

LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN
COLOMBIA: ANÁLISIS ENTRE LOS FINES CONSTITUCIONALES, LA NECESIDAD
PROCESAL Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO



ERIKA VICTORIA PABÓN PÉREZ
HEYDY GISSELLA RINCÓN BERNAL



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO
VILLAVICENCIO

2025

LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN
COLOMBIA: ANÁLISIS ENTRE LOS FINES CONSTITUCIONALES, LA NECESIDAD
PROCESAL Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

ERIKA VICTORIA PABÓN PÉREZ
HEYDY GISSELLA RINCÓN BERNAL

Artículo académico presentado como requisito para obtener el título de Especialista en Derecho
Penal y Sistema Penal Acusatorio

Director:

Mg. JULIÁN LEONARDO RIVEROS CRUZ

Magister en Justicia Criminal

Doctorando en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO
VILLAVICENCIO

2025

Autoridades Académicas

P. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O. P.

Rector General

P. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGO, O. P.

Vicerrector Académico General

P. José Antonio BALAGUERA CEPEDA O.P.

Rector Seccional Villavicencio

P. Adrián Mauricio GARCÍA PEÑARANDA, O.P.

Vicerrector Académico Seccional Villavicencio

Mg. Julieth Andrea SIERRA TOBÓN

Secretaria General Seccional Villavicencio

Mg. Rodrigo CORTÉS BORRERO

Decano Facultad de Derecho

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en Colombia: análisis entre los fines constitucionales, la necesidad procesal y los derechos del imputado

Erika Victoria Pabón Pérez^{**}

Heydy Gissella Rincón Bernal^{**}

Julián Leonardo Riveros (Dir)^{* **}

Resumen

En este artículo se analiza cómo la aplicación de las medidas de aseguramiento privativas afecta los derechos del imputado, específicamente la libertad personal y la presunción de inocencia, con el fin de satisfacer fines constitucionales. Se desarrollan los conceptos referidos en precedencia, se abordan cada uno de los fines constitucionales y se presentan los distintos conflictos que se generan con ocasión a su imposición, se concluye que la ponderación y la proporcionalidad son el criterio mediante el cual es posible resolver dichos conflictos y, finalmente, se exponen las dificultades prácticas que tiene el juez al momento de realizar la valoración para imponerlas y que difuminan el carácter excepcional que en principio las identifica.

Palabras clave: Detención preventiva, derecho a la libertad, presunción de inocencia, ponderación, principio de proporcionalidad.

Abstract

This article analyzes how the application of restrictive security measures affects the rights of the accused, specifically personal liberty and the presumption of innocence, in order to satisfy constitutional ends. It develops the concepts referred to above, addresses each of the constitutional ends, and presents the various conflicts that arise when imposing them. It concludes that weighing and proportionality are the criteria by which these conflicts can be resolved. Finally, it sets out the

^{**} Abogada de la Universidad Santo Tomás Seccional Villavicencio, actualmente estudiante de posgrado de la Especialización en Derecho Penal y Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Santo Tomás.

^{**} Abogada Cum Laude egresada de la Universidad Santo Tomás Seccional Villavicencio, actualmente estudiante de posgrado de la Especialización en Derecho Penal y Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Santo Tomás.

^{***} Asesor Artículo, Abogado Cum Laude USTA Seccional Villavicencio, Especialista en Derecho Penal USTA Bogotá, Magister en Justicia Criminal y Doctorando en Derecho Universidad Carlos III de Madrid.

practical difficulties that the judge faces when assessing the imposition of these ends, which blur the exceptional nature that initially identifies them.

Keywords: Preventive detention, right to liberty, presumption of innocence, weighing, principle of proportionality.

Introducción

El sistema procesal penal vigente en el Estado Colombiano, está regulado a través de la Ley 906 de 2004 y se encuentra conformado por dos componentes, de un lado, es un modelo de carácter acusatorio y, de otro, está revestido por una tendencia adversarial por medio de la cual se tiene como finalidad equilibrar las cargas y otorgar a las partes que en él intervienen las mismas garantías y posibilidades en aras de que se enfrenten en igualdad de condiciones al momento de exponer y defender durante el desarrollo del juicio oral sus teorías del caso y sus argumentos, con el fin de lograr que la decisión que profiera el juez, sea conforme a derecho, en aplicación de una verdadera justicia material y esté contenida dentro del marco de la verdad procesal que se debe propender por alcanzar como fin principal del proceso penal.

Es por esta razón que el sistema penal colombiano tiene su estructura cimentada en principios y derechos que resultan esenciales para constituir los pilares fundamentales que rigen el procedimiento penal, los cuales pretenden asegurar el adecuado desarrollo del proceso, garantizar el cumplimiento y la materialización de los fines procesales dispuestos en la constitución y en la ley penal y, esencialmente, propender por la salvaguarda y efectividad de los derechos de las personas que actúan como partes, desplegando así en favor del procesado diversas medidas que lo resguarden y regulen la ejecución del ius puniendi, el cual se concentra en titularidad del Estado.

La legislación penal admite dos formas de restricción de la libertad de las personas, por una parte, cuando se profiere una sentencia condenatoria por medio de la cual se sanciona con una pena de prisión al individuo que es encontrado culpable de la comisión de una conducta punible y, por otra, cuando en la etapa preliminar del proceso penal se materializa la aplicación de alguna de las medidas de aseguramiento privativas que están establecidas en la ley, pues éstas, a diferencia

de las medidas no privativas de la libertad, tienen una naturaleza de carácter totalmente restrictivo para los derechos del procesado.

De ahí que el derecho a la libertad personal reviste un carácter fundamental dentro de la composición del Estado Social de Derecho, lo cual impone el deber de que sea objeto de un amparo especial para que no sufra vulneraciones injustificadas y desproporcionadas durante el curso del litigio, toda vez que desde el momento en que inicia el ejercicio de la acción penal, el mentado derecho se encuentra en constante peligro de que su goce sea gravemente limitado o restringido.

Si bien, en principio, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad están determinadas para asegurar el cumplimiento de los fines constitucionales establecidos tanto en la Constitución Política como en el Código de Procedimiento Penal, es debido a esa característica que la permea que dichas medidas resultan beneficiosas para salvaguardar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, pero pareciera que es incompatible y desfavorable para las garantías del imputado, pues respecto de los primeros la detención preventiva actúa como una respuesta que se despliega para cesar la vulneración acaecida o evitar posibles afectaciones que se le pueden causar a los bienes jurídicamente tutelados con ocasión a la conducta punible ejecutada y, respecto de los segundos, pese a que el ordenamiento jurídico reviste al procesado con la presunción de inocencia y el Estado le debe asegurar la protección y garantía de sus derechos, lo cierto es que con su aplicación, tal presunción podría verse desdibujada y el goce de sus derechos ser restringido en gran proporción.

