y convicciones.

El derecho a la libertad personal, sostiene Nogueira Alcalá (2002), envuelve que no pueden realizarse privaciones o restricciones de libertad ilegítimas o arbitrarias que impongan límites a la autonomía de la persona que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable.

Luego entonces, la libertad individual o personal lleva a que su titular pueda decidir interna y autónomamente, la forma como resulte más conveniente, actuar respecto a sí mismo y de cara a la sociedad, siempre y cuando no afecte, con dicho ejercicio, derechos de otras personas ni pase por alto o desconozca bienes jurídicamente tutelados por parte del Estado a través del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, y bajo esta perspectiva individual y personal, la libertad, se constituye en un derecho fundante del Estado, que como lo ha sostenido la Corte Constitucional (Sentencia, 2016) al igual

que la dignidad humana y la igualdad, tiene una naturaleza polivalente en el ordenamiento jurídico, pues de manera simultánea es un valor y un principio, dado que muchos de sus ámbitos son reconocidos como derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional.

La libertad individual o personal es un valor en la medida en que es un fin del Estado su protección y garantía, objetivo que no es negociable so pretexto de ninguna circunstancia incluso un estado de excepción (art. 214 N°2 C.N.), por cuanto precisamente le compete al Estado, por lo menos teóricamente, tener como meta la efectividad del ejercicio de la libertad de los asociados, en la medida que la misma fue un motivo ideológico que dio y da legitimidad a los modernos Estados de Derecho occidentales, que tienen su génesis en las luchas y revoluciones burguesas que entre otros derechos, reivindicaban este derecho como un valor principalísimo para el individuo, de allí entonces, que no sea exótico tenerla como fin del Estado y a la vez como un principio, dado que se constituye en un pilar fundamental donde descansa la legitimidad del aparato estatal, por lo que su respeto y garantía debe ser imperativo y de eficacia directa (Sentencia, 1992).

Es entonces la libertad, junto a otros derechos humanos como la dignidad y la igualdad ante la ley, una piedra angular donde descansa el fundamento y razón de ser del Estado liberal moderno, no como una mera muletilla retórica sin significado real y verificable, sino un derecho inalienable de toda persona cuyo desconocimiento ilegal u arbitrario o su no tutela, sobre todo por parte del Estado, constituye un quiebre o la puesta en jaque de la mismísima razón de ser del contrato social, como pacto de los individuos que buscando frenar la tiranía de los gobiernos que plantearon la necesidad de hacer efectivo su ejercicio frente al atropello y la arbitrariedad cualquiera sea su origen.

Positivización de la libertad individual y personal como derecho humano.

Al comprenderse el alcance y el papel de la libertad individual y personal de los asociados, surge imperativo hacer un análisis de los mecanismos constitucionales y legales que a través del Derecho Penal se han instituido para restringir este principio y valor del ordenamiento jurídico, en procura de determinar las razones puntuales para su limitación y los riesgos innegables que ésta conlleva, tanto para el individuo que se ve sometido a un encarcelamiento, aun cuando sea estrictamente legal para el Estado mismo, atendiendo el mencionado papel de la libertad como principio fundante y legitimador del sistema jurídico.

Pues como sostiene Santiago Mir Puig (1994), el derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos, entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos —bienes no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales- fundamentales—, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Por lo que el derecho penal debe, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los

principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Y es que como apunta José Joaquín Urbano Martínez (2014) el ejercicio del poder en el actual Estado Constitucional de derecho se justifica por el respeto de los derechos fundamentales, razón por la cual, resulta imperioso que el proceso penal se conciba como un escenario de afirmación de la verdad y la justicia en un contexto de absoluto respeto por los intervinientes.

Bien lo esgrime Salgado (2017):

La Constitución moderna, vista desde una perspectiva de análisis de naturaleza universal, configura en sí misma los lineamientos dogmáticos en los que descansan una multiplicidad de valores, principios y derechos, los cuales han de servir como criterios de orientación necesarios para la conformación de cualquier Estado democrático moderno. Naturalmente, esto no se refiere a un concepto de dogma como un sistema de carácter cerrado e inmutable, sino a una sistematización integrada de carácter abierta y progresista de elementos fundamentales y esenciales que son el soporte y razón misma de ser del Estado. La Constitución colombiana de 1.991, inspirada en un Estado Social y Democrático de derecho, no es la excepción; en efecto, en su artículo 4º deja plasmado un sistema de alternativas filosóficas y de conceptos de derecho. (p. 23)

De ahí que, sea comprensible el interés de que la tutela y protección de la libertad individual y personal venga de la mano de la positivización de este derecho a nivel internacional y local, traduciéndose su observación y garantía en una cuestión que conlleva intereses supranacionales y nacionales para los Estados democráticos de Derecho, y no en un asunto opcional y discrecional, sino por el contrario, en un imperativo categórico de cuyo respeto dependerá en gran medida lo legítimo y moderno que puede llegar a ser una sociedad civilizada donde impere el derecho y no la arbitrariedad.

