Héctor Mauricio Cuéllar Pinzón

FINALIDADES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCEDIMENTAL PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO. ASPECTOS TEÓRICOS Y JURISPRUDENCIALES EN EL ÁMBITO NACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas en convenio con la Universidad de Salamanca para optar por el título de Maestro en Derecho Penal

Tutor

Víctor Hugo Ospina Vargas

Bogotá, Colombia

2017

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Nota de aceptación

Firma Presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, 21/03/2014

A Dios, fuente suprema de la vida y la justicia y a mi familia que siempre me ha apoyado en mis proyectos.

Quiero agradecer a al profesor Víctor Hugo Ospina Vargas, por su constante dedicación a la elaboración de este trabajo y a todos los profesores de esta maestría en conjunto con la Universidad Santo Tomás y Salamanca.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO IV

RESUMEN **8**

ABSTRACT **9**

INTRODUCCIÓN 10

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 14

1.1. Pregunta de Investigación. 21

2. OBJETIVOS 22

2.1. Objetivo General. 22

2.2. Objetivos Específicos. 23

3. HIPÓTESIS DEL TRABAJO 23

4. METODOLOGÍA 24

CAPÍTULO I 26

PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO 26

1. LIBERTAD, PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL. 26

2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO 46

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y FAVORABILIDAD PENAL. 53

2.2. Principio de Juez Natural. 61

2.3. Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable: 64

2.4. Principio Pro Homine. 71

2.5. Derecho a la Presunción de Inocencia 77

CAPÍTULO II 84

CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO 84

1. ANTECEDENTES LEGALES EN COLOMBIA. 86

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. 94

3. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA LEY 906 DE 2004 143

3.1. Requisitos Sustanciales de la Media de Aseguramiento. 144

3.2. Carácter Excepcional de la Medida de Aseguramiento. 146

3.3. Carácter Temporal de la Medida de aseguramiento. 149

3.4. Carácter Cautelar. 157

3.5. Adecuación, Necesidad y Proporcionalidad de las Medidas de Aseguramiento. 160

3.6. Finalidades de la Medida de Aseguramiento en la Ley 906 de 2004. 168

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

3.6.1. Riesgo de Obstrucción a la Justicia. 170
3.6.2. Peligro Para la Comunidad. 173
3.6.3. Peligro para la víctima. 179
3.6.4. Peligro de no Comparecencia. 181

CAPÍTULO III 187

LAS FINALIDADES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL 187

1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE LOS ÓRGANOS CUASI-JURISDICCIONALES SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA 215
2. JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA 224

CAPÍTULO IV 234

DATOS FÁCTICOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA……234

CAPÍTULO V……249

MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA DETENCIÓN EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO……249

CONCLUSIONES 259

REFERENCIAS 272

1. DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL. 272
2. JURISPRUDENCIA NACIONAL 276
3. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL……282
4. OTROS INSTRUMENTOS……...284

Finalidades de la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva en el Marco del Sistema Procedimental penal Acusatorio Colombiano. Aspectos Teóricos y Jurisprudenciales en el Ámbito Nacional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Héctor Mauricio Cuéllar Pinzón

Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca para optar por el título de Maestro en Derecho Penal

Maestría en Derecho

Resumen

El presente trabajo investigativo se aproxima al estudio de la relación entre la medida de aseguramiento de detención preventiva y la presunción de inocencia con el propósito de establecer si la restricción del derecho a la liberad personal a quien todavía es procesado por la comisión de un delito es consistente con el estándar internacional de protección. En otras palabras, el propósito final de este estudio es determinar si la relación entre las instituciones jurídicas en comento es de compatibilidad o de contradicción y rechazo. Para este efecto, se realiza una aproximación a la detención preventiva desde un método analítico con miras a efectuar la delimitación conceptual de su alcance y contenido y ofrecer una respuesta fundamentada al problema planteado.

Palabras clave

Detención preventiva, presunción inocencia, cautelar, excepción, plazo razonable

Abstract

The present research work pursues the study and assessment of the relationship between, on one hand, the criminal law figure of preventive detention and, on the other, the presumption of innocence with the purpose of establishing whether the restriction to personal liberty of a person still subject to criminal proceedings but not yet condemned is consistent with the international standard of protection. In other word, the final purpose of this study is to determine whether the relationship between the legal institutions referred to above is one of compatibility or one of contradiction and mutual rejection. To this effect, preventive detention is approached from an analytical method in order to conceptualize its reach and scope and to offer a legally supported answer to the problem

Key words

Preventive detention, presumption of innocence, exception, reasonable delay, precautelar measure

INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que mayor complejidad encierra el derecho procesal penal es la procedencia del encarcelamiento preventivo de quien se encuentra procesado por la comisión de conductas delictivas.

Sobre esto, muchas páginas se han escrito tanto para justificar esta clase de medidas cautelares como para cuestionar su legitimidad. Los primeros soportan su posición en el interés de la justicia de la sociedad respecto a la necesidad de garantizar que el procesado comparezca al proceso, no obstruya la actuación y no continúe delinquiendo; los segundos se amparan esencialmente en el principio de presunción de inocencia y en considerar que una medida que afecta el derecho a la libertad sin que exista condena desconoce este principio esencial del debido proceso.

En el marco de este complejo debate, donde unas y otras posiciones encuentran fuertes soportes jurídicos, el presente trabajo investigativo pretende estudiar la finalidad de lo que nuestra legislación denomina “medida de aseguramiento”, en especial el encarcelamiento preventivo. En este sentido, se plantea como aspecto problemático lo que se refiere al riesgo que la libertad del procesado pueda acarrear para la comunidad ante su eventual reiteración delictiva.

La jurisprudencia constitucional empezó a considerar la necesidad de justificar la imposición de medidas de aseguramiento frente a finalidades constitucionales en la

> sentencia C-774 de 2001, donde se establece que esta clase medidas son de índole cautelar no punitivas y que por ende deben obedecer la inmediata garantía de que el procesado no obstruya la justicia, no emprenda la fuga y no continúe desarrollando comportamientos constitutivos de delito. Actualmente, la discusión es pacífica, toda vez que la Corte Constitucional ha venido reiterando esta posición, la misma ha sido asumida por la propia constitución en su artículo 250 y en la legislación procedimental penal en los artículos 2°, 296, 308 y 310 de la Ley 906 de 2004.