En ese sentido, este análisis adquiere relevancia en el escenario donde el deber que tiene el Estado de garantizar el adecuado desarrollo del proceso penal; la protección de los derechos y garantías tanto para los enjuiciados como para las víctimas; y las posibles tensiones que pueden surgir entre esos derechos y la consecución de los fines constitucionales, exigen que se haga un análisis crítico y reflexivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad actualmente vigentes y su posible contraposición con respecto al derecho a la libertad de los procesados y a la presunción de inocencia del que gozan los mismos.

Este trabajo, a partir de un análisis normativo y jurisprudencial, contribuirá al debate académico y práctico en torno a la detención preventiva como medida de aseguramiento, el alcance que tienen los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento privativas dispuestas por la ley y su compatibilidad con el derecho a la libertad del procesado y la presunción de inocencia. A su vez, se analizarán las limitaciones que se pueden imponer a estos derechos y los conflictos que

se derivan de su aplicación, para finalmente, referirse a la reflexión de un criterio donde predomine la aplicación de medidas alternativas que sean menos restrictivas, con el fin de mantener una efectiva armonía entre la ejecución del procedimiento penal, la protección de las garantías del procesado y el cumplimiento de los fines del Estado colombiano.

1. La Detención Preventiva y el Conflicto Entre el Derecho a la Libertad, la Presunción de Inocencia y la Necesidad Procesal

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se encuentran consagradas en el artículo 307, literal A, numerales 1° y 2° del Código de Procedimiento Penal, dentro de las cuales se advierte la detención preventiva en establecimiento de reclusión y la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, ambas con la característica en común de que imponen una limitación considerable al derecho fundamental a la libertad personal de quien está siendo objeto de investigación dentro del proceso penal, es decir, a quien se le atribuye la calidad de imputado, siendo la primera de estas la que más repercusiones negativas le inflige al procesado, toda vez que lo obliga a cumplir dicha medida en intramuros y, en efecto, ello desencadena una serie de consecuencias que propician la afectación y restricción de otros derechos, entre ellos, el directamente relacionado con la posibilidad de intervenir activamente en la preparación de su defensa en el proceso penal que se surte en su contra.

Para que esta medida sea procedente y aplicable dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se han determinado previamente una serie de lineamientos tanto en la Constitución Política como por parte del legislador. La Carta Política establece en su artículo 250 la facultad de que la Fiscalía General de la Nación efectúe la solicitud de las medidas que considere y resulten necesarias para asegurar la protección y el correcto desarrollo del proceso penal, no obstante, dicha potestad está permeada por unas condiciones que le imponen mantener la concordancia con las disposiciones consignadas en el artículo 306 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en las cuales se indica que la aplicación de tales medidas es de naturaleza excepcional, debido a lo restrictivas que resultan para los derechos del procesado y, por ende, se debe cumplir con unos requerimientos dentro del marco del procedimiento a llevar a cabo para su solicitud.

La detención preventiva -y las medidas de aseguramiento en general- debe ser solicitada, en primer lugar, por la Fiscalía, pero sin que ello impida que la víctima o su representante invoquen

lo propio en los casos donde el fiscal decida no hacerlo, asimismo, dicha solicitud se eleva en audiencia celebrada ante el juez de control de garantías y es indispensable dar cumplimiento al deber de sustentar su necesidad y urgencia con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hayan obtenido en la etapa de investigación desarrollada previo a esta actuación procesal. Lo anterior, con el fin de demostrar el estándar exigido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal de la inferencia razonable de participación del procesado -que el imputado puede ser autor o partícipe- en la conducta delictiva objeto de análisis y que, de esta manera, finalmente el juez de control de garantías cuente con la información suficiente para valorar y decidir lo pertinente sobre su aplicabilidad, más aún, cuando es la misma norma procesal penal la que, en su artículo 307, parágrafo 2°, de forma expresa precisa:

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. (Código de Procedimiento Penal, 2004)

Por tal motivo, la ley de procedimiento penal ha decantado como fines -requisitos- constitucionales de las medidas de aseguramiento en los artículos 296, 308 y siguientes: evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá con la sentencia; mismos que han sido reiterados y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y con los cuales se busca proteger determinados derechos, según sea cada uno de estos. Así, en un sentido amplio, es posible afirmar, de una parte, que esta protección va dirigida a preservar el proceso penal, mantener la seguridad de los medios de prueba, salvaguardar los bienes jurídicamente tutelados, la seguridad de las víctimas y los testigos, el interés general y la convivencia pacífica y, de otra, según la Corte Constitucional (2005) que mediante dichos requisitos se procura blindar el valor superior del individuo y materializar el principio pro homine y la dogmática ius humanista propia de la Constitución.

En este contexto, esos lineamientos, desde una perspectiva garantista, se han constituido como una formalidad y/o un filtro en términos argumentativos, en el cual le obedece a la Fiscalía demostrar con suficiencia los postulados requeridos y, según Sorza Cepeda (2016) el juez debe valorar la necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y adecuación en aras de que se profiera su

imposición como última instancia, es decir, acreditando que la detención preventiva es la medida idónea para garantizar el cumplimiento de los mencionados fines.

Al momento de imponer una medida privativa de la libertad se generan dos panoramas contrapuestos producto de esa misma situación, pues, de un lado, se protegen unos derechos y, de otro, se limitan. Para el ente fiscal y la víctima, la aplicación de la detención preventiva significa el amparo tanto de sus derechos como de los bienes tutelados por el legislador, no obstante, para el imputado dicha medida implica la restricción de varios de sus derechos, siendo el más afectado la libertad personal, y adquiriendo una connotación aún más relevante y gravosa cuando dicha medida debe cumplirse en un establecimiento carcelario -y no en el domicilio-, pues ese factor de que el procesado esté intramuros le imprime una mayor carga de coerción a la ya compleja situación en que se encuentra, dado que producto de ser apartado de forma contundente del componente social, se hace extensiva dicha restricción a una mayor cantidad de derechos y, a su vez, causa una ostensible tensión respecto con la presunción de inocencia, toda vez que se priva de la libertad a un individuo contra quien aún no se ha demostrado que sea penalmente responsable, es decir, que el juez de conocimiento, quien es el único competente para dictar esa decisión, no ha proferido sentencia condenatoria alguna. Al respecto, la norma procedimental penal indica en su artículo 295 lo siguiente:

Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. (Código de Procedimiento Penal, 2004)

Postura que se encuentra en consonancia con:

En efecto, repugna al Estado Social de Derecho, al respeto por la libertad y la presunción de inocencia, así como a otros derechos constitucionales, que una persona investigada sea detenida preventivamente cuando ello no es necesario. Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, Expediente D-11214)

En virtud de lo expuesto, resulta imperativo profundizar en los conceptos relativos a la libertad, la presunción de inocencia y los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento. Empero, previo a abarcar dichos términos es importante precisar que, aunque el eje central y común que soporta los derechos que han sido catalogados como fundamentales es que todos ellos están dirigidos a lograr que las personas puedan materializar la dignidad humana, y pese al carácter constitucional que ostentan, la realidad es que estos no son absolutos, es decir que, como lo dispone la Corte Constitucional (1997) pueden ser limitados o regulados con el fin de garantizar la protección de otros derechos que también estén determinados en el ordenamiento jurídico; situación que se advierte en este caso, como quiera que la aplicación de la detención preventiva limita, entre otros, el derecho fundamental a la libertad y, por ende, supone un conflicto entre los derechos del procesado y los fines constitucionales.

