

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO A LOS FINES DE LAS
MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD COMO FUNDAMENTOS LEGÍTIMOS
EN COLOMBIA**

**PRESENTADO POR:
IGNACIO ARMANDO PLAZAS MOJICA¹**

DR. MANUEL RODRÍGUEZ ACEVEDO
Tutor

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.**



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS - FACULTAD DE DERECHO
SEDE TUNJA BOYACÁ
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
JULIO 2022**

¹ Abogado egresado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (sede Yopal Casanare). Abogado litigante en Derecho Penal, Laboral y Civil.

GLOSARIO

- **FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:** Hacen referencia a los fundamentos legítimos en los que se basan las autoridades judiciales para la imposición de medidas de aseguramiento en Colombia, y que son las siguientes: 1) Riesgo de no comparecencia, 2) Riesgo de obstrucción a la justicia y 3) Riesgo de reiteración (peligro para la comunidad o para la víctima).
- **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:** En palabras de la Corte Constitucional Colombiana: “El control de constitucionalidad de las leyes tiene como punto de partida el hecho de que dicha revisión consiste en verificar la satisfacción de los principios que inspiran la formación de la voluntad democrática (Corte Constitucional, sentencia C-360, 2016, Parr. 3.8.2.).
- **ABUSO:** Es el uso incorrecto, injustificado, indebido o en exceso de un derecho, poder, o facultad, entre otras situaciones o cosas (Corte Constitucional Colombiana).
- **EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL (ECI):** Es una figura o una forma de decisión que la Corte Constitucional adopta cuando se cumplen ciertos requisitos para enfrentar una situación grave: 1. que haya una violación masiva y recurrente de los derechos fundamentales de cierta población; 2. que esa violación no se deba a circunstancias específicas sino a problemas generales usualmente ligados a la falta de cumplimiento de ciertas autoridades de sus obligaciones legales y constitucionales y que, por consiguiente; ,3. las tutelas individuales no sirven porque, 4. se necesitan medidas generales (Uprimny, 2022).
- **HACINAMIENTO:** Hacinamiento es el acto y el resultado de hacinar: acaparar, almacenar o amontonar sin ningún tipo de orden. El concepto suele usarse con referencia a la aglomeración de personas en un espacio reducido o cuya superficie no es suficiente para albergar a todos los individuos de manera segura y confortable (J. Perez y M. Merino., 2018).

Tabla de contenido

RESUMEN	vi
PALABRAS CLAVE:	vii
ABSTRACT	viii
KEY WORDS:	viii
INTRODUCCIÓN	1
Formulación del Problema.	3
Planteamiento del Problema.....	3
Objetivo General:.....	4
Objetivos Específicos:	4
Desarrollo	5
El hacinamiento carcelario un estado de cosas inconstitucional en Colombia.	5
Reserva Judicial.....	7
Los Fines de la Medida de Aseguramiento.....	8
Recorrido histórico de la medida de aseguramiento y los fines de la medida de aseguramiento... ..	10
Referencias normativas actuales sobre los fines de la medida de aseguramiento.	14
PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN Y REQUISITOS DE ORDEN LEGAL PARA QUE PROCEDA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.	17
PRINCIPIOS RECTORES DEL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN	18
Afirmación de la Libertad	19
Excepcionalidad de la Detención Preventiva.....	19
Criterio Hermenéutico Restrictivo	20
Regla Aplicativa del Test de Proporcionalidad	20
La obligación de Probar el Contenido de los Fines de la Medida de Aseguramiento.....	22
Tipos De Medidas de Aseguramiento en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	23
Hechos Jurídicamente Relevantes como Requisito para la Imposición de la Medida de Aseguramiento.	24
El Denominado Fin de Protección a la Comunidad es un Problema de Corte Estructural.....	27
El Control de Convencionalidad.....	31
Jurisprudencia de la CorteIDH que NO ACEPTA el peligro para la comunidad como un fin de la medida de aseguramiento.	33
CONCLUSIONES.....	39

Referencias	41
-------------------	----

A mi esposa, Patricia Rincón que con su incesante e inmenso amor me impulsa a ser una mejor persona cada día, me apoya incansablemente a cumplir mis sueños, en la fijación de mis propósitos y a no desfallecer en el intento.

A mi hijo Jhoan Ignacio Plazas Rincón que con su ternura, amor, respeto y cariño ha logrado la unión de nuestra familia.

*Agradecimiento a los docentes de la Universidad Santo Tomas, en especial al honorable Dr. **Andrés Fernando Ruiz Hernández.**²*

² Docente del postgrado de especialización en Derecho Penal y Procesal Penal (Fundamentos Constitucionales) de la Universidad Santo Tomas (Sede Tunja), Juez 4° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

RESUMEN

Con el presente trabajo se pretende exponer la situación de incompatibilidad que actualmente existe entre la jurisprudencia de la CorteIDH³ y la normatividad constitucional, legal y jurisprudencial del ordenamiento jurídico colombiano, pues, por un lado, la CorteIDH entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la CADH⁴ prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva: 1°) el riesgo de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia (riesgo de no comparecencia tanto al proceso como a la posible condena) y 2°) que el imputado intente obstaculizar la investigación judicial (riesgo de obstrucción a la justicia).

Sin embargo, en Colombia, además del riesgo de no comparecencia y riesgo de obstrucción a la justicia como fines legítimos para la imposición de las medidas de aseguramiento, se establece y se acepta que los jueces de control de garantías restrinjan la libertad del procesado (particularmente con medidas privativas de la libertad) con fundamento en que la libertad del imputado deriva en un peligro, no solo para la seguridad de la víctima, sino además para la seguridad de la sociedad.

El peligro para la víctima y la comunidad se desprende tanto de la Constitución Política de Colombia (art. 250, numeral 1°) como de las normas del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) como son los artículos 2, 114, 296, 308 numeral 2° (peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima), 310

³ La sigla **CorteIDH** significa “Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales.

⁴ La sigla **CADH** significa “Convención Americana de Derechos Humanos”. La Convención Americana, también llamada Pacto de San José de Costa Rica es un tratado que prevé derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. Así mismo, La convención establece que la Comisión y la Corte son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención y regula su funcionamiento (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2019).

(*peligro futuro* para la seguridad de la comunidad) y 311 (peligro para la víctima por la libertad del imputado), con aval de las altas cortes.

La inclusión de la teoría de la peligrosidad del imputado como fin legítimo de la imposición de las medidas de aseguramiento previsto en Colombia va en contra de la pacífica y reiterada jurisprudencia de la CorteIDH y de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁵ que proscriben el denominado peligro para la comunidad como uno de los fines que motivan las medidas de aseguramiento, en especial la detención preventiva en centro carcelario.

PALABRAS CLAVE: Fines de la medida de aseguramiento, Peligrosidad del imputado, Control de constitucionalidad, Control de Convencionalidad.

⁵ La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia. La Comisión, por un lado, tiene competencias con dimensiones políticas, entre las cuales destacan la realización de visitas in loco y la preparación de informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros. Por otro lado, realiza funciones con una dimensión cuasi-judicial. Es dentro de esta competencia que recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.).

ABSTRACT

Regarding the Purposes of the Assurance Measure (hereinafter FMA) there is currently a difficult contradiction between the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and the constitutional, legal and jurisprudential regulations of the Colombian legal system, since, by On the one hand, the IACHR understands that the norm contained in Article 7.5 of the American Convention on Human Rights (ACHR) establishes as the only legitimate grounds for preventive detention: 1° the risk that the accused tries to avoid the action of justice (risk of non-appearance) and 2nd that the accused tried to hinder the judicial investigation (risk of Obstruction of justice), however, in Colombia, in addition to the risk of non-appearance and risk of obstruction of justice as legitimate fines of the custodial measure of freedom in a prison establishment, it is established and accepted that the judges of control of guarantees impose measures of privat assurance iv as of freedom in a prison establishment on the basis that the freedom of the accused derives in a danger, not only for the safety of the victim but also for society and thus follows from the rules of the Code of Criminal Procedure (law 906 of 2004) such as articles 308 number 2 (danger to the security of society or the victim), 310 (future danger to the security of the community) and 311 (danger to the victim due to the freedom of the accused).