En efecto, desde la Carta de las Naciones Unidas (ONU, 1945) se estatuye como un anhelo de los pueblos de las naciones del mundo ampliar la protección de la libertad, convirtiéndose en un propósito del organismo internacional estimular el respeto de los derechos humanos y con ello garantizar y hacer efectivo las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (art. 1º, 13, 55, 62, 76).

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH, 1948), desde el mismo preámbulo se establece la libertad en compañía con la justicia y la paz como bases del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, considerándose que el desconocimiento y menosprecio de tales derechos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por lo que se proclama como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, sin temor ni miseria, disfruten de sus libertades y derechos fundamentales y partiendo de la idea de que una concepción común de ellos es la mayor garantía para su pleno cumplimiento y eficacia.

En el artículo 3° de la DUDH se señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona; de los que, el primero, resulta ser un concepto amplísimo que encierra desde la libertad de locomoción o circulación hasta la libertad de adoptar o renunciar a una creencia o ideología determinada, pasado por la libertad política de elegir y ser elegido, por lo que se consagra en el artículo 28 que la persona humana titular de esa prerrogativa inalienable tenga derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos, sin que ningún Estado, grupo o persona pueda o deba realizar o desarrollar actividades o actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en la citada manifestación de derechos.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1953) se estatuye en el artículo 5° que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, por lo que nadie puede ser privado de su libertad a no ser que lo sea en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente, en la que haya sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley o para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. También, en los casos de que se trate de una persona menor de edad en ocasión a una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o si resulta conveniente frente a una persona que pueda llegar a propagar una enfermedad contagiosa, sea un enajenado, un alcohólico, un toxicómano, un vagabundo o una persona a la que se le daba impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Empero, para todos los casos de aprehensión preventiva o permanente se establece que la persona tiene derecho a ser informada, sin demoras y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella, debiendo ser puesta a disposición en el menor tiempo posible ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, siempre preservando su derecho a ser juzgada en un plazo razonable y a ser puesta en libertad durante el procedimiento siempre que garantice su comparecencia al juicio.

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), se considera como crimen de lesa humanidad la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional por parte de un Estado o una organización política, sin embargo, el artículo 58 de dicho ordenamiento jurídico internacional posibilita la detención preventiva por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares en cualquier momento después de iniciada la investigación, siempre y cuando sea a solicitud del Fiscal y luego de analizar las pruebas y existiendo el convencimiento sobre que hay motivos razonables para creer que el indicado ha cometido un crimen de la competencia de la Corte. Así, al estar establecido que la detención

es necesaria para asegurar que la persona comparezca en juicio, que no obstruirá ni pondrá en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte o cuando existan razones fundadas que se con la privación de la libertad preventiva se va a 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.

Del mismo modo, tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), codifica y estatuye la salvaguardia de la libertad individual y personal en el artículo 9° numeral 1°, cuando señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, por lo que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias o podrá ser privado de la misma, salvo por las causas fijadas en la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

En el artículo 10 del PIDCP se prescribe que toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto de la dignidad inherente del ser humano, de lo que se deriva que la reclusión de los detenidos preventivamente será en lugar diferente a los que hayan sido condenados, dispensándose un trato distinto y adecuado a sus condiciones tanto para los primeros como a los segundos y en igual sentido a los menores de edad que estarán separados de los adultos. En el artículo 11 se establece que nadie será encarcelado por el solo hecho de no haber cumplido una obligación contractual y en el 14 que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, por lo que se le debe garantizar el derecho a ser oídas públicamente en un tribunal competente, independiente e imparcial, a efectos de que pueda defenderse de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra y con la garantía de que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a derecho.