1.1 La Libertad

Uno de los principales derechos que fue reconocido como fundamental a partir de que se constituyó el Estado social de Derecho en Colombia mediante la promulgación de la Constitución Política de 1991, es la libertad personal (Corte Constitucional, 2017). Tal es la importancia de este derecho que su alcance y fundamentación permean tanto la esfera individual como la social, razón por la que se le ha otorgado una naturaleza jurídica ampliada al consagrarlo como valor en el preámbulo de la Carta Política; como principio en el artículo 2 Constitucional, que debe primar en todas las acciones que ejecute el Estado en aras de alcanzar el cumplimiento de sus deberes; y como derecho fundamental en el artículo 28 Constitucional, el cual determina la ausencia de limitaciones a la autonomía del que gozan los individuos.

La Corte Constitucional (2001) ha conceptualizado el derecho a la libertad desde dos dimensiones, de una parte, la esfera personal o individual, que se define como:

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, como 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. (Sentencia C-774, Expediente D-3271)

En otras palabras, desde este sentido la libertad funge como el componente estructural para garantizar la eficacia de los otros derechos y, a su vez, es el instrumento que habilita a las personas a materializar las actuaciones que consideren necesarias realizar en aras de desarrollar su vida desde la singularidad.

De otra parte, Trujillo Vallejo y Silva Arroyave (2021) refieren que desde la esfera social se ha reconocido que el individuo pertenece a una colectividad, por lo que se hace necesario que no solo se le reconozca la libertad, sino que se impongan obligaciones y deberes a fin de limitar la misma. La esencia de este derecho radica en reconocer la preponderancia de la autonomía de cada individuo, así como en aceptar las libertades de quienes conforman el componente social, sin que el desarrollo personal genere afectaciones en los congéneres y en la búsqueda del bienestar general.

Es necesario precisar que, ni la legislación colombiana ni el sistema Constitucional establecen jerarquías o niveles de mayor o menor importancia entre los derechos, es decir que todos están dispuestos en la misma esfera (Corte Constitucional, 2018), lo cual permite crear una armonía entre los mismos, dirigida a alcanzar una adecuada y pacífica convivencial social. Por lo tanto, cuando se presenta una contradicción a nivel de derechos o intereses constitucionales, se permite hacer uso de la ponderación, de tal manera que luego de analizar el asunto en concreto, uno de esos derechos deberá ceder frente al otro, para que sea éste el que prevalezca.

En el contexto práctico, la naturaleza esencial del derecho fundamental a la libertad no debe entenderse como un elemento que le conceda un carácter absoluto, pues desde las disposiciones internacionales, las cuales fungen como el eje de las legislaciones internas, se establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constituciones Políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969) y la jurisprudencia ha decantado en reiterados pronunciamientos que la libertad personal puede ser objeto de restricciones, más aún si se trata de salvaguardar y defender la libertad social y la voluntad colectiva.

Sin embargo, dichas privaciones deben ser legítimas, es decir, establecerse con unas garantías que aseguren su protección aún en los casos donde proceda su limitación, por lo tanto, deben estar precedidas de “mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley” (Constitución Política de Colombia, Artículo 28, 1991), además, estar contenidas dentro de las medidas de aseguramiento

que tengan como objeto el cumplimiento de sus fines dentro del marco del proceso penal y, finalmente, ser proferidas luego de haberse efectuado el análisis correspondiente por un juez competente, únicamente en contra de quien tenga la calidad de imputado.

Ahora bien, esa limitación tampoco puede ser absoluta ni indeterminada; así como el legislador dispuso unos requisitos para que proceda su aplicación, también existen disposiciones que determinan y permiten efectuar un control de hasta dónde es posible ejecutar esa afectación al derecho a la libertad del procesado. No basta con que previo a la imposición de la medida el juez de control de garantías advierta su excepcionalidad y, por ende, analice y pondere la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la misma, sino que, además, no puede perder de vista el componente preventivo que recubre su finalidad y, en consecuencia, debe velar porque la restricción no trasgreda el carácter de la temporalidad, ni resulte excesiva para el procesado justificándola en el deber de consecución de los fines del Estado, lo anterior, considerando que, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) el uso excesivo de las medidas privativas y el desarrollo e implementación de políticas públicas que permitan la aplicación de las mismas como medida primaria y tendiente a lograr una justicia anticipada, es una práctica que va en contra de la estructura propia del estado de derecho.

En síntesis, desde el punto de vista netamente legal y jurisprudencial, el derecho fundamental a la libertad del cual goza el procesado, y por inherencia el de la dignidad humana que lo permea, no sufre vulneración con la imposición de la detención preventiva en el marco del proceso penal, toda vez que la razón constitutiva que autoriza su aplicación es tanto la prevención y protección que el Estado debe asegurar a las víctimas y la sociedad, como el garantizar la administración de justicia. Dicho de otro modo, es legítimo limitar la libertad personal respecto de quien funge como sujeto pasivo de la causa penal mientras se determina su responsabilidad, si cumplido el test de proporcionalidad se acredita la necesidad de hacer uso de la detención preventiva como medio para satisfacer los fines del proceso y garantizar la coexistencia entre los ciudadanos, lo anterior, como quiera que dada su naturaleza meramente cautelar no constituye una sanción (Corte Constitucional, 2022) y, considerando además que no se impone arbitrariamente sino que está justificada en la inferencia razonable de autoría o participación del imputado y en la demostración de los presupuestos señalados en precedencia.