The inclusion of the danger to society as a legitimate purpose of the imposition of the deprivation of liberty measure in a prison established in Colombia openly goes against the reiterated jurisprudence of the IACHR and the reports of the Inter-American Commission on Human Rights that they outlaw the so-called danger to the community as one of the purposes that motivate preventive detention measures.

KEY WORDS: purposes of the security measure, danger of the accused, Constitutionality Control, Conventionality Control.

INTRODUCCIÓN

“No hay nada más peligroso que la teoría de la peligrosidad”⁶

El abogado penalista que aterriza como defensor en una audiencia concentrada ordinaria (presencial o virtual), esto es, audiencia de legalización de captura, formulación de Imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento es consciente del gran miedo por el que atraviesan muchas personas al saber que muy probablemente irán a prisión. Es por esto que el abogado penalista que funge como garante del cumplimiento del derecho a la libertad, debe tener muy claro cuáles son los instrumentos jurídicos con los que cuenta para llevar a cabo tan importante tarea y de qué manera se utilizan estos instrumentos para proteger tan importante derecho, por ello, este proyecto de investigación está relacionado estrictamente con la medida de aseguramiento privativa de la libertad y sus fines.

El derecho a la libertad personal se erige como un derecho de carácter universal⁷, por consiguiente, toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad personal⁸, en Colombia. La Asamblea Nacional Constituyente creó la Constitución Política Patria con el fin de fortalecer y asegurar los derechos fundamentales dentro de los cuales está el derecho fundamental a la libertad⁹. Este derecho aparece consagrado en el artículo 13¹⁰ y 28¹¹ de la Constitución Política de Colombia. El derecho a la libertad además se erige como principio rector del código de procedimiento penal¹².

Para el desarrollo de este proyecto de investigación se hará alusión a la definición y naturaleza de las medidas de aseguramiento, su contexto de aplicación, el concepto de la pena de prisión y sus respectivas funciones, se hará referencia a la incorporación de los Fines de la Medida de Aseguramiento

6 ECHANDÍA REYES, Alfonso. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia; Exmagistrado Sala Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

7 Artículo 3°, 8° y 9° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

8 Artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

9 Preámbulo de la Constitución Política de Colombia.

10 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley...

11 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia: Toda persona es libre...

12 Artículo 2° del CPP: Libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad...

previstos en el sistema penal acusatorio colombiano y por consiguiente se realizará un recorrido histórico de las normas procesales penales adoptadas por el ordenamiento jurídico colombiano que hablan de la medida de aseguramiento, se determinará de qué manera se incorporaron estos fines al actual estatuto procesal penal colombiano (ley 906 de 2004) como fundamentos constitucionales legítimos para la aplicación de una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, se hará referencia a los principios y subprincipios del régimen de la libertad y su restricción y cuáles son los requisitos que tanto la Constitución como la ley 906 de 2004 exigen para la imposición de una medida de aseguramiento.

También es supremamente relevante mencionar la importancia de los hechos jurídicamente relevantes para la imposición de una medida de aseguramiento y el control formal que deben ejercer tanto las partes e intervinientes, pero en especial el juez como director del proceso, y específicamente el juez de control de garantías en sede de imputación.

De igual manera se hará referencia a los requisitos de orden constitucional que el legislador y el constituyente derivado exigen para la procedencia de la restricción del derecho a la libertad, esto es, el test de proporcionalidad frente a contenidos constitucionales y que está conformado por el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

Finalmente es importante hacer referencia al Control de Convencionalidad que ha hecho la CorteIDH respecto de los Fines de la Medida de Aseguramiento y para esto se hará un breve resumen de la sentencia T-469 de 2016 de la Corte Constitucional Colombiana y por supuesto de la intensa y pacífica producción jurisprudencial de la CorteIDH respecto de la interpretación y aplicación adecuada de los Fines de la Medida de Aseguramiento.

Formulación del Problema.

¿Son inútiles los efectos de la Corte interamericana de Derechos Humanos en Colombia por la aplicación de leyes contrarias como lo es el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal Colombiano?

Planteamiento del Problema

La inclusión del peligro para la comunidad y la víctima (artículo 310 del CPP) como fin legítimo para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia abiertamente va en contra de la reiterada jurisprudencia de la CIDH y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que proscriben el denominado peligro para la comunidad como unos de los fines legítimos que motivan las medidas de detención preventiva.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C 469 de 2016 consideró que el artículo 310 de CPP se amoldaba no solo a los fines del ordenamiento interno constitucional, sino que también se acoplaba a los fines previstos por la CorteIDH, lo cual no es cierto como se verá más adelante.

Objetivo General:

Contribuir a la lucha contra la indiscriminada imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y proporcionar al lector los elementos generales que le permitan ubicarse en el marco de una audiencia de medida de aseguramiento, que conozca de manera detallada la forma como se debe realizar una solicitud de medida de aseguramiento ante un juez de control de garantías, pues si el abogado penalista (litigante) conoce cómo se solicita ésta, del mismo modo sabrá como atacar cualquier irregularidad que se presente en su desarrollo.

Objetivos Específicos:

Conocer en detalle todos los elementos normativos que nos ofrece el título IV del libro II del Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que proceda una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Exponer de manera detallada los considerandos de las sentencias más importantes de la CorteIDH en los que señala que los únicos fines legítimos para la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad son el **Riesgo de no Comparecencia y El Riesgo de Obstrucción a la Justicia.**

Desarrollo

El hacinamiento carcelario un estado de cosas inconstitucional en Colombia.

En el año 1998 la Corte Constitucional por primera vez declaró que los procesados se encontraban en situación de hacinamiento carcelario en las cárceles colombianas y que esto constituía un estado de cosas inconstitucional. En esta sentencia la Corte Constitucional le atribuyó el problema del hacinamiento a la falta de infraestructura carcelaria y por consiguiente ordenó al gobierno nacional de turno la inclusión de presupuesto nacional para la construcción y refacción carcelaria (Corte Constitucional, sentencia T-153,1998, p. 48).

En el año 2013 la misma Corporación nuevamente se pronunció respecto del hacinamiento carcelario y declaró que el sistema penitenciario y carcelario nuevamente estaba en un estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991 pero esta vez ya no como una problemática de infraestructura penitenciaria sino como una problemática de ausencia de política pública (particularmente política criminal) y por ende ordenó al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y al INPEC que convocara al Consejo Superior de Política Criminal para que continuara tomando las medidas adecuadas y necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional penitenciario y carcelario (Corte Constitucional, sentencia T-388, 2013. resuelve. N° 3°).

En el año 2015 la Corte Constitucional profiere la sentencia T 762 del año 2015 con ponencia de la Honorable magistrada Gloria Estela Ortiz Delgado quien realizó un estudio muy juicioso de las causas (problemáticas de corte estructural) que conducen a la crisis penitenciaria y carcelaria. En esta sentencia de manera acertada la Corte Constitucional concluyó que la principal causa del estado de cosas inconstitucional son los desfases en los procesos primarios y secundarios de la criminalización. (Corte Constitucional, sentnecia T-762, 2015, Parr. 27).

Respecto de la criminalización primaria la misma sentencia (T 762 de 2015), la Corte sostiene que la política criminal colombiana: 1) Es reactiva y toma decisiones sin fundamentos empíricos sólidos. 2) Tiene una tendencia al endurecimiento punitivo (populismo punitivo), es poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional. 3) Está subordinada a la política de seguridad. 4) Es inestable e inconsistente, y 5) Es volátil, en tanto, existe debilidad institucional.

De Igual manera la Corte Constitucional encuentra que la etapa de criminalización secundaria guarda estrecha relación con el hacinamiento carcelario y tiene que ver con el **uso excesivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad**, que está directamente relacionado, además, con la falta de mecanismos de separación y trato diferenciado entre condenados y sindicados, que se abordará más adelante.¹³ En este punto es importante señalar que existe una relación directa entre el mencionado uso excesivo de la prisión preventiva y el hacinamiento carcelario. En términos del Ministerio de Justicia y del Derecho *“de las 119.378 personas privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios a cargo del INPEC, el 38% de la población, es decir 44.322 internos son detenidos preventivamente* (Corte Constitucional, sentencia T-762, 2015, parr. 45_46).