Y en concordancia con lo anterior se establece a la vez, que toda persona será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación que figura en su contra, así mismo, a ser llevada ante autoridad judicial competente a fin de que se verifique la legalidad de su retención. También se estatuye, en el numeral 3° de la norma citada, que la prisión preventiva de quienes hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, por lo que su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del procesado al juicio o al acatamiento del fallo.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969), se refiere a la libertad individual y personal en el artículo 7°, indicando que toda persona tiene derecho a la misma y a la seguridad personal y destacándose de manera puntual que nadie podrá 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 en las leyes dictadas conforme a ella, por lo que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios, e incluso, al llegarse a

presentar una retención legal toda persona tiene derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, quien decidirá sobre la legalidad de la aprehensión, prerrogativa que no puede ser abolida o desconocida por ningún Estado parte de la CADH, de lo que se deriva que todo individuo tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe en su contra el proceso, pues esto puede estar condicionado a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, prohibiéndose que nadie será detenido por deudas, con excepción de las obligaciones derivadas del incumplimiento de deberes alimentarios.

Sobre el artículo 7° de la CADH el jurista peruano Cesar San Martín Castro (2003) señala que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones establecidas previamente por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella, por cuanto nadie puede ser sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios.

De lo anterior, se concluye con claridad meridiana que la libertad individual y personal que toda persona goza como derecho universal y fundamental conlleva una doble connotación, una subjetiva como prerrogativa para el titular del derecho y otra como deber del Estado en procurar su garantía y tutela, pues como señala Humberto Nogueira Alcalá (2002), la libertad personal en conjunto con la seguridad personal, implica que la persona no sea perturbado de la misma, a través de detenciones, arrestos y otras medidas que, adoptadas ilegal o arbitrariamente, amenacen, perturben o la priven de organizar como le plazca su vida individual o social conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo que el derecho a la libertad personal implica que no pueden realizarse privaciones o restricciones de ésta, de manera ilegítima o arbitraria que impongan límites a la autonomía de la persona y que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable.

Aunado a lo anterior, existen otras disposiciones de derecho internacional que velan por la garantía del derecho a la libertad individual y personal y por garantizar un trato justo para los detenidos y condenados, son estos la Convención de los Derechos de los Niños del 20 de noviembre de 1989 (art. 37), los Protocolos II sobre conflictos armados no internacionales a los convenios de Ginebra (art. 6), Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (art. 8) y las Observaciones Generales N° 13 de 1984 y N°16 de 1989 del Comité de Derechos Humanos (Uprimny, 2005, págs. 171-183).

Ahora, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico local, encontramos que desde el preámbulo de la Constitución, la libertad es uno de los bienes y prerrogativas que se debe tutelar a los integrantes de la Nación, que al ser un principio constitucional a la vez se constituye en uno de los fines esenciales del Estado de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la Constitución de

1991, por lo que se impone a la organización política el deber de garantizar su efectividad.

De ahí entonces, que en el artículo 13 de CN se establezca como un axioma constitucional que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por lo que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos. En el artículo 28 Superior se estipula categóricamente que toda persona es libre, estatuyéndose una serie de garantías que buscan asegurar el ejercicio legítimo del derecho y el adecuado control al abuso del poder, como el derecho a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente (Corte Constitucional, 2007), amén de que la Fiscalía General de la Nación y sus Delegados, dentro de sus funciones de ejercer la acción penal del Estado en lo que respecta al sistema penal acusatorio, solo podrán pedir a un juez penal de control de garantías las medidas necesarias privativas de la libertad provisional en los eventos que se deba asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, se busque la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

Pero de la mano de los derechos, también vienen deberes, razón por la que en el Artículo 95 *ibídem* se establece que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, tales como respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

En los sistemas de procedimiento penal para adultos coexistentes en nuestro país, se tiene la libertad como un principio a tener en cuenta en la interpretación de esos textos adjetivos. Así vemos, que en el artículo 3° de la Ley 600 de 2000, se señala que toda persona tiene derecho a que se respete su libertad, por cuanto nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Por su lado, en el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 se establece una protección similar, al expresarse que toda persona tiene derecho a que se respete su libertad y en acatamiento a ese mandato nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, tiene como objeto garantizar a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio de sus derechos y libertades, razón por la cual en su artículo 21 se establece que éstos no podrán ser detenidos ni privados de su libertad, salvo por las causas y con arreglo a los procedimientos previamente definidos en dicho código, pero incluso yendo más allá en la protección de este derecho de los menores al establecerse que no serán juzgados ni declarados responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o

sindicación de haber cometido una conducta punible las personas menores de catorce (14) años o las que siendo mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años presenten discapacidad psíquica o mental², a quienes en el caso de incurrir en una conducta de carácter penal deberán ser puestas de manera inmediata a disposición del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para la verificación de las garantías de sus derechos y de su restablecimiento.