Por otra parte, respecto a la legitimidad de la detención preventiva frente al peligro de reiteración de conductas punibles, o el peligro a la comunidad, sigue siendo objeto de cuestionamiento doctrinal dado que se enfrenta al principio de presunción de inocencia, donde indiscutiblemente la posible continuación del actuar delictivo es más una finalidad que le corresponde asegurar al derecho penal material con la imposición de la sanción correspondiente de acuerdo con la prevención especial negativa propia de las teorías relativas de la pena. Si bien la Corte Constitucional en sentencia C-1198 de 2008, y reiterando su posición en sentencia C-469 del 2016 ha establecido que no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta para establecer una medida de aseguramiento mural, lo cierto es que el asunto hoy en día no es pacífico para la doctrina, dada la aparente finalidad material, y no procesal, de la causal de representar un peligro para la comunidad.

En ese orden de idas, se ha establecido por la doctrina y amplia jurisprudencia internacional que sólo las finalidades propiamente procesales como son el riesgo de obstrucción a la investigación y la potencial no comparecencia del procesado al proceso y al cumplimiento de la pena que de manera eventual se le pueda imponer justifican el encarcelamiento preventivo. De lo contrario, las medidas se aplicarían acorde a parámetros

de derecho penal material, es decir, que no tendrían el fin de salvaguardar el proceso penal, si no cumplir con los fines de la pena, como por ejemplo, evitar que se cometa nuevamente el delito.

Así, a modo de presentación del presente escrito, se plantea el problema jurídico a dilucidar y se plantean las hipótesis cuya verificación o descarte se hará en el desarrollo del cuerpo del trabajo, cuestión esta que se reduce a la siguiente pregunta:

¿Es la causal para imponer una medida de aseguramiento, consistente en el peligro para la comunidad, propia del derecho penal material, y por ello violatoria del principio de presunción de inocencia?

Atendiendo a que la detención preventiva constituye una restricción de derechos fundamentales y a principios rectores de raigambre constitucional, el capítulo primero se ocupa de presentar un marco teórico respecto a estos derechos y principios, así se aborda el derecho a la libertad, tanto desde su carácter de principio como desde las reglas que permiten su afectación; el derecho al debido proceso con énfasis en los componentes que se considera son de mayor relevancia frente al marco problemático planteado, esto es el principio de legalidad y favorabilidad penal, principio de juez natural, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el principio *pro homine* y en especial el derecho a la presunción de inocencia.

El capítulo segundo se ocupa conceptualizar y categorizar las medidas de aseguramiento en el marco jurídico nacional, esto es; presentar los antecedentes legislativos y en especial establecer cuál ha sido la línea jurisprudencia que sobre esta institución jurídica ha venido trazando la Corte Constitucional. Continuando con la legislación vigente para señalar las

características propias de las medidas de aseguramiento, como son su carácter excepcional, temporal y cautelar, así como la aplicación del test de proporcionalidad exigido para la aplicación de toda medida jurisdiccional que afecta derechos fundamentales.

En el capítulo tercero se aborda de manera descriptiva las finalidades que se han consolidado en la jurisprudencia y la doctrina internacional para justificar las medidas de aseguramiento y que son recogidas por nuestro ordenamiento adjetivo penal: riesgo de obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y peligro de no comparecencia, para luego demarcar dos corrientes que se despliegan en torno a la institución jurídica objeto de estudio, una procesalista y una sustantivista.

Hecho lo anterior, el capítulo cuarto muestra datos fácticos de la situación del Estado colombiano en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento intramuros. Dichos datos darán cuenta de la aplicación de la medida por parte de los funcionarios judiciales a lo largo del tiempo, desde la promulgación de la ley 906 del 2004. Posteriormente, se expondrán algunas medidas de presión, de las cuales son víctimas los operadores de la justicia a la hora de imponer dichas medidas. Esto dará luces sobre la posible existencia de una brecha entre un discursos jurídico de corte garantista con el acusado y la realidad de algunas personas que se enfrentan a la justicia en Colombia.

Finalmente se darán algunas conclusiones parciales a las que se llega en los capítulo uno, dos, tres y cuarto, para dar respuesta a la pregunta planteada en la presente investigación.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Planteamiento del Problema de Investigación

Uno de los debates que mayor resonancia genera, tanto en el aspecto teórico como en la práctica judicial, es el referente a la detención preventiva del imputado como medida de aseguramiento limitativa del derecho a la libertad. En torno a ello surgen posiciones contrarias que van desde su eliminación absoluta hasta a su aplicación generalizada. Así, quien propende por ampliar la prisión preventiva invoca el deber de una administración de justicia de eficiente funcionamiento, de poner coto a la criminalidad. Por su parte quien considera excesiva la prisión preventiva lo hace en nombre de las restricciones formales judiciales de un procedimiento penal acorde con el Estado de derecho (Hassemer, 1998, p. 98).

Tradicionalmente el eje del debate alrededor de la detención preventiva se da en el marco del principio de presunción de inocencia, así para Maier (1996) "el principio de presunción de inocencia es el patrón rector que pone límites al encarcelamiento provisional, ante todo para evitar que la prisión procesal se transforme en una pena anticipada"(p. 512); la presunción de inocencia excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal antes de proferirse la sentencia condenatoria (Ferrajoli, 2005, p. 551).

Esta necesidad de limitar la detención preventiva se deriva especialmente del principio de presunción de inocencia que a su vez se constituye como límite a la misma (Hassemer, 1998, p. 109). Conforme al principio de presunción de inocencia nadie puede ser declarado responsable mientras no se pruebe su culpabilidad, y se debe presumir la inocencia del procesado, así no puede haber pena sin crimen ni culpa sin juicio: *nulla poena, nullum*

crimen, nulla culpa sine iudicio y nullumiudicium sine acusatione, sine probatione et sine defensione.

De manera directa, el principio de presunción de inocencia se constituye en el marco del proceso penal como una garantía al derecho fundamental a la libertad personal. Por lo que la detención preventiva surge como extraña al privar de la libertad al imputado con anterioridad al juicio, pudiendo considerársela como una pena anticipada, es decir sin haberse establecido la responsabilidad penal.