Finalmente, la Corte Constitucional en la SENTENCIA SU-122-22 del 31 de marzo de 2022 extendió la declaración del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario efectuada en la sentencia T-388 de 2013 para cubrir también a las personas privadas de la libertad en los denominados centros de detención transitoria. Recordó que la detención preventiva, como las demás medidas de aseguramiento privativas de la libertad, es una restricción a la libertad establecida en la ley. Sin embargo, dicha medida debe **ser absolutamente excepcional** (Corte Constitucional, sentencia SU-122, 2022, pág. 11).

Es necesario aclarar que entre el año 2015 y año 2022 el problema del hacinamiento carcelario ha disminuido considerablemente. Según el Instituto

¹³ Considerando N° 45 de la sentencia T 762 de 2015.

Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) la población carcelaria asciende a 97.415 personas privadas de la libertad, de las cuales 23.008 personas son detenidos sin condena (sindicados). Esto, sin embargo, sigue siendo algo inhumano y explica buena parte del hacinamiento carcelario que sobrepasa el 20% (INPEC, 2022, tablero estadístico. Intramural).

No obstante, estos datos presentados por el INPEC no son muy creíbles si se tiene en cuenta que más de la mitad de la población privada de la libertad está recluida en cárceles cuyos niveles de hacinamiento carcelario superan el 80%, el hacinamiento Colombia no puede ser del 20% por que a junio de 2020 mas de 12000 personas estaban en los centros de detención transitoria¹⁴.

Por lo anterior es importante controlar la desbordada aplicación de imposición de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario con fundamento en el denominado peligro o protección a la comunidad y uno de esos controles es una adecuada aplicación del Control de Convencionalidad.

Reserva Judicial

El constituyente fijó varios límites al ejercicio del poder punitivo del Estado y uno de ellos es el límite formal de la **reserva judicial** previsto en el artículo 28 de la Constitución Nacional que ordena que la única autoridad que puede afectar derechos fundamentales de los individuos es un juez de control de garantías¹⁵. Una vez la persona es capturada ya sea por orden judicial previa emanada de autoridad competente, o por orden de captura excepcional o en flagrancia, debe ser puesta de inmediato ante la autoridad competente, esto es, ante el Juez de

¹⁴ CENTRO DE DETENCIÓN TRANSITORIA: Entiéndase por centro de detención transitoria, todos aquellos espacios destinados para la detención preventiva de personas con medida de aseguramiento y condenadas, a cargo de la Policía Nacional, del Ejército Nacional y de la Fiscalía General de la Nación.

¹⁵ Artículo 28 de la Constitución Política: "...La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley..."

control de garantías para que dentro de un término máximo de treinta y seis (36) horas efectúe la audiencia de control de legalidad de la captura.¹⁶

Es importante recordar que las medidas de aseguramiento las solicita la fiscalía (de manera residual el apoderado de víctimas) en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento dentro de las denominadas audiencias concentradas ordinarias de la ley 906 de 2004, que se componen de (i) audiencia de legalización de captura, (ii) audiencia de imputación y (iii) audiencia de medida de aseguramiento o de conformidad con el artículo 558 de la ley 1826 de 2017.

Los Fines de la Medida de Aseguramiento.

Para el desarrollo de esta temática resulta necesario entrar a responder la siguiente pregunta: ¿qué es un fin?, pues bien, para un mejor entendimiento se señala que la palabra fin, en este caso, no se utiliza como desenlace, conclusión, consumación o terminación de algo, sino como el motivo o impulso para ejecutar, hacer o llegar a algo que, para el caso de la medida cautelar consistente en medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, esos fines son el riesgo de no comparecencia, riesgo de obstrucción a la justicia y peligro para la comunidad o la víctima.

Respecto del contexto de aplicación de los Fines de la Medida de Aseguramiento, hay que indicar que en la actualidad, existen funcionarios y operadores jurídicos que desconocen la diferencia entre los fines de la medida de aseguramiento y los fines (funciones) de la pena, y es por esto que en algunas audiencias preliminares de medida de aseguramiento se confunden los Fines de la Medida de Aseguramiento con los fines (en realidad funciones) de la pena y es por esto que aún se puede escuchar a algunos fiscales argumentar que se debe afectar la libertad de una persona con medida de aseguramiento en

¹⁶ La Corte Constitucional en sentencia C 163 de 2008 declaró exequible el inciso 3° del artículo 2° de la ley 906 de 2004 en el entendido que dentro del término de treinta y seis (36) horas previsto en la norma se debe efectuar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías o el juez de conocimiento, si la captura se efectúa en la fase del juicio. Éste es el único sentido de la disposición que resulta acorde con los mandatos constitucionales.

establecimiento carcelario “para enviar un mensaje a la sociedad”, como si estuvieran haciendo referencia a la función o fin de la prevención general de que trata el artículo 4° del código penal, ley 599 de 2000.

Por lo anterior se debe dejar claro que una cosa son los fines o funciones de la pena previstos en el artículo 4° del código penal (ley 599 de 2000) y otra muy diferente los fines de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 296 y los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 308 del CPP, los cuales están desarrollados por los artículos 309, 310, 311 y 312 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004).

También es necesario recordar que la medida de aseguramiento se diferencia de la pena en que ésta opera cuando el Estado ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, mientras que la medida de aseguramiento se caracteriza por ser de naturaleza cautelar, transitoria o provisional y opera antes de la condena como medida cautelar preventiva.

Respecto a las medidas de aseguramiento la Corte Constitucional ha indicado que:

Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares y las definió como aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial (Corte Constitucional, sentencia C-774, 2001, p. 4.4.).

Recorrido histórico de la medida de aseguramiento y los fines de la medida de aseguramiento.

Es de público conocimiento que una de las épocas más difíciles y oscuras de la historia de Colombia fue en los años ochenta, pues el país estaba amedrentado por las fuerzas oscuras del narcotráfico que procuraban someter al Estado. No obstante, fue en esta época que nació el Decreto 050 de 1987,¹⁷ instrumento jurídico que por primera vez creó una variedad de medidas de aseguramiento diferentes a la detención preventiva en establecimiento carcelario, entre las cuales figuraban: la caución, la conminación, la detención domiciliaria¹⁸, pues antes de esta norma se puede decir que la única medida de aseguramiento que existía era la detención preventiva en establecimiento carcelario. Muy importante es recordar que en este estatuto procesal aún no se hablaba de los fines de la medida de aseguramiento.

En el año 1991 se crea la Constitución Política de Colombia y más adelante se expide el decreto 2700 de 1991 por medio del cual se expide el código de procedimiento penal, sin embargo, es preciso aclarar que este código procedimental penal se basaba en la versión original de la Constitución Política de 1991 en la que aún no existía un sistema de partes, es decir no existía el actual sistema penal acusatorio contenido en la ley 906 de 2004.

Subsiguientemente, en el año 2000 se expide la ley 600 del 2000, vigente en la actualidad, (pues hay coexistencia procesal). Este código de procedimiento penal consagraba como medida de aseguramiento la detención preventiva en establecimiento carcelario y la posibilidad de sustitución por una detención de carácter domiciliaria. Con la ley 600 de 2000 es cuando por primera vez el ordenamiento jurídico colombiano comienza a normativizar la institución de

¹⁷ Por medio del cual se expide el código de procedimiento penal de 1987.

¹⁸ Art. 414 del decreto 50 de 1987. - Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

naturaleza constitucional de los fines de la medida de aseguramiento previstos en el inciso 2° del artículo 3°; artículo 355 y 356 de la ley 600 del año 2000.

Si bien es cierto que, en el estatuto procesal penal del año 2000 se plasmaron los fines de la medida de aseguramiento, tampoco es menos cierto que esto era algo nuevo para los juristas de la época y como la fiscalía general de la nación era la que definía la situación jurídica de las personas respecto de su libertad, los fiscales no se detenían a reflexionar o a realizar un análisis de si aplicaban una medida de aseguramiento con base en los fines mencionados (previstos en el inciso 2° del artículo 3°; artículo 355 y 356 de la ley 600 del año 2000), sino que solo bastaba con la verificación de que contra la persona procesada existiera un indicio de responsabilidad. Incluso era frecuente que los fiscales reprodujeran la frase que decía que “una orden de captura o una medida de aseguramiento no se le niega a nadie” lo cual denotaba pobreza jurídica. Esto ocurría porque como el sistema que regía en ese momento era un sistema inquisitivo y por eso mismo era que el órgano de persecución penal no investigaba para encarcelar sino al contrario, encarcelaba para investigar.