No obstante, desde el aspecto sustancial es ostensible que la detención preventiva coarta al imputado de la posibilidad de ejercer y gozar con plenitud la totalidad de sus libertades y derechos,

entre ellos algunos que están estrechamente relacionados con el proceso penal, como el debido proceso, la defensa material, la seguridad jurídica y la igualdad de armas, pues resulta evidente que el procesado privado de la libertad no cuenta con las mismas herramientas y facilidades que su contraparte para defenderse, pues no puede desarrollar por su cuenta labores o actos tendientes a recopilar elementos de prueba que le sirvan para demostrar su teoría del caso, aunado a que por las complejas condiciones de hacinamiento y déficit tanto de personal como de infraestructura a las que están sometidos los privados de la libertad, se dificulta la posibilidad de que establezca un contacto debido y oportuno con su apoderado. El concepto de que la detención preventiva sea una simple medida cautelar se torna bastante difuso, toda vez que ambas contienen la misma esencia de privar la libertad y, en la realidad, los imputados terminan cumpliendo dicha medida en los mismos establecimientos carcelarios y bajo las mismas condiciones que los condenados.

1.2 La Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia está compuesta en esencia por un carácter tripartita, respecto del cual se comprende como un principio, una garantía y un derecho fundante dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la cual se define someramente como que todas las personas son inocentes hasta que se demuestre lo contrario. Así lo consagra la norma constitucional en su artículo 29, inciso 4, en la cual se precisa “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” (Constitución Política de Colombia, 1991).

En igual sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) dispone que: *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.* (Artículo 11.1)

Esta presunción surgió como contraposición a la teoría primigenia que regía anteriormente en el derecho penal, la cual se denominó derecho penal de autor y consistía en que las personas eran juzgadas y castigadas por lo que ellos eran, es decir, con base en su perfil individual, sus antecedentes, peligrosidad, así como por características tales como la personalidad, criterios biológicos y psicológicos. Al haberse proscrito esta tendencia peligrosista que era ostensiblemente contraria a la dignidad humana, el debido proceso, la seguridad jurídica, entre otros derechos, emergió el derecho penal de acto, el cual tiene como fundamento principal que los individuos

únicamente pueden ser procesados y endilgárseles responsabilidad penal con ocasión a las conductas punibles que cometen y luego de haberse surtido un proceso que debe estar revestido de todas las garantías determinadas en la Constitución, la ley y la jurisprudencia.

De ahí que la presunción de inocencia sea un componente esencial dentro de los distintos procedimientos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano en todas las áreas, máxime en el desarrollo del proceso penal, toda vez que protege a las personas del ius puniendi que ostenta el Estado y, como señala Valdés Mejía et al. (2018) le traslada a éste la carga de probar más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal con respecto al individuo enjuiciado (p. 43) para derruir la mentada presunción, manteniendo la sujeción a los principios, derechos y requisitos propios del proceso jurídico penal. Al respecto, la Corte Constitucional (2012) refiere que:

Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie. Así, todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución. (Sentencia C-289, Expediente D-8698)

Ese alcance e importancia que identifica a esta garantía constitucional está expresada y respaldada en distintas normatividades e instrumentos internacionales sobre los derechos humanos, los cuales han sido ratificados por Colombia y, por tanto, integran el bloque de constitucionalidad de que trata el artículo 93 de la Constitución Política, entre los que se encuentra, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales han servido como criterio indispensable para cimentar y dirigir la estructura de los ordenamientos jurídicos en los distintos Estados, incluyendo por supuesto el colombiano.

Sin embargo, por más esencial que sea este derecho y por muy inserto que se encuentre dentro del desarrollo del proceso penal, a la presunción de inocencia se le hace accesoria la dificultad acaecida por la libertad personal, es decir, ni el legislador ni la jurisprudencia le han otorgado un carácter absoluto, por lo que resulta procedente analizar y ponderar en cada caso concreto si es necesario o no restringirla con la finalidad de que el Estado pueda materializar la protección de otros principios y garantías que también son importantes porque contribuyen con la adecuada y eficaz impartición de justicia.

La razón de que no sea absoluta radica en que cuando el legislador estructuró el sistema procedimental penal vigente en la actualidad, lo consideró en un sentido de tal manera que no sólo corrigió las vulneraciones a derechos que se presentaban con el sistema anterior en contra del procesado, sino que también, conforme a lo indicado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2016) proporcionó a las víctimas mayor intervención y mecanismos por medio de los cuales pudieran participar activamente en el proceso penal y velar por la defensa de sus derechos. Es decir, se reformuló el procedimiento de manera que todos los directamente involucrados reciban por parte del Estado el amparo que requieran de acuerdo con la calidad en que intervienen dentro del mismo y, en suma, se determinaron ciertas medidas de aseguramiento excepcionales que, pese a que pueden limitar unos derechos y garantías fundamentales, están legitimadas para aplicarse en los casos señalados taxativamente en la norma, previa verificación de las estrictas condiciones consagradas en la misma.

Luego, la presunción de inocencia no se quebranta con la práctica de las medidas en comento, como quiera que, de una parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2019) ha decantado que “este derecho, a su vez, acompaña a la persona desde el inicio del proceso hasta la emisión del fallo que declara su responsabilidad” (Sentencia C-567, Expediente D-13147) y, por otro lado, dada su naturaleza eminentemente procesal, las medidas privativas se imponen en aras de cumplir con los fines constitucionales del proceso, esto es, únicamente tienen función cautelar o preventiva, por lo que, según Hernández Jiménez (2019) su aplicación no implica que se endilgue responsabilidad penal al procesado (p. 17) y tampoco condiciona la imparcialidad del juez, pues no se adopta postura alguna frente a la culpabilidad o no del imputado, máxime cuando su imposición está dada por un juzgador distinto de aquel que, de ser el caso, finalmente profiere la sentencia condenatoria.

Empero, si se analiza desde un sentido amplio, resulta contradictorio concluir que la presunción de inocencia es compatible con la detención preventiva, toda vez que es posible afirmar que con esta medida de aseguramiento se está invirtiendo la carga probatoria puesto que el imputado se ve obligado a defenderse después de haber sido detenido, es decir, en lugar de que la Fiscalía investigue para detener, detiene para investigar. Lo anterior, aunado a que en esta etapa procesal el ejercicio defensivo es restringido debido a la falta de tiempo y elementos con que cuenta la defensa para actuar dentro del mismo y, si bien el juez de control de garantías tiene el deber de escuchar y tomar en consideración las intervenciones de cada una de las partes a efectos de proferir

su decisión, lo cierto es que la Fiscalía es quien cuenta principalmente con los elementos probatorios necesarios para soportar su pedimento, por lo que en algunos casos esta situación, sumado a aspectos específicos como la presión mediática cuando hay casos de gran connotación social y la cultura punitiva que aún está presente en el sistema jurídico penal colombiano, pueden llevar a que esa determinación se torne un tanto desfavorable en contra del procesado.