A pesar del debate y de las posiciones encontradas, hoy es incuestionable la vigencia de la detención preventiva en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, siendo la tendencia limitar la admisibilidad de dicho instrumento de un modo drástico a efectos de no convertirlo en un mecanismo vulnerador de los derechos del procesado, en especial del derecho a la libertad (Pastor, 2010, p. 131).

En efecto, la protección de la libertad personal en su doble connotación –como principio fundante y como derecho subjetivo susceptible de protección– atraviesa la estructura del proceso penal, pues mientras la persona se presuma inocente, no es posible una restricción definitiva de dicho derecho. Cosa distinta ocurre una vez se ha desvirtuado dicha presunción con la imposición de una sentencia condenatoria (Sentencia T-1625, 2000).

En el marco general, la libertad personal comprende:

> La posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o

> moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente. (Sentencia C-634, 2000)

En el marco de su protección la Corte Constitucional definió la libertad personal como "la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona" (Sentencia C-024 de 1994).

No obstante lo anterior, la libertad no es un derecho absoluto, debe armonizarse con los demás derechos fundamentales y bienes y valores protegidos por la Carta constitucional e instrumentos internacionales, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles (Sentencia C-774, 2001), de allí que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal (Sentencia C-1024, 2002) lo que se desprende claramente del mismo contenido del artículo 28 de la Constitución que señala los requisitos para la privación de la libertad como son: i) motivo previamente definido en la ley; ii) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; y iii) que se realice con la plenitud de las formalidades legales.

> Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de

> cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal. (Sentencia C-1024, 2002)

> Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opera la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica como la detención preventiva, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en qué consiste el derecho y los límites del mismo. (Sentencia C-327, 1997)

Es precisamente la garantía a la libertad personal, que entre los derechos individuales ocupa, después de la vida, lugar preferente (Sentencia C-1024, 2002) la que justifica y mantiene viva la necesidad de analizar la prisión preventiva en nuestro ordenamiento jurídico y ello aun cobra mayor relevancia en la praxis judicial donde la naturaleza jurídica de la detención preventiva se ve distorsionada. Al respecto Gómez señala que:

> (…) la práctica mancilla lo que la teoría representa como transparencia y diafanidad. Las reglas abstractas sucumben en su aplicación diaria y a veces, por ese ejercicio, las instituciones se desdibujan y requieren notable esfuerzo para identificarlas en sus primeros y verdaderos moldes. (2009, p. 7)

En Colombia, con la implantación del sistema de procedimiento penal acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2009 y la consecuente Ley 906 de 2004 se pretendió un sistema de enjuiciamiento penal más garantista, no solo respecto a los derechos del procesado sino

de todas las partes e intervinientes. No obstante, la práctica judicial ha desnaturalizado muchas de las instituciones allí desarrolladas, de la mano con las continuas reformas legislativas que han ido alterado paulatinamente la originaria filosófica del sistema acusatorio y en materia de medidas de aseguramiento la regla ha sido la generalización con el consecuente menoscabo al principio de presunción de inocencia y correlativamente de la libertad del imputado.

Así las cosas, se puede afirmar que el derecho a la libertad personal como derecho subjetivo fundamental es merecedor en el marco Constitucional y legal colombiano de una muy especial y relevante protección. No obstante, la libertad personal no es de carácter absoluto, admitiendo limitaciones e intervenciones a efectos de armonizarse con los demás derechos fundamentales y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta. Estas limitaciones e intervenciones son dables conforme a los principios de reserva jurisdiccional y reserva legal.

Igualmente se ha señalado que la protección de la libertad personal tiene en la órbita penal y procedimental penal una especial relevancia y no solo en lo referente a la pena privativa de la libertad como sanción penal, sino igualmente en el marco de las medidas de aseguramiento privativas de la liberta, es decir respecto a la detención preventiva.

En el marco el de un proceso penal coherente con el Estado constitucional y democrático de derecho el principio de presunción de inocencia surge como garantía del derecho a la libertad personal, siendo no obstante, como antes se indicó, procedente el encarcelamiento preventivo del imputado durante el desarrollo de la actuación penal.

Armonizando entonces el principio de presunción de inocencia con la prisión preventiva surge la necesidad de restringir el uso de esta clase de medidas limitativas de la libertad personal. Así atendiendo entonces esta necesaria limitación que surge en especial del principio de presunción de inocencia, cabría preguntarse ¿que justificaría en un proceso penal democrático y coherente con el estado derecho y los fundamentos constitucionales, limitar la libertad del procesado antes de establecer su responsabilidad penal?

La respuesta se ha dado considerando que dicha limitación se justifica en el carácter relativo del derecho a la libertad personal y en la necesidad de satisfacer otros intereses constitucionalmente protegidos como son la seguridad de la comunidad y de la víctima; garantizar el fin de la justicia penal asegurando la comparecencia del procesado tanto al acto de juicio como al cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria y asegurar el adecuado averiguamiento de la verdad impidiendo que el procesado pueda interferir indebidamente obstaculizando la administración de Justicia.

Si bien estas finalidades han sido consideradas en el ámbito jurídico colombiano como legitimas para la privación de la libertad antes de concurrir una sentencia condenatoria, (Sentencia C-774, 2001), la cuestión no es aun pacífica, toda vez que a partir de la tendencia a limitar la detención o prisión preventiva se ha señalado que ésta, atendiendo su carácter cautelar, ha de obedecer estrictamente a finalidades de índole procesal (riesgo de obstrucción y peligro de fuga) y no de derecho penal material (prevención especial).

Si bien las cuestiones meramente teóricas como lo es el debate entre las teorías sustantivistas y procesalistas de la detención preventiva se podrían aislar de la práctica

judicial en virtud al principio de legalidad propio del estado de derecho la cuestión se torna mayormente problemática atendiendo el siguiente planteamiento.

Primero: Colombia es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), por ende y en virtud del bloque de constitucionalidad (artículo 93 C.N.) sus disposiciones no solo son vinculantes, sino que prevalecen en el ordenamiento jurídico interno.

Segundo: La Convención Americana de Derechos Humanos establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 33, la cual es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido (artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Así, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete autorizado de la Convención Americana de Derechos Humanos, es igualmente vinculante para los Estados parte.