En el año 2001 la Corte Constitucional emite una sentencia de constitucionalidad supremamente importante, esto es, la sentencia C 774 de 2001. Esta sentencia es de gran importancia, es supremamente relevante, por la sencilla razón que esta providencia sería la consecuencia de que los mencionados fines constitucionales se positivizaran en el texto superior constitucional específicamente en el numeral 1° del artículo 250, el cual fue introducido en virtud del acto legislativo 03 de 2002. Quiere decir lo anterior que, cuando el constituyente derivado reforma la Constitución Política en su artículo 250, lo que hizo fue rescatar lo que esta sentencia C 774 de 2001 dice sobre los fines de la medida de aseguramiento y los incorpora en el numeral 1° del artículo 250 constitucional.

La sentencia C 774 de 2001 es especialmente importante también porque en ella se cita la sentencia C – 397 de 1997 en la que por primera vez mencionan

elementos constitucionales, sin embargo es con la sentencia C 774 de 2001 que la Corte Constitucional le exige a la Fiscalía General de la Nación que haga uso de elementos constitucionales para que proceda la medida de aseguramiento, particularmente con el denominado test de proporcionalidad (adecuación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad), incluso en esta sentencia por primera vez se indica que si la medida de aseguramiento que se impone a una persona, carece de fundamentos constitucionales es susceptible de ser atacada por vía de tutela, sin perjuicio del instituto jurídico del Habeas Corpus.

No obstante lo anterior, la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º). Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma (Corte Constitucional, 2001).”

Posteriormente, el 20 de diciembre de 2002, el congreso de la república de Colombia expide el acto legislativo 03 de 2002, “por medio del cual se reforma la Constitución Política de Colombia en sus artículos 116, 250 y 251”.

Con el acto legislativo 03 de 2002 se introdujo la más importante modificación que se haya realizado al diseño constitucional del régimen de procedimiento penal en Colombia, pues se acogió un sistema procesal de

tendencia acusatoria que abandonó el tradicional sistema inquisitivo que usualmente había regido en el ordenamiento jurídico colombiano.

Gracias al acto legislativo 03 de 2002 se dio paso al nuevo código de procedimiento penal, esto es, La Ley 906 de 2004.

Con la Ley 906 de 2004 la Fiscalía General de la Nación se convirtió en parte dentro del proceso penal, y, en consecuencia, desprovista de la mayoría de las funciones jurisdiccionales que en el pasado ejercía, de manera que toda la afectación de los derechos fundamentales del investigado es definida por un juez que debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de las garantías fundamentales (Corte Suprema de Justicia, SP134-2016, rad. 46.806 de 20-12-2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández 2016).

Con la ley 906 de 2004, el legislador estableció once (11) modalidades de medida de aseguramiento, de las cuales dos son privativas de la libertad son:

1) la detención preventiva en establecimiento carcelario o intramural y la detención en el lugar de residencia del imputado (afectan la libertad en sentido estricto). Además, nueve de las 11 medidas de aseguramiento son NO privativas de la libertad (que afectan la libertad de locomoción), estas son: 1) La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica¹⁹. 2) La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. 3) La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez ante sí mismo o ante autoridad que el designe. 4) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5) La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside del ámbito territorial que el fije el juez. 6) La prohibición de concurrir a determinadas

¹⁹ El decreto 177 de 2008 establece tres modalidades: **Artículo 3º**. Modalidades. Son mecanismos de vigilancia electrónica como sustitutivos de la pena de prisión o de la detención preventiva, el Seguimiento Pasivo RF, el Seguimiento Activo GPS y el Reconocimiento de Voz.

reuniones o lugares. 7) La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, 8) La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas y 9) La prohibición de salir del lugar de habitación entre la 6:00 pm y las 6:00 a.m. El Juez podrá imponer una o varias medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria (Código de Procedimiento Penal, art 307, literales a-b.).

Es necesario tener en cuenta que, para la imposición de cualquiera de esas 11 medidas de aseguramiento el Juez constitucional debe tener en cuenta los fines constitucionales, además de los requisitos legales y cumplir con los requisitos que más adelante se expondrán.

Referencias normativas actuales sobre los fines de la medida de aseguramiento.

El primer fundamento normativo sobre los Fines de la Medida de Aseguramiento es de naturaleza constitucional y se encuentra consagrado en el numeral 1° del artículo 250 de la Constitución Política en su contenido clausular que indica:

En ejercicio de sus funciones la fiscalía general de la nación deberá: 1. solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que **aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección a la comunidad, en especial de la víctima** (Constitución Política, de Colombia, Art. 250, num 1°).

El segundo texto normativo que habla sobre los FMA es el inciso 2° del artículo 2° de la ley 906 de 2004 que establece:

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado **cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.**” igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada (Ley 906 de 2004, art. 2°, Diario Oficial No. 45.658)

Respecto de los principios rectores del Código de Procedimiento Penal es necesario traer a colación el concepto de norma rectora emitido por el Dr. Fernando Velásquez Velásquez quien señala que:

Con las normas rectoras se designan las disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo los postulados básicos del conocimiento jurídico; son, pues, los mismos principios inspiradores de esta parcela del saber vertidos en los textos legales respectivos, **que los dota de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete o administrador de justicia, tanto en su labor doctrinaria como judicial, sobre todo si se tiene en cuenta su rango constitucional** (Velásquez, Fernando (2017). Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, pág. 41).

El tercer fundamento normativo que contiene los FMA es el artículo 114 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004) que indica que la Fiscalía General de la Nación para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene la atribución de solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguran la comparecencia de los imputados al proceso penal.

El cuarto fundamento normativo es el artículo 296 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004), este artículo también es de gran importancia toda vez que, se erige como principio rector, no de todo el proceso

penal, pero sí del régimen de la libertad y su restricción, pues estatuye cuales son los fines para que proceda la restricción de la libertad.

El quinto fundamento normativo es el artículo 308 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004), y el que, prácticamente repite el numeral 1° de la Constitución Política de Colombia que indica:

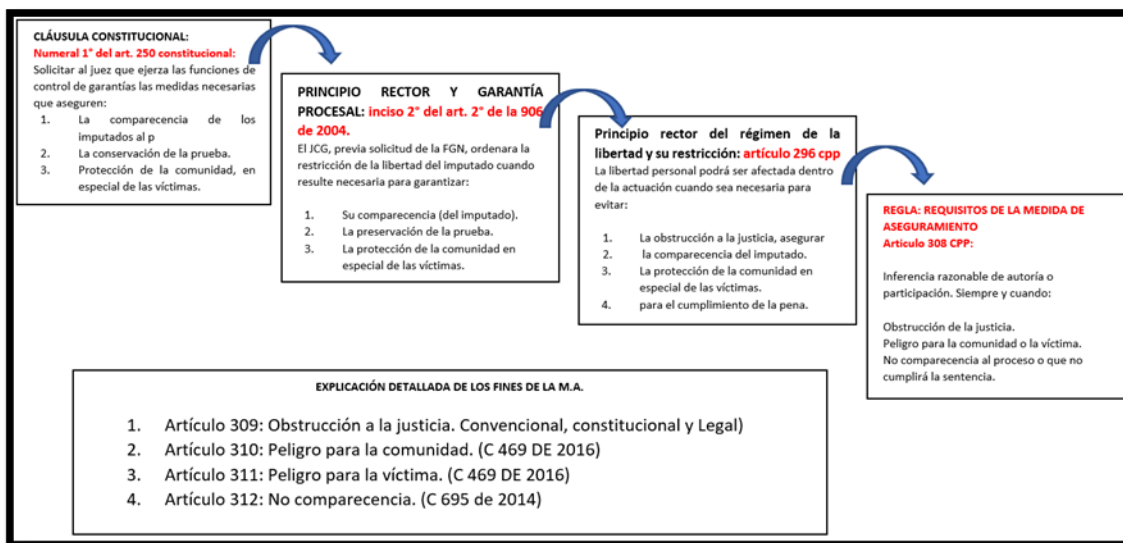
El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- 1) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
- 2) Que el imputado constituye 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 la sentencia (Ley 906 de 2004, art. 2°, Diario Oficial No. 45.658).