1.3 Los Fines Constitucionales

El sentido de las medidas de aseguramiento es garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales, los cuales han sido señalados por el legislador con el propósito de salvaguardar componentes de carácter tanto procesal como sustancial, entre los que se encuentran proteger el proceso, la prueba, la víctima, la comunidad y velar porque el imputado comparezca al proceso y, en caso que deba hacerlo, cumpla con la pena que se le imponga mediante sentencia condenatoria que declare su responsabilidad penal en determinado asunto.

Por lo tanto, si bien los fines de las medidas de aseguramiento parecieran estar centrados únicamente en lo relacionado con el sistema penal, en realidad la esencia de las mencionadas está estrechamente ligada a la consecución de los fines esenciales del Estado, por tal motivo persiguen, entre otros, la efectividad de los principios y derechos, asegurar la convivencia pacífica al igual que la protección de la sociedad, la vida, los bienes y las libertades.

De ahí que se hayan consagrado varias medidas de carácter no privativo de la libertad, que si bien limitan determinados derechos del procesado como la libertad de locomoción en lugares concretos, el derecho de reunión y asociación con diversos fines y, el ejercicio de ciertas profesiones u oficios, indudablemente son restricciones de menor connotación que las generadas con ocasión a la imposición de una medida privativa, las cuales no solo afectan y/o suspenden esencialmente la libertad personal, sino que también se extienden a otros derechos como la defensa -especialmente en sentido material-, la dignidad humana, la intimidad, la familia, entre otros.

A pesar de lo anterior, el Estado colombiano por medio del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia consiente la aplicación de la detención preventiva, respaldada en el análisis de un juicio de necesidad dado en torno a su interés de proteger y satisfacer los fines constitucionales, por lo que acude a analizar la razonabilidad y, principalmente, la proporcionalidad en lo relativo a

acreditar que dicha medida, pese a la estricta naturaleza limitativa que la permea y al conflicto entre principios y derechos que ocasiona, es la más adecuada para materializar esos fines.

1.3.1 Evitar la Obstrucción de la Justicia

El primero de los requisitos -fines- establecidos por el legislador que debe cumplirse y/o demostrarse se encuentra consagrado en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal y está dirigido a garantizar la correcta administración de justicia en el marco del procedimiento penal, es decir, preservar porque el desarrollo del proceso se haga con sujeción a los presupuestos y lineamientos consagrados en la normatividad, evitar que el imputado ejecute maniobras dilatorias que busquen entorpecer la investigación o interferir con el recaudo probatorio y/o el adecuado ejercicio de las etapas procesales y, asegurar que las distintas actuaciones estén dirigidas tanto a obtener la verdad procesal como a endilgar, con conocimiento más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal a quien corresponda.

En ese sentido, dentro del alcance de este fin se reúne la necesidad de custodiar y/o preservar los medios de prueba que se pretendan hacer valer en el juicio, esto es, de una parte, proteger la seguridad de los testigos que van a rendir su declaración y, de otra, velar por la integridad y la mismidad de los elementos materiales y evidencia física que estén sometidos a cadena de custodia, en aras de garantizar, en sentido amplio, la autenticidad de la prueba.

Por lo que, de acuerdo con lo anterior, corresponde a la Fiscalía General de la Nación demostrar con elementos claros y contundentes, basado en las capacidades individuales así como en las condiciones dadas en el asunto en concreto, que existe verdaderamente una probabilidad de que el imputado obstruya el normal desarrollo del proceso y, a su vez, el juez de control de garantías tiene la labor de analizar dichos elementos con el fin de determinar cuáles de ellos constituyen motivos graves y fundados por los cuales mantener en libertad al procesado o aplicarle una medida de aseguramiento no privativa sea riesgoso para el ejercicio del proceso penal y, por tanto, resulta justificado acudir al carácter excepcional de esta medida y proceder con la imposición de la misma.

Entre los elementos a tener en cuenta en el estudio de esa esfera de probabilidad, es posible referenciar aspectos como los recursos -económicos y logísticos- con que cuente el procesado, la posición distinguida que ocupe dentro de la sociedad o cualquiera que “permita inferir que el

imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba” (Código Procedimiento Penal, Artículo 309), así como que intervendrá mediante presiones de forma tal que “inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente” (Código Procedimiento Penal, Artículo 309), o que alterará y/o dificultará la normal realización de las labores de los funcionarios de justicia o de las audiencias.

Sin embargo, con este requisito se puede advertir una vulneración al principio de igualdad de armas y, además, pareciera que el Estado no cuenta con las capacidades suficientes para asegurar y proteger la investigación previo a que se dé inicio formal al proceso penal, puesto que en vez de asegurar la misma protección para ambas partes, debe acudir a restringir el derecho a la libertad del imputado, complicando su oportunidad de contribuir a recolectar los elementos de convicción que necesita para ejercer su derecho a la defensa en debida forma, así como dificultando que se involucre y, en muchos casos, tenga conocimiento preciso y directo de su proceso, por lo que, como resultado de esto, lo deja en una situación de desventaja frente al ente acusador quien, en su lugar, sí cuenta con las herramientas necesarias para llevar a cabo lo propio.

1.3.2 Peligro para la comunidad y para la víctima

Este fin está señalado en los artículos 310 y 311 del CPP, dentro del cual el legislador ha referido que su propósito está dirigido a proteger a la sociedad y a la víctima en los casos donde la libertad del procesado se torne peligrosa para la seguridad de los mencionados.

Considerando que para ese momento procesal tan solo existe una inferencia de autoría o participación en contra del imputado y que la detención preventiva tiene la naturaleza de ser excepcional, el juez no puede argumentar su decisión únicamente con base en la gravedad y modalidad de la conducta punible, tampoco en la posible pena a imponer y, mucho menos, en elementos relativos a las características personales del imputado -porque se estaría reviviendo la aplicación del derecho penal de autor-, por tanto, en aras de evitar decisiones arbitrarias y/o con falencias argumentativas sustanciales que generen inseguridad jurídica, y con el objeto de validar la procedencia de este fin para soportar la detención preventiva, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto como requerimiento que la Fiscalía debe probar con motivos fundados la inferencia de que el imputado pueda atentar contra la víctima, su familia o sus bienes

(Sala de Casación Penal, AP-2761, 2020) y, además, el juez tiene el deber de valorar una serie de criterios complementarios o especiales desarrollados en el artículo 310 de la norma procedimental penal, los cuales permiten determinar conforme a las conductas desplegadas por el procesado: si continuará o no con la ejecución de dicha conducta delictiva; su probable vinculación con organizaciones criminales; su pertenencia a grupos de delincuencia organizada; el número de delitos y su naturaleza; si goza de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa, si tiene sentencias condenatorias vigentes en su contra por delito doloso o preterintencional; si ha suscrito preacuerdos, aceptado cargos o se le han otorgado principios de oportunidad en los últimos 3 años respecto de punibles que atenten contra la vida e integridad personal o contra el patrimonio económico; si para la comisión de la actividad delictiva se utilizaron armas de cualquier tipo; o si el delito cometido es por abuso sexual con menor de 14 años. Por lo que, como señala Strusberg Castañeda y Pérez Hernández (2023) el análisis de estos elementos resulta fundamental para establecer el riesgo real que representa el imputado en cuanto al peligro futuro de que pueda repetir el punible o llevar a cabo la comisión de nuevos delitos (p. 11) y, en consecuencia, justificar la imposición de dicha medida de aseguramiento.