Tercero; Colombia además de haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos toda vez que el 2 de julio de 1980, presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con los Artículos 45 y 62 de la Convención.

Cuarto: Dentro de su competencia contenciosa, la Corte ha estudiado en diversos casos la cuestión relativa a la detención preventiva, señalando que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis

generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. Así mismo, estableció la obligación para los estados partes de "no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia" considerando además que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006). La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.

Así las cosas no solo la teoría, sino la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante atendiendo las anteriores consideraciones, ha resaltado el papel eminentemente cautelar, esto es instrumental o procesal de la detención preventiva, lo que contraviene las consideraciones normativas y jurisprudenciales de orden interno en Colombia.

1.1. Pregunta de Investigación.

Dadas las anteriores consideraciones alrededor de la detención preventiva cabe preguntarse: Atendiendo las finalidades procesales y sustantivas o materiales consagradas por la ley 906 de 2004 ¿Es la causal para imponer una medida de aseguramiento, consistente en el peligro para la comunidad, propia del derecho penal material, y por ello violatoria del principio de presunción de inocencia?

2. Objetivos

2.1.Objetivo General.

Establecer si la medida de aseguramiento, basándose en el peligro para la comunidad, consagrada en la Ley 906 de 2004 es o no compatible con el principio de presunción de inocencia atendiendo las finalidades procesales y sustantivas o materiales allí consagradas.

2.2.Objetivos Específicos.

a. Establecer la naturaleza jurídica de la medida de aseguramiento de detención preventiva en el proceso penal acusatorio colombiano.
b. Determinar si la detención preventiva como medida de aseguramiento constituye una afectación al principio de presunción de inocencia.
c. Establecer los estándares de la detención preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos, en especial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la manera en la que el ordenamiento jurídico colombiano dialoga con dichos estándares.
d. Dilucidar la práctica de la justicia colombiana en materia de aplicación de la prisión preventiva.

3. Hipótesis del trabajo

Una primera anticipación a la cuestión planteada comportaría la existencia de una tensión irreconciliable entre la detención preventiva y el principio de presunción de inocencia. No obstante, este supuesto no es de recibo por cuanto en el marco jurídico nacional es indudablemente admisible de detención previa al juicio a manera de medida cautelar, tal como se refirió anteriormente a partir de la jurisprudencia constitucional. Lo

anterior resulta igualmente valedero en la jurisprudencia internacional, en especial del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A lo anterior, cabe añadirle que a pesar de ser una figura procesal, la privación preventiva de la libertad está sujeta a la Constitución Nacional, como toda norma, y por ello debe ser acorde a los principios y derechos que se encuentran en ésta, como por ejemplo la presunción de inocencia. Por lo anterior, es necesario hacer una ponderación entre la seguridad del proceso y la libertad del procesado, como se verá detalladamente a lo largo del escrito. Es así como está en cabeza del juez realizar dicho examen o análisis.

Es así, como en principio, el ordenamiento jurídico colombiano, mediante sus causales de imposición de medida de aseguramiento, sí es compatible con el principio de presunción de inocencia, dado que busca el normal y efectivo desarrollo del proceso penal. No obstante, ello no ocurre con la causal de peligro para la comunidad, toda vez que no tiene fines procesales, si no materiales. Lo anterior quiere decir que dicha finalidad al buscar que la conducta investigada no se vuelva a cometer por parte del procesado, está dando a entender una responsabilidad penal anticipada a la sentencia, violando así la presunción de inocencia.

Adicionalmente a ello, a pesar de contar con un cuerpo normativo y jurisprudencial aparentemente acorde a dicho principio, lo cierto es que datos empíricos encontrados a través de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, u organizaciones como el Due Process of Law Foundation, demuestran que la prisión preventiva ha sido descarriada o desnaturalizada en la práctica por parte de fiscales

y jueces, por ejemplo, al ser usada como un medio de investigación o confesión, como se verá más adelante en el estudio empírico del presente escrito.

Por último y antes de las conclusiones, se hará una breve mención en cuanto a las normas que contemplan otras medidas de aseguramiento diferentes a la de reclusión en un centro penitenciario y un reporte estadístico de ello, con el fin de demostrar que si bien existen medidas alternativas, la mayoría no privativas de la libertad, éstas no son tan utilizadas como las medidas restrictivas de la libertad del procesado.

Es así como se pretende demostrar, que si bien el marco legislativo y jurisprudencial, tanto internacional, como nacional, es proteccionista de los derechos de los procesados, la realidad es que las prácticas de los funcionarios de la rama judicial, influenciada algunas veces por factores externos, está orientada a la solicitud y aplicación en gran cantidad de casos de medidas altamente invasivas de la libertad de las personas, sin perjuicio de tener unas estadísticas relativamente estables en cuanto al tópico, y una taza baja de aplicación en comparación con otros países de la región.

4. Metodología

Atendiendo tanto el objeto de investigación, la presente investigación tiene varios componentes:

En primer lugar es necesario determinar la naturaleza jurídica de la detención preventiva en el ordenamiento jurídico colombiano y para ello se ha de emplear el método analítico a efectos de realizar una descripción conceptual.

En segundo lugar y para el aspecto teórico se ha de aplicar un método lógico deductivo partiendo de las diversas teorías antes expuestas (sustantivistas y procesalistas) para delimitar el marco jurídico nacional. Así lo que se pretende es establecer una teoría aplicable a la fundamentación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en la Ley 906 de 2004 y su relación, bien se de compatibilidad o de rechazo, con el principio de presunción de inocencia.

De otro lado se empleará un método descriptivo en relación con las consideraciones realizadas por la jurisprudencia internacional, en especial el sistema interamericano de derechos humanos, a efectos de establecer los estándares allí consolidados en materia de detención preventiva.

A partir de los resultados obtenidos en estos pasos, se procederá mediante la comparación a establecer la coherencia o no de la medida de aseguramiento de detención preventiva con el principio de presunción de inocencia atendiendo las finalidades que la fundamentan.