Como si fueran pocos los 5 fundamentos normativos que hablan de los FMA, el legislador desarrolló y explicó de manera individual cada uno de estos fines en los artículos 309, 310, 311 y 312 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004).

Todo lo anterior es supremamente importante porque como se puede observar, lo que hace el legislador no es más que forjar un recorrido transicional que va desde lo predominantemente constitucional y desciende de manera escalonada. Es decir, existe una clausula constitucional (Numeral 1° del artículo 250 superior), que para volverse regla tuvo que convertirse en principio rector del procedimiento penal (Art. 2° del CPP); que para volverse regla tuvo que volverse principio del régimen de la libertad y su restricción (Art. 296 del CPP); que para

volverse regla además tuvo que establecerse cuales son los requisitos de la medida de aseguramiento y que para volverse regla se define de manera inequívoca uno a uno cuales son esos fines constitucionales para la imposición de una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario (Arts. 309, 310, 311, 312):²⁰



PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN Y REQUISITOS DE ORDEN LEGAL PARA QUE PROCEDA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

A continuación, se realiza un breve análisis del contenido de los artículos 295 y 296 del código de procedimiento penal, pues de ellos es que se desprenden los principios rectores del régimen de libertad y su restricción que en últimas son los que orientan y desarrollan las seis instituciones procesales que se encuentran en el título IV del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), que son:

- 1) Captura con orden previa (orden de captura expedida por autoridad competente).
- 2) Captura en flagrancia.

²⁰ Comunicación personal del Honorable Dr. Andrés Fernando Ruiz en clase de fundamentos constitucionales, el 28 de septiembre de 2021 en campus virtual de la Universidad Santo Tomas, sede Tunja.

- 3) La imposición de la medida de aseguramiento.
- 4) La sustitución de la medida de aseguramiento.
- 5) La revocatoria de la medida de aseguramiento.
- 6) Las causales de libertad.

PRINCIPIOS RECTORES DEL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN

Previo al estudio del contenido de los principios y subprincipios de estas dos normas rectoras del régimen de la libertad y su restricción (artículos 295 y 296 del CPP) es necesario traer a colación lo relatado por el Maestro Fernando Velásquez en su libro denominado Fundamentos del Derecho Penal en el que indica:

Ahora más que nunca, es una verdad irrefutable aquella según la cual la riqueza de principios de un ordenamiento está determinado no solo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico realizado por los juristas y por la jurisprudencia, obligados a luchar por la vigencia real de las conquistas que se infieren de previsiones como las contenidas en dichas “**normas rectoras**”, de tal manera que catálogos de axiomas como el del título I del Código no se conviertan en una más de las declaraciones simbólicas... En síntesis: en un país caracterizado por la cotidiana violación de los más elementales derechos humanos y por la impunidad, es obligación de los estudiosos del derecho penal continuar con la difusión de estos postulados y luchar porque el sistema penal venidero los haga realidad, pues no basta con las consagraciones legislativas para lograr un sistema más o menos coherente de principios, sino que se requiere el trabajo académico, la jurisprudencia e incluso la lucha política para conseguirlo. Por supuesto, lo anterior muestra a las claras la importancia de esta materia, sin cuya debida comprensión es imposible abordar con rigor la exposición del derecho punitivo vigente, de tal manera que su ideario filosófico se vierta en todos y cada uno de los desarrollos llevados a cabo y se

corresponda con la unidad que debe inspirar todo el sistema penal (Velásquez, Fernando (2017) (Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, pág. 33).

Afirmación de la Libertad

El artículo 295 del CPP establece la **afirmación de la libertad** (principio general de la libertad) e indica que: “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.**”

Al realizar un análisis del contenido principialístico del artículo 295 del CPP se puede observar en primer lugar que, éste únicamente autoriza la privación o restricción de la libertad de manera preventiva o de manera cautelar, ¿Por qué?, por la sencilla razón de que a la persona que se le solicita una medida de aseguramiento aún no se le ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia²¹, es decir, aún no ha sido condenado y por tanto es y será inocente hasta tanto no se le demuestre lo contrario, esto es, hasta que haya una sentencia en firme, de conformidad con la cláusula N° 29 de la Constitución Política y la norma rectora N° 7 del Código de Procedimiento Penal que establecen que, *“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.”*

Excepcionalidad de la Detención Preventiva.

En el mismo artículo 295 del CPP se establece que la afectación a la libertad es de **carácter excepcional**, esto quiere decir que se excluye de la generalidad o de la regla común. Sin embargo, en Colombia tanto fiscales como

21 Artículo 11 de la DUDH: 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

jueces siguen afectando la libertad de las personas como si fuera la regla común y sobre todo con fundamento en la ampliación del peligro para la comunidad.

Criterio Hermenéutico Restrictivo

El artículo 295 del CPP contiene un **criterio hermenéutico** al cual se le debe poner mucha atención, pues establece que las normas que afecten la libertad de un individuo deben ser interpretadas de manera **restrictiva**, lo que significa que cuando el intérprete lea una disposición comprendida entre los artículos 295 y 320 del CPP y encuentre que una norma puede ser interpretada de varias formas solamente podrá escoger la más favorable al procesado y por ende la más favorable al derecho a la libertad.

Regla Aplicativa del Test de Proporcionalidad

Por otro lado, el artículo 295 del CPP contiene una **regla aplicativa** respecto del test de proporcionalidad, el cual se erige como instituto de naturaleza constitucional y que está conformado por tres sub juicios, esto es, adecuación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad frente a contenidos constitucionales, es decir, frente a los fines de la medida de aseguramiento que como se sabe son el peligro para la comunidad, peligro para la víctima, riesgo de obstrucción al proceso y riesgo de no comparecencia.

En palabras de la Corte Constitucional:

El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o juicio de

proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto** en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad (Corte Constitucional, sentencia T-575, 2009, par. 6).

El test de proporcionalidad desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania comprende los siguientes pasos: 1) El Juez estudia si la medida es o no adecuada, determinando si constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido. 2) El Juez examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable” y 3) El Juez realiza un análisis de “proporcionalidad en sentido estricto” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor valor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial (Dueñas, Oscar José (2012) *Hermenéutica Jurídica*, pág. 95).

El segundo principio rector del régimen de la libertad y su restricción es el previsto en el artículo 296 de CPP titulado “finalidad de la restricción de la libertad” que, como ya se indicó no es otra cosa que la transcripción del numeral primero (1°) del artículo 250 constitucional, el cual se replica en el código de procedimiento penal en los artículos 2, 114, 296, 308, 309, 310, 311, 312 que establecen que para la imposición de una medida de aseguramiento es absolutamente necesario recurrir los fines constitucionales.

La obligación de Probar el Contenido de los Fines de la Medida de Aseguramiento

El artículo 306 de la ley 906 establece que “El fiscal solicitará al juez de control de garantías imposición de medida de aseguramiento, indicando la persona,²² el delito²³, **los elementos de conocimiento²⁴ necesarios para sustentar la medida y su urgencia**, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Conforme a lo establecido por el artículo 306 del CPP, es indispensable que quien solicita una medida de aseguramiento (en especial las privativas de la libertad), ya sea la fiscalía o la víctima, cuenten con elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida frente a contenidos constitucionales.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia indica:

No es suficiente para pedir medida de aseguramiento la inferencia sobre intervención del imputado en el hecho punible y la gravedad del delito, sino que siempre debe hacerse una valoración de los aspectos relacionados en la ley sobre sus fines, los cuales son de carácter preventivo, no de pago anticipado de la pena (Corte Suprema De justicia, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR , rad. 46148 de 2016, parr. 3.1)

En este orden de ideas, frente a la ausencia de elementos de conocimiento -que permitan advertir que el imputado obstruirá el debido ejercicio de la justicia, o que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia-, la

²² EL artículo 128 del CPP, Indica que, La fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales. En los eventos en que el capturado no presente documento de identidad, la policía judicial tomará el registro decadactilar y verificará la identidad con aumentos obtenidos de la registraduría Nacional del Estado Civil y sus delegadas, de manera directa o a través de los medios técnicos o tecnológicos de los que se disponga o tengan acceso.