La razón que en esencia soporta este requisito se estructura en que el proceso penal está dispuesto para proteger a todas las partes involucradas en él, es decir que desde los presupuestos constitucionales, normativos y jurisprudenciales la garantía de los derechos no se puede delimitar al procesado, sino que debe permear en igual manera a las víctimas y, de ser el caso, a la sociedad, por ello, si bien este requisito implica que el juez efectúe una valoración minuciosa dirigida a determinar la probabilidad que existe de que otros bienes jurídicamente relevantes resulten afectados, es decir, en otras palabras, termina haciendo una proyección a futuro de si el imputado podría ser o no peligroso, la misma no vulnera los derechos del procesado ni afecta en lo absoluto la presunción de inocencia porque se respalda en el concepto de que los derechos, aunque fundamentales, no tienen un alcance absoluto, además que dicho análisis se hace en el marco de una etapa de naturaleza preventiva y todo aquello tiene como fin último la consecución de los fines del Estado.

En este sentido, es posible afirmar que de este requisito surgen dos posturas; de un lado, el análisis valorativo que realiza el juez respecto del criterio de peligro para la comunidad tiene un carácter peligrosista que puede entrar fácilmente en contradicción con el criterio fundante y la esencia del Estado Social de Derecho, así como con la presunción de inocencia, pues, si bien desde

la jurisprudencia se ha aclarado que dicha valoración parte exclusivamente de la conducta realizada por el imputado y no desde los elementos personales del mencionado -por lo que no se aplica erróneamente el ya proscrito derecho penal de autor-, lo cierto es que, como señala Fernández Penagos y Hernández Álvarez (2021) cuando el juez evalúa esas posibles conductas futuras termina aplicándole al imputado, de algún modo, una presunción de culpabilidad (p. 18), pues en este estadio procesal apenas se están investigando los hechos acaecidos y solo se tiene una inferencia de autoría o participación, pero el juez ya concluye que el prenombrado actuará de forma similar al punible que *presuntamente* cometió, siendo así como la detención preventiva pierde su característica de cautelar y, en cambio, adquiere los fines de prevención general y especial, los cuales son propios de la pena y no de las medidas de aseguramiento.

Ahora bien, de otro lado, este requisito centrado específicamente en el criterio del peligro para la víctima reviste de gran importancia, toda vez que al estudiar el fundamento que lo conforma es posible aseverar que, entre todos los otros fines, éste es el único que verdaderamente busca proteger derechos en específico, y no el amplio conjunto de finalidades respecto de los cuales es el Estado quien tiene el deber de asegurar su cumplimiento. Basado en lo anterior, dicho requisito sí podría tenerse como una excepción y hacerse procedente su aplicabilidad en los casos donde por las condiciones específicas y el contexto del proceso sea imprescindible tomar medidas contundentes para proteger a quienes se reputan como víctimas, bajo la previsión de que se le imponga a la Fiscalía una estricta carga demostrativa y argumentativa para que refiera cuáles son esos motivos por los que el imputado podría tomar represalias en su contra, y que su connotación sea tal que se haga estrictamente necesario y proporcional afectar la libertad del imputado como única vía efectiva para lograr tal fin.

1.3.3 No comparencia

La finalidad desarrollada en el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal tiene como intención asegurar que el imputado esté presente en el desarrollo de todo el proceso penal y, de igual manera, garantizar la materialización de la condena en el caso donde se profiera una sentencia condenatoria en su contra, por lo que, dicho de otro modo, está dispuesto para proteger el proceso penal y satisfacer el cumplimiento de la pena.

Debido a la importancia que representa este requisito, y con el fin de que la decisión de imponer esta medida de aseguramiento privativa no emane someramente del capricho del juez y que tampoco se convierta en un medio o herramienta que se aplique de forma recurrente, por no decir que, en la totalidad de los procesos penales propugnado únicamente por un carácter precautorio, el legislador dispuso una serie de factores entre los que se encuentra: la falta de arraigo determinado por el domicilio, asiento de la familia, sus negocios o trabajo; las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; la gravedad del daño causado y su actitud frente a este; el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, que permita inferir que no tiene interés de sujetarse al proceso ni al cumplimiento de la pena; y, finalmente, si opone resistencia a la captura, intenta huir o dificulta su individualización.

De conformidad con las circunstancias mencionadas en precedencia y teniendo en consideración que lo que se está restringiendo en este caso es el derecho fundamental a la libertad y, en cierto modo, accesoriamente se pone en entredicho la presunción de inocencia, al igual que sucede con los criterios mencionados en el peligro para la comunidad y la víctima, estos, junto con la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible deberán ser sometidos al estudio pertinente por parte del juez en aras de que se le dé viabilidad a la detención preventiva, por lo que se convierte en deber de la Fiscalía presentar la totalidad de los elementos de convicción que resulten procedentes y necesarios para sustentar en debida forma los requisitos de su pretensión.

Ahora bien, dentro de aquellos factores se destacan especialmente algunos que en apariencia tienen, del mismo modo que su homólogo, un carácter peligrosista evidenciado bajo los siguientes argumentos. Concluir que con la demostración de la relación entre la gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a este es suficiente para tener por cierto dicho fin, resulta en un razonamiento que fácilmente se ve permeado, por una parte, por la imposición de una regla de generalidad y, por otra, por la atribución de una responsabilidad que aún no se ha endilgado al procesado, ambas, ocasionando entonces que se construya un supuesto bajo el cual el imputado debe desplegar determinado actuar desde ese momento procesal, dirigido específicamente a la cooperación y/o rendición, so pena de que una actitud contraria sea tenida como confirmación de que el prenombrado no comparecerá al proceso.

Algo semejante ocurre con el criterio del comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, y el de oponer resistencia a la captura, intentar huir o dificultar su individualización, toda vez que los mencionados comparten la particularidad de que pareciera que

desde el sistema penal se imponen pautas de comportamiento con respecto al imputado, aplicables no sólo para investigaciones actuales sino cobijando toda la información disponible de procesos anteriores, por lo que se le termina asignando al procesado la obligación de actuar de determinada manera a efectos de que su conducta no se entienda como un supuesto o una inferencia de que no tiene interés en comparecer al proceso y/o, de ser el caso, en cumplir la correspondiente pena.