Capítulo I

Principios y Derechos Constitucionales Relacionados con las Medidas de Aseguramiento

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Hoy en día se ha hecho innegable el proceso de constitucionalización del Derecho. A partir de la Carta de 1991 y del cambio de paradigma que ella implicó para nuestras instituciones jurídicas, cada vez se han hecho más visibles en los estrados judiciales las normas constitucionales. El carácter normativo de la Constitución, y su principio de supremacía han conducido de manera gradual a que cada una de las ramas del derecho encuentre sustento en el texto constitucional.

Por "constitucionalización" del derecho podemos entender "un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales" (Guastini, 2001). Ahora bien, como consecuencia de este proceso, no solamente las normas de las diferentes ramas del derecho encuentran un sustento, si no que las decisiones emitidas por los organismos jurisdiccionales también deben respetar y ser coherentes con la Carta política.

Es precisamente la "constitucionalización" del ordenamiento jurídico, de la cual no escapa el procedimiento penal, lo que hace necesario iniciar el desarrollo del presente trabajo abordando precisamente los diversos principios constitucionales y derechos fundamentales que entran en juego y muchas veces en conflicto a la hora de abordar el tema de las medidas de aseguramiento.

Y son en efecto múltiples las normas constitucionales (entendiendo con ello el bloque de constitucionalidad) que deben ser tenidas en cuenta a la hora de iniciar el análisis de la cuestión planteada. De un lado se tiene que atender la Libertad como principio constitucional así como en su dimensión de derecho fundamental, y a ello se dedica el siguiente apartado.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Libertad, Principio y Derecho Fundamental.

El preámbulo de la Constitución Política del 91 consagra como finalidades del Estado asegurar a todas las personas la libertad, así mismo, el artículo 2° indica que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades. Además, múltiples artículos del Capítulo I del Título 2° (sobra señalar referente a los derechos fundamentales) garantizan la Libertad: el artículo 13 consagra que: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, (…)"; el artículo 18 consagra la libertad de conciencia; el 19 la libertad de cultos; el 20 la libertad de expresión; el 27 la libertad de enseñanza; el 28 la libertad personal; el 30 el derecho-acción de habeas corpus, entre otros.

En efecto, al hablar de libertad, la palabra asume diversas concepciones, de hecho sería mucho mejor señalar que la constitución garantiza múltiples libertades fundamentales, siendo una de ellas la libertad personal.

Pero en últimas ¿Qué podemos entender por libertad? Charles Fried (2009) en su trabajo titulado "La libertad moderna y los límites del gobierno" señala que la libertad es "la individualidad hecha norma" (p. 19), es la capacidad de cada persona de elegir individualmente lo que considera correcto. Según señala Fried:

> (…) Quien tiene en cuenta mi individualidad y me obliga a torcer mi voluntad según la suya, ese es quien viola mi libertad. Su plan depende del hecho de que yo tengo planes, y él me obliga a que sus planes sean parte de mis planes. Yo soy un medio para sus fines; es decir yo, visto como conciencia independiente, responsable. (2009, p. 19)

Esta visión de la libertad desde la perspectiva individual, la libertad de cada uno de decidir y actuar conforme su propio criterio es la misma que Berlín define como Libertad Negativa:

> Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este sentido la libertad política es, simplemente, el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran; y si, a consecuencia de lo que me hagan otros hombres, este ámbito de mi actividad se contrae hasta un cierto límite mínimo, puede decirse que estoy coaccionado o, quizá, oprimido. (1958, p. 208)

Esta libertad hace referencia a decidir y actuar conforme mi propia voluntad, es la base del auto gobierno. Berlín en su celebrada conferencia dictada en 1958 plantea igualmente la libertad en sentido positivo:

> El sentido "positivo" de la palabra "libertad" se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto no objeto, ser movido por razones y por propósito ser conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir, concebir fines y medios propios y realizarlos.

> Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando digo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. (1958, p. 217)

La libertad es la facultad moral que distingue al ser humano de las demás especies vivientes y consiste en la capacidad de elegir, mediante el uso de la razón, entre diversos medios y fines, para crear así los estilos de vida o cursos de acción, relaciones intersubjetivas y las estructuras sociales que constituyen las culturas y la historia (Valencia, 2003, pp. 278-279). La libertad individual se puede contraer a la facultad que tiene toda persona de regular sus actos por si misma dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas, de auto gobernarse sin la limitación o la imposición de otros, es la facultad de definir el sentido de la vida propia. Esta consideración alrededor de la libertad es traída por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> La libertad, como principio y derecho humano, que le reconoce al hombre el poder de auto determinarse, comprende en su núcleo esencial tanto "la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios", como "la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente. (Sentencia C-634, 2000)

Desde esta perspectiva, la libertad se torna en núcleo esencial de la dignidad humana, Kant (2007) enseña que "La autonomía es, pues el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional" (p. 54) así el imperativo práctico de Kant del que se deriva su concepto de dignidad humana establece: "obra de tal modo que uses la

humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio" (p. 49). La Corte Constitucional ha acogido este postulado al señalar que:

(…) El concepto de dignidad humana únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la "libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle" y de "la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad. (Sentencia T-227, 2003)

El papel protagónico que tiene la libertad como principio y derecho es reiterado por la Corte Constitucional al establecer la naturaleza del concepto de dignidad humana:

> Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien).Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (Sentencia T-881, 2002)

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La libertad se concreta, así como un principio de raigambre constitucional y como un derecho fundamental que implica lo que ya hemos dicho antes: la facultad de toda persona de regular sus actos por si misma dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas sin la indebida injerencia de otros ni siquiera del poder del Estado, sobre este doble carácter de principio y de derecho fundamental ha reiterado la Corte:

> Del preámbulo y de otros preceptos constitucionales se deriva la consagración de la libertad como un principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción a la libertad individual. (Sentencia C-163, 2008)

En este sentido, la idea de Libertad en el ordenamiento jurídico colombiano y en general en todo Estado que se predique constitucional, democrático y de derecho tiene una connotación de especial relevancia tanto desde la perspectiva negativa, como de la perspectiva positiva (Berlín, 1958). Como principio constitucional la libertad entraña la obligación del Estado tanto de permitir, como de garantizar que todo ciudadano desarrolle su proyecto de vida conforme sus propias decisiones y sin más limitaciones que las que fije el mismo ordenamiento jurídico. Siguiendo a Robert Alexy (2007), las normas que regulan derechos fundamentales según su estructura puede ser principios o reglas (p. 63), siendo los principios “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p. 67), los principios son entonces “mandatos de optimización”. Por el contrario, las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (Alexy, 2007, p. 68).