²³ El artículo 9° del Código Penal enseña que: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

²⁴ Según el artículo 382 del CPP: “Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Fiscalía debe abstenerse de pedir la restricción preventiva (rad. 46148 de 2016, parr. 6.4.1).

Ahora bien, respecto de la urgencia no se puede pasar por alto que, hay eventos en los que la etapa de indagación dura meses y hasta años, sin embargo, al momento de formular imputación, la fiscalía, solicita orden de captura y como si fuera poco solicita la restricción de la libertad sin probar en realidad de verdad cual es la urgencia, por lo tanto, en una medida de aseguramiento se deben exigir los elementos de conocimiento necesarios que demuestren la urgencia.

Tipos De Medidas de Aseguramiento en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

Es importante recordar que el artículo 307 del C de PP establece 11 medidas de aseguramiento de las cuales dos son privativas de la libertad que son 1) la detención preventiva en establecimiento carcelario o intramural y la detención domiciliaria y nueve son NO privativas de la libertad. Si el fiscal solicita una medida privativa de la libertad es porque si o si el delito cumple con las características o requisitos objetivos de que trata el artículo 313 del C de PP. Si el fiscal solicita una medida no privativa de la libertad es porque el delito cumple con las características o requisitos objetivos del artículo 315 del C de PP.

Por otro lado, el artículo 307 en su parágrafo 2° (modificado por el artículo 1 de la Ley 1786 de 2016) establece que: “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.

En este punto es importante recordar que, quien solicita una medida de detención preventiva debe probar en estricto sentido por qué las medidas de

aseguramiento previstas en el literal B del artículo 307 del CPP no resultan suficientes para alcanzar los fines de la medida.

Hechos Jurídicamente Relevantes como Requisito para la Imposición de la Medida de Aseguramiento.

Respecto de los hechos jurídicamente relevantes la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación penal ha dicho que un hecho jurídicamente relevante es aquel que se corresponde, que se adecúa o se subsume, al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales (Corte Suprema de Justicia, rad. 44.599 de 2017, parr. 1.1.).

Señala la Corte Suprema de Justicia que, al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera (Corte Suprema de Justicia, rad. 44.599 de 2017, p. 1.3.).

El artículo 308 establece que, “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda **inferir razonablemente** que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: Riesgo de obstrucción a la Justicia, Peligro para la comunidad y Riesgo de no comparecencia.

Como se puede observar, al igual que en la audiencia de formulación de imputación²⁵ el legislador también exige el requisito del estándar probatorio sobre la **inferencia razonable** de autoría o participación para la imposición de una medida de aseguramiento.

Desde la perspectiva de la suficiencia de los hechos jurídicamente relevantes, en la formulación de hipótesis delictivas por coautoría, la jurisprudencia (CSJ SP5660-2018, rad. 52.311) tiene establecido: Cuando en los cargos se plantea que el imputado o acusado actuó a título de coautor (de uno o varios delitos en particular), la Fiscalía debe precisar:

- i) Cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar;
- ii) La participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles;
- iii) La forma como fueron divididas las funciones;
- iv) La conducta realizada por cada persona en particular y
- v) La trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la **incidencia concreta** de ese aporte en la materialización del delito; etcétera. Solo de esta manera se puede desarrollar, en cada caso en particular, lo dispuesto por el legislador en materia de concierto para delinquir, coautoría, complicidad, entre otras expresiones relevantes del principio de legalidad.

En este punto es importante indicar que contrario a lo que sucede en audiencia de formulación de imputación, (en donde al juez le está vedado hacer control material a la formulación de imputación, respecto de la calificación

²⁵ Artículo 287 del CPP: “El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, **se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga**. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.” (negrita fuera de texto).

jurídica)²⁶ en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, el Juez sí puede realizar un control material a la calificación jurídica y si encuentra que no existe una inferencia razonable de autoría o participación **podrá** imponer una medida de aseguramiento menos gravosa.²⁷

El Dr. Nelson Saray Botero, quien actualmente funge como magistrado del Tribunal Superior de Medellín, refiere en su libro “Los hechos jurídicamente relevantes” que:

Son funciones del juez en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento frente a los hechos jurídicamente relevantes:

Uno. mientras el “juicio de imputación” le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces (salvo casos excepcionales), la determinación de la inferencia razonable sobre autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez.

Dos. A diferencia de la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente a los fines de la medida cautelar.

Tres. La medida de aseguramiento se realiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 del

²⁶ En el proceso adversarial, por regla general el juez de conocimiento no pudo controlar materialmente la acusación del fiscal, “pero excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes (CSJ, SP9853 16 de julio 2014. Radicación 40871).

²⁷ El juicio de suficiencia acerca de la sustitución de la medida de aseguramiento, previsto en el numeral primero del artículo 314, siempre estará precedido del juicio de necesidad de la medida de detención contemplado en el artículo 308 del C. de P.P., mediante el cual el Juez, en todos los eventos, aún en los que contempla el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, efectuará no solamente la valoración probatoria que le impone aquel precepto (308 C.P.P.) sobre la existencia de elementos probatorios de los que razonablemente se infiera la participación del imputado en el hecho investigado, sino el juicio de necesidad que le imponen los numerales 2, 3, y 4 de esta misma disposición, para la adopción de la medida

C de PP. la detención preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles.

Cuatro. Por tanto, el estudio de esta temática solo puede realizarse a partir de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurados (Nelson Saray y Pelaez Mejía, (2022) Los Hechos Juridicamente Relevantes en el Proceso Penal).

En síntesis, en la audiencia de legalización de captura, en la audiencia de imputación y acusación, y más aún en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento se debe tener claridad si en realidad de verdad la fiscalía general de la nación, ha creado una hipótesis fáctica concreta que contenga las circunstancias de modo, tiempo y lugar en un lenguaje comprensible,²⁸ es decir, que existan unos hechos jurídicamente relevantes (inciso 2° del numeral 2° del artículo 287 de la ley 906 de 2004) concretos, y es deber tanto de partes e intervinientes como del director del proceso (Juez de control de garantías o Juez de conocimiento) velar porque se cumpla con este requisito, pues en caso de no existir hechos jurídicamente relevantes se vulnera el derecho a la defensa y al debido proceso y puede generar la nulidad del proceso incluso desde la audiencia de legalización de captura por violación del derecho a la defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales de conformidad con el artículo 457 del código de procedimiento penal o incluso la absolución.

El Denominado Fin de Protección a la Comunidad es un Problema de Corte Estructural.

Seria del caso realizar un análisis del Control de Constitucionalidad respecto de los fines de la medida de aseguramiento, sin embargo, como se indicó anteriormente tanto la Constitución Nacional y el estatuto procesal penal avalan el peligro para la comunidad. La Corte Constitucional por su parte, de manera amplia

²⁸ Artículo 8 de la ley 906 de 2004, literal H: "EL imputado tiene derecho a conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los fundamentan.

y pacífica ya estableció que, para imponer una medida de aseguramiento, además de los requisitos legales se deben acudir a los fines de la medida de aseguramiento (Corte Constitucional, 2001). No obstante, al adicionar el peligro para la comunidad, se puede decir que hay control de constitucionalidad, pero no hay control de convencionalidad.

Entonces frente al riesgo de no comparecencia y riesgo de obstrucción a la justicia, es preciso indicar que no hay mucho que decir, no hay ninguna oposición al respecto, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos avala la restricción del derecho a la libertad cuando quien la solicita fundamenta su solicitud en el fin constitucional denominado Riesgo de Obstrucción a la justicia o Riesgo de no comparecencia.

El gran problema está en que el Estado Colombiano avala la protección o peligro para la comunidad como fin legítimo para sustentar una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario. El problema es de corte estructural por la sencilla razón de que el denominado peligro o protección a la comunidad no solamente está consagrado en una regla legislativa (artículos 296 y 308 del CPP) y en una norma rectora del código de procedimiento penal (artículo 2° del CPP) sino que además aparece en una cláusula constitucional (artículo 250 numeral 1°), mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos la proscribiera tajantemente.