Igualmente, acudir al análisis y verificación de la actitud que el imputado ha tenido en procesos y/o actuaciones pasadas puede causar tensiones no solo en lo que respecta a la presunción de inocencia, sino que se muestra como contradictorio con relación a los postulados del derecho penal de acto, pues sería equivalente a decir que si previamente el encausado no cooperó con la administración de justicia entonces no lo hará nunca; criterio que erróneamente se puede tornar en una máxima procesal en donde es posible que en un asunto actual, pese a carecer de los elementos probatorios adecuados para prever y justificar la situación de una posible no comparecencia, aun así seguiría teniendo la preponderancia suficiente para influir en la percepción del juez al momento que decida sobre la imposición o no de la detención preventiva.

Finalmente, aunque la comparecencia del procesado resulta el escenario más adecuado dentro del desarrollo del proceso jurídico penal, esto con el fin de poder garantizarle plenamente sus derechos a la defensa, el debido proceso, la intermediación y la contradicción y, aunque, a su vez, es esencial para proteger los derechos de las víctimas y velar por la efectivización de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, es ineludible que el Estado debe ejercer con responsabilidad el *ius puniendi* y mantener vigente la concepción de que, así como el derecho penal debe ser la última ratio a la cual se acuda con la finalidad de castigar y corregir a quienes despliegan conductas altamente vulneradoras de los bienes jurídicamente tutelados, la detención preventiva debe ser el último de los recursos a elegir dentro de la aplicación de las medidas de aseguramiento, pues, en medio de ese ejercicio de desarrollo del poder punitivo y dadas las amplias capacidades con que cuenta el ente acusador para investigar y la judicatura para juzgar y sancionar, es preciso considerar primeramente las medidas de aseguramiento no privativas, por tener un carácter menos gravoso para los derechos del procesado, con el fin de materializar la comparecencia del imputado sin sacrificar uno de los postulados constitutivos y fundamentales del Estado colombiano.

2. La Ponderación Como Criterio de Solución

De conformidad con el análisis realizado en precedencia, resulta ostensible que, en medio del desarrollo y la materialización del proceso penal y, en aras de asegurar la aplicación de los fines propuestos por el sistema penal colombiano, surge un intenso debate entre la necesidad procesal que aduce el Estado como argumento para sustentar y permitir la aplicación de la detención preventiva y lo relativo frente al derecho a la libertad de los procesados y la presunción de inocencia.

Los principios son la base que estructuran y justifican los derechos que, en conjunto, conforman el Estado Social de Derecho, es decir, fungen como el componente imprescindible con los cuales es posible realizar la valoración entre derechos, asegurar su aplicación y, esencialmente, garantizar la protección de la totalidad de libertades que obran como elementos fundantes dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

De ahí que, cuando se suscitan conflictos entre derechos fundamentales, es decir, de igual jerarquía, resulta necesario analizar el núcleo esencial de los mismos a efectos de determinar el alcance y los límites que los permean; en otras palabras, esos derechos se deben desplazar a la esfera de los principios para poder llevar a cabo el ejercicio de ponderación pertinente y resolver las tensiones que se presenten entre los mencionados.

En ese sentido, previo a abarcar el estudio de la ponderación, es menester indicar que con el fin de desarrollar este criterio se hace necesario recurrir a la utilización de otros principios como el de la proporcionalidad, el cual también se establece como el test o mecanismo a aplicar para resolver dichas tensiones y es conceptualizado en la jurisprudencia como “un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza” (Corte Constitucional, Sentencia C-695, 2013, Expediente D-9570).

El principio de proporcionalidad actúa como el eje central alrededor del cual se despliega el análisis interpretativo de los principios que se encuentran en pugna, con el fin de determinar si la limitación a los derechos del imputado realmente se compensa en forma razonable con respecto al bien jurídico que se quiere proteger o el fin constitucional que se quiera alcanzar; así pues, lo que se busca como resultado del proceso de ponderación mediante la aplicación de la

proporcionalidad es que, pese a las restricciones que se imponen, esa limitación cause el menor impacto posible en el imputado y, ciertamente, contribuya a que se consiga el objetivo planteado.

De manera que, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce y consiente desde lo normativo y lo jurisprudencial la validez de la ponderación y, además, revierte al principio de proporcionalidad de criterios como la necesidad, el cual es esencial porque a partir de este se determina si existe o no justificación para imponer la detención preventiva y limitar los derechos del procesado y, la gradualidad, que tiene como función ser un criterio auxiliar para ayudar a establecer con más claridad los límites hasta donde es posible restringir la libertad; ello, con el propósito de evitar que se establezca una regla abstracta, general y absoluta con la cual se justifique la procedencia de las medidas privativas de la libertad.

3. Conclusiones

Al tenor de los presupuestos Constitucionales, normativos y jurisprudenciales, la detención preventiva constituye una medida enmarcada dentro de la legalidad y permitida por el ordenamiento jurídico colombiano y, en consecuencia, las limitaciones que se imponen al derecho a la libertad del imputado y a la presunción de inocencia, terminan siendo justificadas bajo el entendido que el alcance de estos derechos no es absoluto y que su restricción reviste un carácter de excepcionalidad, le impone la carga al titular de la acción penal de demostrar con contundencia los elementos probatorios que soportan su necesidad de aplicabilidad, y al juez de control de garantías el deber de analizar con cautela y rigurosidad dicho material probatorio a efectos de tomar la decisión que resulte más proporcional y razonable para cada caso en concreto, todo ello con el fin de materializar el cumplimiento a los fines constitucionales del Estado.

No obstante, en virtud de la postura adoptada en este artículo de reflexión académica se advierten varias razones por las cuales la detención preventiva es un instrumento polémico, cuya aplicación en la actualidad resulta desproporcionada en la mayoría de los procesos y, por ende, termina causando afectaciones no sólo a la libertad personal y la presunción de inocencia del imputado, sino que lo ubica en una evidente posición de desventaja que permea la totalidad de las garantías y derechos que le asisten, como lo son, entre otros, la igualdad de armas, el derecho a la defensa, el debido proceso y el derecho a la contradicción, mismos de los cuales, se supone, es el Estado el encargado de velar por su protección. Asimismo, aunque desde lo constitucional y lo

jurisprudencial se consagre y se desarrolle lo contrario, lo cierto es que, con la imposición de las medidas privativas, aún más con la detención preventiva, se termina invirtiendo la carga de la prueba y se obliga al procesado a defenderse, o mejor aún, a demostrar su inocencia, desde una situación bajo la cual se le priva de la libertad anticipadamente para seguir con la investigación, y no que la detención sea la respuesta consolidada de dicha investigación.