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Al leer el postulado constitucional contenido en el artículo 28 de la Carta política se puede observar claramente la doble dimensión de la Libertad primero como principio “toda persona es libre” y luego como regla:

> Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (…) La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. (…) En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Los principios constitucionales “serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa” (Sentencia C-1287, 2001). En este sentido, y teniendo en cuenta la anterior regla, el principio constitucional de la Libertad se encuentra íntimamente ligado con el principio de Legalidad consagrado por el artículo 6° de la Carta política, dada la imperante existencia de una regla previa a la restricción de la Libertad, y tiene como antecedente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que consagra en su artículo 5°:

> La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena".

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Montesquieu señalaba en su clásica obra el Espíritu de las Leyes que:

> Es verdad que en las democracias el pueblo parece hacer lo que quiere, pero la libertad política no consiste en hacer lo que se quiere. En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer.
>
> Es necesario penetrarse bien de qué sea la independencia y qué sea la libertad. La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano puede hacer lo que prohíben no será libre, porque todos los demás tendrán ese mismo poder. (2003, p. 117)

El artículo 28 de la Constitución Política establece el Derecho a la Libertad Personal, en su doble connotación de principio y de regla de derecho fundamental. Al referir la norma en comento que "toda persona es libre", se establece la "cláusula general de libertad, principio en virtud al cual el Estado debe permitir a todas las personas el mayor ámbito posible de libertad dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes y a su vez protegerla de toda vulneración proveniente de otros.

La Corte Constitucional en efecto ha aceptado que "en una democracia constitucional impera una cláusula general de libertad" como una "clara opción política que traduce una visión del hombre y del ámbito de interferencia que recíprocamente se le reconoce al Estado" (Sentencia C-252, 2003). Para la Corte, la libertad personal comprende

> (…) La posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni

> entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente. (Sentencia C-634, 2000)

A su vez, la constituye como "un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento "primario" del ser humano para vivir en sociedad. Por esta razón, el constituyente no sólo otorgó a la libertad el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que aunque se derivan de ella se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción. Dentro de estos se encuentran los derechos a ser informado sobre los motivos de la detención, a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y a ser detenido en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente (artículos 28 y 29 de la Constitución) (Sentencia C-176, 2007).

Cabe resaltar que además de un principio, el preámbulo de la Constitución reconoce en la Libertad un valor fundante del Estado Colombiano. Así, en sentencia C-879 de 2011, la Corte alude al triple carácter constitucional de la libertad, esto es como valor superior del ordenamiento jurídico: "en esta proclamación [Preámbulo de la Constitución] se ha visto el reconocimiento de una directriz orientadora en el sentido que la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria"; principio rector y derecho fundamental (Sentencia C-879, 2011).

De otro lado, como derecho fundamental, la libertad, en su marco general, se categoriza inicialmente como un derecho de defensa, esto es, que tiene por principal objeto preservar

de la intervención estatal una serie de posiciones, situaciones y actuaciones consideradas de primordial importancia o especialmente vulnerables. Desde las Revoluciones Liberales del Siglo XVIII la pretensión fue precisamente proteger a la persona de la ilegitima injerencia estatal dentro de su ámbito vital, y permitir que cada individuo dirija su vida conforme a sus propias decisiones y expectativas. Ello no quiere decir que la Libertad como derecho fundamental tenga un carácter absoluto, por el contrario admite limitaciones legitimas por parte del poder público que se justifican en la necesaria protección de otros valores, principio y derechos constitucionalmente igualmente protegidos, a este respecto señaló la Corte Constitucional "(…) De ello se desprende que el derecho a la libertad, si bien ocupa junto con el derecho a la vida un lugar de privilegio en el orden de los principios y garantías individuales, no tiene un carácter absoluto e ilimitado. (…)" (Sentencia C-578, 1995).

En complemento la Corte recuerda que:

> Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. (Sentencia C-578, 1995)

Por eso, el mismo artículo 28 superior, al definir el ámbito de protección y amparo del derecho a la libertad, establece los fundamentos jurídicos que dan lugar a su restricción material disponiendo que:

> (…) Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado", salvo que se cumplan los siguientes presupuestos: 1) que exista mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que la orden se expida con observancia de las formalidades legales y 3) que los motivos o causas que determinan la limitación del derecho se encuentren previamente definidos en la ley. El alcance de este dispositivo se armoniza con lo dispuesto en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, que si bien propugnan por la protección del derecho a la libertad, admiten que se le fijen ciertos límites que permitan el adecuado cumplimiento de los fines sociales de los Estados. (Sentencia C-634, 2000)

Entendiendo entonces que en determinados eventos y bajo supuestos pre establecido en la ley, la libertad, en su esfera de libertad personal, puede ser limitada, se entiende que la principal esfera de protección recaiga sobre las condiciones fácticas y jurídicas que permiten la aprehensión del individuo. De esta forma, no es gratuito que las consagraciones normativas tanto en el artículo 28 de la Constitución Política, como en los diversos instrumentos internacionales, al consagrar el derecho a la libertad, lo definan desde la perspectiva negativa, es decir como garantía de no injerencia indebida por parte del poder público. Así la Corte Constitucional en Sentencia C-024 de 1994 definió la libertad personal como "la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona".

En este sentido es claro como el artículo 28 constitucional estructura verdaderas reglas constitucionales "encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental" (Sentencia C-163, 2008). Así, de acuerdo con ese precepto:

> (…) Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) 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, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (…). (Sentencia C-024, 1994)

Con ello, se fijan límites precisos sobre los motivos y condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Lo anterior sin olvidar que la intervención judicial opera "tanto en el momento de disposición a través de una orden motivada, como en el momento del control de legalidad de una efectiva privación de la libertad", con lo cual el juez se convierte en el más cierto garante de la libertad. Una condición que "se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones (…)" (Sentencia C-239, 2012).