El artículo 310 del CPP que desarrolla y explica en que consiste el “peligro para la comunidad”, y el cual establece:

Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

- 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.**

2. El numero de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Es importante señalar que la grave contradicción entre la Corte Constitucional y la Corte interamericana de Derechos humanos que en este proyecto de investigación se plantea, no es un problema nuevo, pues en la sentencia C 469 de 2016 la Corte Constitucional ya se pronunció al respecto y por consiguiente declaró la exequibilidad o constitucionalidad del del artículo 310 del CPP y sus respectivos numerales. No obstante, es necesario indicar que la Corte Constitucional en esta sentencia NO realizó un verdadero Control de Convencionalidad.

En esta providencia se dice que, el ciudadano Salustiano Fortich Molina mediante acción de inconstitucionalidad solicitó se declarara la inexequibilidad de los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del artículo 310 del CPP por considerar que esta norma iba en contra de los artículos 28 y 93 de la Constitución Política de Colombia y 7 (núm. 2, 3 y 5) y 8 (núm. 1 y 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Para el actor, el denominado “**peligro para la comunidad**” es contrario al bloque de constitucionalidad y en especial a la interpretación del artículo 7.3. de la CADH que ha llevado a cabo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Desafortunadamente, en esta sentencia (C469 de 2001) la Corte Constitucional, se puede decir, no realizó un examen profundo, no realizó un verdadero control difuso de convencionalidad, (excepto por el salvamento de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos), pues, la Corte de manera muy ligera argumentó que el denominado fin de protección o peligro para la comunidad no iba en contra de los tratados internacionales y para argumentar esto trajo a colación escasos 2 precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es así que en el considerando N° 60 de la sentencia C 469 de 2016 la Corte Constitucional Expresó:

Pese a lo anterior, la Sala observa que la CIDH y la Corte IDH han contemplado de igual manera la probabilidad de ejecución de nuevos delitos, circunstancia ligada a la protección de la comunidad, como justificación para la imposición de la prisión preventiva. En el caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, luego de considerar que las medidas que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen carácter excepcional, al estar limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, la Corte IDH indicó:

“129... La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad.

Por su parte, en el Informe 2 de 1997, la CIDH destacó:

“32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”.

De acuerdo con lo anterior, al interpretar los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia consagrados en la CADH, la Corte IDH ha reconocido el criterio de probabilidad de ejecución de nuevos delitos, asociable a la protección de la comunidad, como justificación para la imposición de la prisión preventiva, pese a reconocer que actualmente es discutido. La CIDH, además, sostiene que, con sujeción a ciertos parámetros, en general, de razonabilidad y proporcionalidad, dicha causal puede ser empleada al decretar la detención cautelar, siempre que la probabilidad de reiteración en el delito sea real (Corte Constitucional, sentencia C-469, 2016, parr. 60).

Con lo anterior se tiene que, la Corte Constitucional desconoció de manera abierta la abundante y pacífica jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha decantado y ha proscrito la protección o el peligro para comunidad como fin para la imposición de una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

El Control de Convencionalidad

Previo al estudio de las sentencias Corte IDH en las cuales proscriben el peligro o la protección a la comunidad, se hará referencia a la definición y efectos vinculantes del control de convencionalidad.

Para tal efecto es necesario traer a colación el concepto emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del Control de Convencionalidad en el que define y explica el concepto de control de convencionalidad de manera didáctica y muy fácil de entender²⁹:

El Control de Convencionalidad es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos, y específicamente la Convención y sus fuentes, incluyendo la Jurisprudencia de este tribunal. Así, en varias sentencias la corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento Jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos su órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que las decisiones judiciales y administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex oficio ex oficio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esa tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hechos la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2019).

²⁹ Para más información ver documento completo en el siguiente enlace: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/convencionalidad.pdf>

La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH nos muestra que la figura del control de convencionalidad, como herramienta eficaz para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, tiene como principales características: (i) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. (ii) Debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública. (ii) Su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad. Por tanto, su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH. (iii) La obligación que está siempre presente tras el control de convencionalidad es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas. (iv) Es baremo de convencionalidad la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva. (iv) La obligatoriedad de realizar el control deriva de los principios del derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH-htt).

Habiendo entendido la definición, la utilidad y el efecto vinculante del control de convencionalidad a continuación se realiza un breve recuento de la Jurisprudencia de la CorteIDH que proscribe el peligro para la comunidad como fin de la medida de aseguramiento. Es decir, no la incluye como un fin legítimo.

Jurisprudencia de la CorteIDH que NO ACEPTA el peligro para la comunidad como un fin de la medida de aseguramiento.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador
Sentencia de 12 de noviembre de 1997³⁰

³⁰ ver sentencia completa (**Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**) en el siguiente enlace:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

Considerando N° 77

Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios **para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia**, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Tibi Vs. Ecuador Sentencia de 07 de septiembre de 2004: **Considerando N° 180.**³¹

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador

Sentencia de 24 de junio de 2005: **Considerando N° 111.**³²

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Palamara Iribarne Vs. Chile Sentencia de 22 de noviembre de 2005: **Considerando N° 198.**³³

³¹ver sentencia completa (**Caso Tibi Vs. Ecuador**) en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

³² ver sentencia completa (**Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**) en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf

³³ ver sentencia completa (**Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**) en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso López Álvarez Vs. Honduras Sentencia de 1 de febrero de 2006: Considerando N° 69. ³⁴
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Servellón García y otros vs. Honduras - sentencia de 21 de septiembre de 2006: Considerando N° 90. ³⁵
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador Sentencia de 21 de nov de 2007: Considerando N° 93. ³⁶
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Yvon Neptune vs. Haití Sentencia de 6 mayo de 2008: Considerando N° 98. ³⁷
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Bayarri vs. Argentina Sentencia de 30 de octubre de 2008: Considerando N° 74. ³⁸
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Barreto Leiva vs. Venezuela sentencia de 17 de noviembre de 2009: Considerando N° 111. ³⁹
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Usón Ramírez vs. Venezuela sentencia de 20 de noviembre de 2009: Considerando N° 144. ⁴⁰
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Vélez Lóor vs. Panamá sentencia de 23 de noviembre de 2010: Considerando N° 171. ⁴¹
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras sentencia de 27 de abril de 2012: Considerando N° 106. ⁴²
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso J. Vs. Perú - sentencia de 27 de noviembre de 2013: Considerando N° 157. ⁴³

³⁴ ver sentencia completa (**caso López Álvarez Vs. Honduras**) en el siguiente enlace:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

³⁵ ver sentencia completa (**caso Servellón García y otros vs. Honduras**):
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf

³⁶ ver sentencia completa (**Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**):
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

³⁷ ver sentencia completa (**Caso Yvon Neptune vs. Haití**) en el siguiente enlace:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf

³⁸ ver sentencia completa (**Caso Bayarri vs. Argentina**) en el siguiente enlace:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf

³⁹ ver sentencia completa (**Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**) en el siguiente enlace:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

⁴⁰ ver sentencia completa (**Caso Usón Ramírez vs. Venezuela**) en el siguiente enlace:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf

⁴¹ ver sentencia completa (**Caso Vélez Lóor vs. Panamá**) en el siguiente enlace:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf

⁴² ver sentencia completa (**Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras**)}}
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Argüelles y otros vs. Argentina sentencia de 20 de noviembre de 2014: Considerando N° 120:⁴⁴ Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: i) que su finalidad sea compatible con la Convención, como lo es asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia; ii) que sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido; iv) que sean estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida; v) cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile - sentencia de 29 de mayo de 2014: Considerando 307 y S.S.:⁴⁵ (Relevante)
Corte Interamericana de Derechos Humanos* caso WONG HO WING vs. Perú sentencia de 30 de junio de 2015: Considerando N° 250.⁴⁶
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador sentencia de 1 de septiembre de 2016: Considerando N° 143.⁴⁷
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Pollo Rivera y otros vs. Perú sentencia de 21 de octubre de 2016: Considerando N° 121.⁴⁸

⁴³ ver sentencia completa (**Caso J. Vs. Perú**) en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

⁴⁴ ver sentencia completa (**Caso Argüelles y otros vs. Argentina**) en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf

⁴⁵ ver sentencia completa (**Caso Norín Catrimán vs. Chile**) en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

⁴⁶ ver sentencia completa (**Caso WONG HO WING vs. Perú**) en el siguiente enlace:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_297_esp.pdf

⁴⁷ ver sentencia completa (**Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador**):

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_316_esp.pdf

Definitivamente con los anteriores precedentes queda claro que la Corte Constitucional con la sentencia C 469 de 2016, desconoció de manera incorrecta mas de 20 precedentes de la CorteIDH que proscriben la protección a la comunidad o el peligro para la comunidad como fundamento legítimo para la imposición de una medida de detención en establecimiento carcelario.