En igual sentido, si bien el legislador ha dispuesto en la ley una serie de criterios y formalidades *de estricto cumplimiento* en aras de velar porque la aplicación de la detención preventiva esté revestida de un sólido fundamento jurídico que acredite la necesidad de la misma, la realidad es que existen distintos factores que influyen y convergen con gran relevancia al momento de que el juez efectúe la valoración correspondiente a fin de proceder con la decisión respectiva en cuanto a si se debe imponer o no esa medida de aseguramiento.

Aspectos como las condiciones que envuelven el proceso y el contexto específico en el cual se desarrolla el mismo hace que en muchos casos el argumento que soporta la imposición de la detención preventiva se aleje del rigor técnico jurídico que, en principio, el legislador le estableció a estas medidas y, en cambio, sea el aspecto mediático, el gran impacto social que puedan llegar a causar los hechos acaecidos y la presión ejercida por la comunidad con respecto a la administración de justicia lo que dicta los lineamientos bajo los cuales se logra que el juez decreta dicha medida cautelar. Lo anterior, aunado a la vigencia del discurso de la cultura y el populismo punitivo que en los últimos años se ha reforzado el Estado colombiano, ha hecho que se ejecute un uso excesivo de las medidas privativas, en donde el carácter *preventivo* de la misma se ha tornado difuso y, a su vez, pareciera que la restricción de la libertad ha adquirido una connotación preponderante en el sistema penal por resultar, tal vez, como el instrumento más conveniente para asegurar el correcto desarrollo del proceso y la protección a las víctimas. Ciertamente, cuando se aplica la detención preventiva el entorno social la percibe como una respuesta de efectividad de la administración de justicia y, en el caso contrario, cuando se le garantiza la libertad al imputado mientras se lleva a cabo la investigación y el proceso penal, ello causa repudio en la comunidad y se percibe como una forma -errónea- de impunidad y de falta de garantías para la protección de la convivencia ciudadana, el orden público y el interés general.

El derecho penal no es el medio a utilizar para intentar responder y corregir la gran cantidad de problemáticas que afectan a la sociedad en distintos ámbitos y que, por tanto, terminan repercutiendo en el derecho penal y en el aparato judicial. Y, del mismo modo, la detención

preventiva no puede convertirse en el recurso al que por antonomasia se acuda con el fin de subsanar las falencias de la administración de justicia en lo relativo a la consecución de los fines constitucionales, pues es el Estado quien tiene el deber de desplegar el amplio poder con el que cuenta a fin de materializar y garantizar su satisfacción y esto no puede ser a costa de limitar los derechos y libertades fundamentales de las personas.

Con todo, abolir la aplicación de las medidas de aseguramiento privativas en Colombia tampoco es la respuesta más adecuada conforme a la realidad social y cultural del país, pues es innegable que hay situaciones y casos en donde, por sus particularidades, realmente se hace necesaria la detención preventiva para salvaguardar el proceso y las víctimas. De manera que, es menester que desde la administración de justicia se refuerce la tendencia de aplicación de las medidas no privativas de la libertad como opción primaria para asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, pues aquellas implican menores restricciones a los derechos del imputado y a su presunción de inocencia y, al mismo tiempo, que desde la legislación se retorne y se consoliden verdaderos requisitos que, especialmente en la práctica, le devuelvan a las medidas de aseguramiento privativas su esencia de excepcionalidad.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea Nacional Constituyente. (04 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia [Const]. Diario Oficial No. 48.489. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. *OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/13*. Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
- Congreso de Colombia. (2004). Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 45.657. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

- Corte Constitucional de Colombia. (17 de abril de 1997). Sentencia C-475. *Magistrado ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-475-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de julio de 2001). Sentencia C-774. *Magistrado ponente. Rodrigo Escobar Gil*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-774-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (18 de abril de 2012). Sentencia C-289. *Magistrado ponente. Humberto Sierra Porto*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-289-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (9 de octubre de 2013). Sentencia C-695. *Magistrado ponente. Nilson Pinilla Pinilla*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-695-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (31 de agosto de 2016). Sentencia C-469. *Magistrado ponente. Luis Ernesto Vargas Silva*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-469-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de marzo de 2017). Sentencia C-221. *Magistrado ponente. María Victoria Calle Correa*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-221-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de febrero de 2018). Sentencia T-027. *Magistrado ponente. Élburt Díaz Lozano*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-027-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (27 de noviembre de 2019). Sentencia C-567. *Magistrado ponente. Alberto Rojas Ríos*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-567-19.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (31 de marzo de 2022). Sentencia SU-122. *Magistrado ponente. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/su122-22.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2005). Proceso No. 23660. *Magistrado ponente. Jorge Luis Quintero Milanés*.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (25 de mayo de 2016). Sentencia SP6808, Radicación N.º 43837. *Magistrado ponente. Gustavo Enrique Malo Fernández*.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (14 de octubre de 2020). Sentencia AP-2761-2020, Radicación No. 54938. *Magistrado ponente. Patricia Salazar Cuéllar.*
- Fernández Penagos, S., & Hernández Álvarez, S. (2021). Análisis constitucional sobre la medida de aseguramiento preventiva y la presunción de inocencia como valor fundante de las civilizaciones modernas. [*Trabajo de grado, Programa de Derecho, Universidad EAFIT*]. *Repositorio Institucional*. <https://repository.eafit.edu.co/items/1edc9449-a3be-4169-bdf2-9ac845d6fc28>
- Hernández Jiménez, N. (2019). Capítulo IV. Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en Colombia. En M. Gutiérrez Quevedo & Á. M. Olarte Delgado (Eds.), *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia* (pp. 155–184). *Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal*. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2626>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Sorza Cepeda, F. A. (2016). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos. *Revista Análisis Internacional*, 6(2), 39–66. <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/1078>
- Strusberg Castañeda, N., & Pérez Hernández, Y. N. (2023). Constitucionalización de la medida de aseguramiento preventiva frente a la presunción de inocencia del imputado. [*Trabajo de especialización, Corporación Universitaria Antonio José de Sucre*]. *Repositorio Institucional*. <https://bibliorepositorio.uajs.edu.co/handle/123456789/261>
- Trujillo Vallejo, D. M., & Silva Arroyave, S. O. (2021). La detención preventiva en Colombia: Tensiones entre fines constitucionales y derechos fundamentales. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 34(2), 325-345. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002021000200325>
- Valdés Mejía, H., López Grisales, J. F., & Lozano Hernández, P. E. (2018). La presunción de inocencia frente a las medidas de aseguramiento en el sistema penal acusatorio colombiano. [*Tesis de maestría, Universidad Libre*]. *Repositorio Institucional*. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15484>