Además, en respeto del principio de legalidad se establece que ningún adolescente podrá ser investigado acusado, ni juzgado por acto u omisión, al momento de la comisión del delito que no esté previamente definido en la ley penal vigente, de manera expresa e inequívoca, pues al ser declarado responsable por la autoridad judicial de la comisión de un delito sólo podrá ser sancionado con la imposición de las medidas definidas en Ley 1098 de 2006, lo que conlleva entonces, a que la privación de la libertad sea estrictamente excepcional solo procediendo para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años, siempre y cuando dicha restricción se adopte como medida pedagógica.

De este modo, es posible concluir que, existe en nuestro ordenamiento jurídico un celo para garantizar el efectivo derecho de la libertad individual y personal, previéndose solo su limitación por parte de una autoridad judicial (checks and balances), en los eventos prescritos en la ley (sujeción al debido proceso) y solo en las hipótesis normativas previamente establecidas en una ley positiva (principio de legalidad).

Exigencias que se hacen más rigurosas cuando se trata de una detención preventiva dentro de un proceso penal en el cual el procesado no ha sido hallado culpable o vencido en Juicio, estableciéndose en los sistemas procedimentales mencionados que solo se podría imponer una medida privativa de la libertad o de internamiento de este tipo bajo ciertos criterios, como son la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad y las víctimas³.

Las anteriores reservas frente a la posibilidad de restringir la libertad individual de una persona de manera preventiva en un proceso penal, se comprende bajo el principio liberal de impedir que sobre los derechos fundamentales de un individuo sobrevenga el abuso y la arbitrariedad por parte de un tercero, pero ante todo, de parte del mismo Estado, pues de suceder así se desquicia y desnaturaliza los fines propios de la organización política, que como arriba se dijo, tiene entre sus metas la preservación y garantía de la libertad como derecho humano fundamental e inalienable.

Y es tal relevancia de la tutela de libertad personal, que como sostiene Ferrajoli (1995), está directamente ligada a la teoría política del Estado de Derecho, pues constituye la base de la división

² A estos últimos se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Art. 142.

³ Para mayor ampliación véase artículo 355 Ley 600 de 2000; Art. 308 de la Ley 906 de 2004 y art. 181 de la Ley 1098 de 2006.

de poderes y de la naturaleza exclusivamente legal de la legitimación de la jurisdicción, por cuanto el ejercicio del poder judicial, tanto en sus funciones de enjuiciamiento como en las de acusación, incide sobre las libertades del ciudadano como individuo, para quien el hecho de que el mismo sea ejercido por la mayoría, no representa en sí ninguna garantía. De ahí que, la verdad del juicio y la libertad del inocente, constituyen las dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción penal, toda vez que “el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las libertades de los ciudadanos, a través de la garantía de la verdad -una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones- frente al abuso y el error” (p. 546). O como lo sostiene Luna (2019, p. 56, 57) “la búsqueda de la verdad en el proceso judicial es un objetivo difícil de satisfacer en modo pleno, por lo cual se plantea que frente al proceso lo que se tiene es una verdad con carácter de validez. Así, para el proceso los hechos son conforme se han probado y no como ocurrieron en la realidad”.

De ahí entonces, que sea razonable y se explique todas las medidas que procuran prever una detención ilegal o arbitraria, restringiendo al máximo tal eventualidad, pues no puede pasarse por alto que según mandato constitucional (art. 29) toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

CONCLUSIONES.

La libertad individual y personal entonces, se constituye en un derecho principalísimo de carácter fundamental, que ontológicamente deriva su naturaleza de la dignidad misma del ser humano, por lo que se traduce en un bien inalienable de cuyo respeto y garantía dependerá la legitimidad de la organización política que se erige como Estado, pues aparte de ser un derecho su naturaleza polivalente dentro del ordenamiento jurídico, lo cual, le da la condición de valor y principio, es decir, de ser un fin axiológico del Estado y a la vez una prerrogativa de los asociados que goza de eficacia directa, pues toda persona natural puede en el ejercicio de la misma, hacer todo aquello que lícitamente le sea permitido. De esta manera, solo se podría limitar de forma permanente la libertad en aquellos casos donde se demuestre en proceso penal que se hizo un mal uso injustificado de ese derecho, infringiéndose por acción u omisión una disposición normativa de carácter penal que con antelación ha sido calificada como una conducta punible hipotética, pero también de forma preventiva, solo dentro de un proceso penal, si se dan los fines constitucionales o legales que permitan restringir tal derecho fundamental, esto es, la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad y las víctimas, siempre y cuando dicha medida sea adoptada por una autoridad judicial.