Como si fuera poco lo anterior, posterior a la nefasta sentencia C-469 del año 2016, la CorteIDH continúa con su posición pacífica respecto de la proscripción del peligro para la comunidad. Es así como en el año 2018 expidió una nueva providencia, esto es, la sentencia del caso mujeres víctimas de tortura sexual en ATEMCO v/s MÉXICO de 2018 y aplicó la misma tesis en el considerando 251:

Esta corte ha dicho que para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria, debe cumplir con los siguientes parámetros:

- 1) **Que su finalidad sea compatible con la convención.**
- 2) **Que sea idónea para cumplir con el fin perseguido.**
- 3) **Que sea necesaria, es decir, absolutamente importante para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido.**
- 4) **Que sea estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.**
- 5) **Y cualquier restricción del derecho a la libertad que no contenga una motivación suficiente, que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y por lo tanto violará el artículo 7.3 de la CADH.**

⁴⁸ ver sentencia completa (Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú)
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf

Por otra parte, la CIDH⁴⁹, ha puesto, en el informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas lo siguiente:

CONSIDERANDO 319.

La prisión preventiva tiene un carácter estrictamente excepcional, y su aplicación se debe adecuar a los principios de legalidad, presunción de inocencia, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Esta medida procede única y exclusivamente en los casos y conforme a los requisitos expresamente previstos por la Ley, y sólo es admisible cuando se dirige a cumplir sus fines legítimos, que conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana son los siguientes: **(a) prevenir el riesgo de que el imputado eluda la acción de la justicia**, para lo cual se podrá tener en cuenta su nivel de arraigo en la comunidad, su conducta durante el proceso, la gravedad de la imputación y la eventual condena; o **(b) evitar que obstruya el normal desarrollo de las investigaciones o el proceso**, para lo cual podrá valorarse la capacidad del acusado de alterar gravemente las pruebas, influir en los testigos o inducir a terceras personas a cometer estos actos.

⁴⁹ La sigla **CIDH** significa “Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS).

CONCLUSIONES

En relación con lo expuesto en el presente artículo de investigación se puede llegar a las siguientes conclusiones:

Es necesario repensar los fundamentos tradicionales que Colombia ha tenido para efectos de argumentar cualquier cuestión que tenga que ver con la medida de aseguramiento, pues si se realiza un estudio profundo se podrá determinar que la mayoría de las personas privadas de la libertad como sindicados en virtud de una medida de aseguramiento, es por la aplicación del denominado fin de peligro o protección a la comunidad.

La desproporcionada aplicación de medidas de aseguramiento con fundamento en la supuesta peligrosidad del imputado agudiza el problema que desde hace mucho tiempo tiene Colombia respecto del estado de cosas inconstitucional (hacinamiento carcelario) en el sistema penitenciario y carcelario como producto del alto número de personas privadas de la libertad ya sea como sindicados o condenados⁵⁰ y además, este problema de hacinamiento impide que se cumplan las funciones de la pena en especial la función de reinserción social por deterioro de la infraestructura penitenciaria.

Que Colombia apruebe la imposición de medidas de aseguramiento en establecimiento carcelario con fundamento en el artículo 310 contradice la supuesta aplicación de derecho penal de acto prevista en el artículo 29 superior y da paso a la aplicación de un derecho penal de autor.

Por lo anterior, la finalidad de este escrito es la de contribuir a la lucha por la vigencia real de las conquistas que se infieren de previsiones contenidas en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como interprete autorizado de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

⁵⁰ La sentencia T-153 de 1998

El suscrito reconoce que existen casos en que los indiciados representan un peligro futuro para la seguridad de la comunidad o de la víctima como cuando el indiciado amenaza tanto al juez como a los intervinientes del proceso y en esos casos sí se puede aplicar una medida de aseguramiento⁵¹, pues simple y sencillamente se está ante una prueba como tal. Sin embargo, si aplicáramos bien los principios del régimen de la libertad y sus restricciones y además probáramos la posible ocurrencia de los fines, se puede decir que el denominado problema de incompatibilidad, en sí, no sería un problema.

Finalmente, como dijo el Exmagistrado de la Corte Constitucional, *“Así pues, cuando los jueces internos llevan a cabo el control de convencionalidad lo hacen dentro del contexto del principio de subsidiariedad, el cual regula el reparto de competencias entre la justicia interna y la internacional. De tal suerte que, en principio, cuando los jueces nacionales aplican debidamente el texto de la CADH y la jurisprudencia internacional, están evitando que los casos lleguen a conocimiento del sistema americano de protección de los derechos humanos.”*

⁵¹ <https://www.youtube.com/watch?v=cYcCvYFkGzY>

Referencias

- (s.f.). Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/convencionalidad.pdf>
- Bembibre , C. (10 de Marzo de 2010). *Definición de Hacinamiento*. Obtenido de DEFINICIÓN ABC: <https://www.definicionabc.com/social/hacinamiento.php>
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-153*. Recuperado el 06 de 07 de 2022, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-774*. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm#_ftnref37
- Corte Constitucional. (2013). *sentencia T-388*. Recuperado el 06 de 07 de 2022, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- Corte Constitucional. (2015). *sentencia T-762*. Recuperado el 06 de 07 de 2022, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-469*. Bogotá. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm>
- Corte Constitucional. (2022). *sentencia SU-122*. Recuperado el 06 de 07 de 2022, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2010%20-%20Marzo%2030%20y%2031%20de%202022.pdf>
- Corte Constitucional Colombiana. (s.f.). *Corte Constitucional Colombiana*. Obtenido de Glosario Jurídico: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/glosario.php>
- Corte Constitucional. (2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-360-16.htm#:~:text=Concluye%20que%20la%20expedici%C3%B3n%20de,la%20Ley%205%20de%201992.>
- Corte Costitucional. (2005). *sentencia T-575*. Recuperado el 06 de 07 de 2022, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-575-09.htm#:~:text=C%2D575%2D09%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20remisi%C3%B3n%20al%20derecho%20penal,%C3%A9stas%20son%20insuficientes%20para%20someterlos.>
- Corte Interamericama de Derechos Humanos. (s.f.). *Corte Interamericama de Derechos Humanos*. Obtenido de Que es la CIDH: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (01 de 01 de 2019). *ABC DE LA CIDH*. Obtenido de ¿QUE ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/26/>

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (01 de 01 de 2019). *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. Obtenido de ABC DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/6/>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (s.f.). *CIDH*. Obtenido de ¿QUE ES LA CIDH?: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp>
- Corte Suprema de Justicia. (2016). *Sentencia SP-134 de 2016, rad, 46.806*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sentencia Rad, 44.599*. Bogotá. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/03/SP3168-201744599.pdf>
- Corte Suprema De justicia. . (12 de 10 de 2016). *Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de Sentencia AP7109-2016, Rad. 46148.: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PROCEDENCIA2.pdf>
- INPEC. (06 de 07 de 2022). *Tableros Estadísticos*. Obtenido de INPEC: <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>
- Mejía, N. S.-J. (2022). *Los hechos Jurídicamente Relevantes en el Porceso Penal* . Bogotá : Leyer Editores .
- Merino., J. P. (07 de 07 de 2018). *DEFINICIÓN.DE*. Obtenido de HACINAMIENTO.: <https://definicion.de/hacinamiento/>
- Ruiz, O. J. (2012). *Hermenéutica Jurídica*.
- Secretaría del Senado. (s.f.). *Ley 906 de 2004*. Obtenido de Secretaría del Senado.: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#2
- Secretaría del Senado. (s.f.). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de Secretaría del Senado.: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#250
- Uprimny, R. (08 de 02 de 2022). *Dejusticia*. Obtenido de preguntas para entender el estado de cosas inconstitucional por la inseguridad de excombatientes: www.dejusticia.org/5-preguntas-para-entender-el-estado-de-cosas-inconstitucional-por-la-inseguridad-de-excombatientes
- Velásquez, F. V. (2017). *Undamentos de De Drecho Penal Parte General*. Bogotá: Edciones Jurídicas Andres Morales.