Desde esta perspectiva se encuentra en primer lugar el principio de estricta reserva judicial que orienta la privación de la Libertad: "Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente". En sentencia C-1001 de 2005 la Corte Constitucional aclara que el marco de protección que la Constitución de 1991 otorga a la Libertad Personal es mucho más preciso que la dada en la Constitución de 1986,

ya que esta establecía la privación de la libertad no podía proceder "sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente" mientras que el actual artículo 28 superior restringe aún más al establecer "autoridad judicial competente".

> En materia del derecho a la libertad personal, el constituyente ha estructurado una serie de garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, para que una persona pueda ser reducido a prisión, arresto o detención (CP art. 28). En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad. (Sentencia T-490, 1992)

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos establece en su principio 4° que:

> Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad. (1988)

La reserva judicial que establece el artículo 28 de la Carta se ha reforzado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 donde por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la orden de captura, deberá ser decretada solamente por el juez con función de control de garantías.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Según lo anterior, el principio de reserva judicial en materia de privación de la libertad se concreta en dos momentos, uno: por regla general (la excepción sería la captura en flagrancia y la captura excepcional por orden de la Fiscalía), la captura solamente obedece a la existencia previa de la orden dada por el Juez de Control de Garantías (Sentencia C-1001, 2005) y dos: en todo caso el aprehendido deberá ser puesto a disposición de esa misma autoridad judicial para que en el término de 36 horas se resuelva sobre la legalidad del procedimiento de aprehensión (Sentencia C-163, 2008).

Así mismo, como garantía a favor de la libertad personal se consagra el principio de reserva legal. En Sentencia C-327 de 1997 la Corte lo señaló en los siguientes términos:

> Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal.

En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro de la denominada libertad de configuración que le permite traducir en normas legales sus decisiones, adoptadas como respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política.

Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los

contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona "se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable" y que quien sea sindicado tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas".

Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo (Sentencia C-327, 1997).

En este mismo sentido, la Sentencia C-1024 de 2002 indica:

> Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina, ni pena sin ley que la determine, ni medidas cautelares no autorizadas por el legislador; además, que la orden de privación de libertad sea dada por escrito y por una autoridad judicial competente, son factores que brindan garantías a las personas, pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de reserva legal se encuentra igualmente establecido en los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 11.2 que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

A su turno, el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sostiene que: "Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes". Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en el artículo 9.1 que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". Finalmente, el artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo porción las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

Si bien la generalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no reconoce el principio de reserva jurisdiccional, sino de autoridad competente, todos resaltan el principio de reserva legal. Conforme a ello, la Comisión Interamericana de Derechos humanos estableció que "Toda privación legal de la libertad debe provenir de una autoridad competente y ser ejecutada por ella, y debe efectuarse conforme a los requisitos sustanciales y procesales de la legislación interna y de la Convención Americana" (Informe No. 11/98, 1998).

Así, tanto la doctrina nacional como la internacional resaltan la garantía del principio de reserva legal de cara a la protección de la libertad. Al respecto, Suarez (2001) refiere:

> La concepción de la libertad como derecho subjetivo que corresponde a todos y del que sólo puede ser despojado el hombre en casos muy expresos, previamente determinados por la ley, es una noción contemporánea, que aparece con el nacimiento del Estado liberal. Por tanto, la noción de libertad como un bien jurídico, cuya privación debe estar jurídicamente regulada, lo mismo que los recursos contra su privación arbitraria, es, así mismo, una idea moderna que se produce con el desarrollo del constitucionalismo y la implantación del Estado de derecho, pues en la base de éste se encuentra la idea de que la libertad es un derecho de todo hombre, del cual no puede ser privado sino en determinadas condiciones.
>
> De acuerdo con el principio de legalidad, la privación de la libertad sólo procede en supuestos previamente determinados, porque la regla general es que las personas no pueden ser privadas de la libertad y que tal privación exige una causa precisa; de manera que para que alguien sea privado de su libertad en forma lícita es necesario que haya ejecutado un hecho previamente tipificado en una norma jurídica, que justifique la privación, sin que baste cualquier norma, pues es preciso que sea una ley que exprese la voluntad soberana, porque desde el momento en que la libertad individual es tenida en cuenta por la sociedad como un principio básico de la organización de su convivencia sólo el pueblo, de manera directa o a través de sus representantes legítimos ante el Congreso o Parlamento, según el caso, puede fijar las situaciones que autoricen la limitación de ese principio básico. (p. 106)

Lo anterior permite concluir lo siguiente: primero, que la libertad desde su concepción negativa y positiva es la facultad que tiene toda persona de regular sus actos por si misma dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas, de auto gobernarse sin la limitación o la imposición de otros; segundo, que este concepto de libertad se encuentra íntimamente ligado a la dignidad humana; tercero que la libertad tiene en la Constitución Política la triple dimensión de valor, principio y de derecho fundamental; cuarto que la libertad en su dimensión de derecho fundamental es un derecho de defensa y que como regla constitucional el artículo 28 establece las garantías a su favor resaltando los principios de reserva legal y reserva jurisdiccional.

Con lo anterior y no obstante la relevancia que en el marco jurídico nacional ostenta la libertad como valor, principio y derecho fundamental, es claro que no es un derecho absoluto, como la generalidad de los derechos, la libertad personal admite limitaciones. Siguiendo a Alexy (2007) "Es común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios" (p. 69). Por ello y ante la inevitable colisión que se presenta entre principio y entre derecho, se hace necesario armonizar unos y otros.

Así la Corte Constitucional ha indicado que:

> Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente

> esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. (Sentencia C-578, 1995)

Lo anterior no implica la desaparición del derecho cuya relativización se hace necesaria (Sentencia C-355, 1994).

En relación con el derecho a la libertad personal, la Corte Constitucional señaló que este "no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado" (Sentencia C-774, 2001), estableciéndose sí una serie de garantías como las que antes se han señalado.