Y es que el proceso penal, única área del derecho donde legalmente se podría restringir la libertad de las personas, en palabras del profesor alemán Winfried Hassemer (1989) es aquel escenario estatal y social en el cual, como en ningún otro, los derechos humanos se encuentran en juego y en el cual ambas esferas (Estado y la sociedad) se miran a sí mismos.

De ahí que compartamos el planteamiento de Isaiah Berlín (1998) en sus ensayos sobre la libertad, cuando citando a Constant, Mill y a Tocqueville nos señala que una sociedad no es libre a no ser que esté gobernada por dos principios, esto es, por un lado, que solamente los derechos, y no el poder, puedan ser considerados como absolutos, por lo que todos los hombres tienen el derecho absoluto de negarse a comportarse de una manera que no es humana, y por el otro, que hay límites dentro de las cuales los hombres deben ser inviolables, siendo definidas estas fronteras en función de normas aceptadas por los hombres cuyo respeto ha de entrar a formar parte de la concepción misma de lo que es un ser humano normal, pero a la vez su inobservancia develaría lo que es obrar de manera inhumana o insensata, pues cuando se llegase a violar o pasar por alto esas disposiciones jurídicas que protegen la libertad, como sería el caso de condenar a alguien sin previo juicio, se estaría frente a un escenario monstruoso y desquiciado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Agudelo Betancur, Nódier. (2008). *Escuela Clásica. Grandes Corrientes del Derecho Penal*. Bogotá: Temis. Tercera Edición.

Agudelo Betancur, Nódier. (2013). *Escuela Positivista. Grandes Corrientes del Derecho Penal*. Medellín: Ediciones Nuevo Foro.

Berlín, I. (1998). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza Editores.

Bernal y La Rota, C. (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Colombia*. Bogotá: Fundación para el Debido Proceso.

Carrara, F. (1988). *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Vol 1. Bogotá: Temis S.A.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (1995). *El Derecho Penal Mínimo*. Chile: ConoSur Ltda.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta. Cuarta edición.

Ferri, E. (1907). *Sociología Criminal Tomo I*. Madrid: Góngora.

Garofalo, R. (1890). *La Criminología. Estudios sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Madrid: Biblioteca de jurisprudencia, Filosofía e historia. Universidad de Salamanca.

Garófalo, R. (1912). *La Criminología*. Madrid: Daniel Jorro.

Hobbes, T. (1651). *Leviatán, o La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*.

- Hobbes, T. (2009). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Alianza. Traducción Carlos Mellizo. (1 de noviembre de 2012). *Informe 146 períodos de sesiones Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Washington D.C. (30 de diciembre de 2013). *Informe uso de la Prisión Preventiva en Las Américas*. Washington D.C.
- Luna, F. (2019). Hechos, Verdad y Prueba. En, F. Luna y E. de Río (Dirs.), *Compendio de Derecho Probatorio Contemporáneo* (39-59). Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Martínez Rave, G. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano*. . Bogotá: Temis. 13° ed.
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Revista para el análisis del Derecho*. WWW. INDRET.COM, 5.
- Nogueira Alcalá, H. (2002). La Libertad Personal y las Dos Caras de Jano. *Revista de Derecho Volumen XIII. Universidad de Talca Chile*, 162.
- Salgado González, A. (2017). Constitución y Derechos Humanos, *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, At. 21. DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2051>
- Sanchez-Ostiz, P. (2014). *La libertad del Derecho Penal: ¿De qué hablamos cuando decimos libertad?* Barcelona: Revista para el análisis del derecho InDret.
- Ulpiano, D. (s.f.). *Digesto de Justiniano*.
- Urbano Martínez, J. J. (2014). *La Nueva Estructura Probatoria del Derecho Procesal Penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema penal acusatorio*. Bogotá: Nueva Jurídica.