Entendiendo la libertad como la capacidad o facultad que tiene toda persona de regular sus actos por si misma dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas, de auto gobernarse sin la limitación o la imposición de otros, la primera limitación que se da a esta facultad tiene su momento en el ejercicio por parte del Estado del iuspuniendi. Al respecto señala el maestro Zaffaroni (2002) que:

> Es casi unánime la delimitación contemporánea del horizonte de proyección del derecho penal, centrado en la explicación de complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal, que es el poder punitivo, caracterizada por sanciones diferentes a las de otras ramas del saber jurídico: las penas. (p. 3)

A su turno, Ferrajoli (2005) considera que:

> El derecho penal, se ha dicho, es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación. Esta técnica, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que

> la informa, se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados como tales. (…) La primera restricción consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados o delictivos, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. Así, el Estado a través del ejercicio del iuspuniendi, entendido como la potestad que tiene el Estado de establecer determinadas conductas como prohibidas e imponer penas a aquellos que las cometan, limita el marco general de libertad de toda persona sujeta a su jurisdicción. (p. 209)

Es este sentido, y siguiendo a Ferrajoli la primera restricción a la libertad personal se da en el momento del sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales –entiéndase la medida de aseguramiento o detención preventiva- y la segunda consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones (2005). Así, el interés superior de la sociedad frente a la persecución de las actividades señaladas como delictivas conduce a la privación de la libertad principalmente como sanción derivada de una sentencia condenatoria una vez se ve desvirtuado más allá de toda duda razonable el principio de presunción de inocencia e igualmente, la limitación de la libertad es dable antes del proferimiento de sentencia condenatoria y en virtud a la imposición de una medida de aseguramiento –lo que es objeto del presente trabajo-.

Es así como se concluye hasta el momento, que si bien el derecho de la libertad personal guarda gran relación con la dignidad humana, éste no es absoluto. Por ésta razón, está en cabeza del aparato estatal una discrecionalidad tanto legislativa como judicial, con el fin de

dar una limitación al mencionado derecho, dentro de unas garantías y principios mínimos-como el de legalidad- y así, que la convivencia social sea posible.

2. El Derecho al Debido Proceso

El artículo 29 de la Constitución consagra no un derecho, sino una pluralidad de garantías de raigambre constitucional tales como el principio de legalidad, juez natural, el principio de favorabilidad penal, la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, el derecho de defensa y contradicción, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas, el derecho a la doble instancia, el derecho al *non bis in idem*, entre otras. Se debe señalar que el catálogo recogido por el artículo 29 superior no limita las garantías procesales. Por esta razón, la Corte Constitucional ha entendido que:

> (…) La enumeración allí contenida no puede ser una camisa de fuerza, sino que se trata de las llamadas Normas Abiertas. Entonces, la discrecionalidad del juez (característica de la escuela antiformalista del realismo jurídico norteamericano) permite que la cláusula abierta sea un instrumento fundamental para lograr la finalidad constitucional del debido proceso. (Sentencia T-280, 1998)

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Estas mismas garantías son recogidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual dispone en su artículo 8 lo siguiente:

(…) 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

A su vez el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal,

cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Se torna relevante traer a colación instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en cuanto a la consagración del derecho al debido proceso toda vez que de conformidad con el artículo 92 de la Constitución Política son normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto gozan de prevalencia dentro del

ordenamiento jurídico interno. A su vez, se interpretarán los derechos constitucionales a la luz de dichos instrumentos internacionales, ratificados por el Estado colombiano. A este respecto, la Corte Constitucional, teniendo en cuenta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, señaló que:

> De la opinión consultiva transcrita en sus apartes pertinentes se desprende que las garantías judiciales no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 (habeas corpus) y 25.1 (amparo), consideradas dentro del marco de los principios del artículo 8° de la misma Convención, el cual consagra, según la Corte Interamericana, el debido proceso legal que no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia durante los estados de excepción.
>
> Es decir que el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8° de la Convención, al no poder ser suspendido durante los estados de excepción y al tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado ratificado por Colombia, hace parte del bloque de constitucionalidad y debe ser tomado en cuenta por esta Corporación para el análisis de constitucionalidad de las disposiciones demandadas. (Sentencia C-200, 2002)

Por su parte, el artículo 29 de la Constitución consagra una verdadera regla de derecho fundamental que es exigible de manera directa e inmediata y cuyo desconocimiento entraña una efectiva vulneración al núcleo esencial del derecho al debido proceso. Así el debido proceso ha sido conceptualizado por la Corte Constitucional como:

(…) La garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales. (Sentencia T-1263, 2001).

En complementación de lo anterior, recientemente la Corte Constitucional en sentencia del año 2016, ha establecido el catálogo de derechos que se concentran en el debido proceso, de la siguiente manera:

(…) La Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende: "a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena

> fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas." (Sentencia T-051/2016).

En el marco del presente trabajo la consideración alrededor del debido proceso se torna de la mayor relevancia, ello bajo el entendido de que el "El derecho a la libertad personal está estrechamente vinculado al debido proceso, puesto que las investigaciones y procesos de carácter penal constituyen la forma más utilizada de privación de la libertad" (O´Donell, 2004, p. 278). En otras palabras, el grado de vinculación se debe a que la forma en la que el derecho a la libertad personal puede ser limitado es la sanción penal, y dicha sanción penal debe ser producto de un proceso dotado de todas las garantías, es decir, un debido proceso.

Ahora bien, atendiendo la complejidad que entraña el análisis de este derecho, se hace necesario limitar el objeto de estudio a aquellas garantías que guardan mayor relación con las medidas de aseguramiento. Así, entre las principales que se encuentran contempladas por el artículo 29 superior y que son relevantes para la presente investigación es encuentran: el principio de legalidad y favorabilidad penal, el principio de juez natural, el principio de

presunción de inocencia, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas y el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

2.1. Principio de Legalidad y Favorabilidad Penal.

Al momento de estudiar lo concerniente al valor del principio y derecho fundamental que es la libertad se trajo a colación el principio de legalidad. Ahora en lo que refiere al derecho al debido proceso, dicho principio se concreta bajo la cláusula "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". A este respecto, en Sentencia C-181/2016 la Corte Constitucional refirió:

"La tipicidad tiene una innegable trascendencia constitucional y es una expresión de la irrigación de los contenidos de la Carta sobre el ordenamiento penal, pues constituye uno de los pilares del principio de legalidad, lo que genera una relación amplia y dinámica con el derecho fundamental al debido proceso (…).

Así, la tipicidad como principio se manifiesta en la "(…) *exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras*" (…)

Este Tribunal desarrolló el contenido de dicho principio e identificó los siguientes elementos: i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material

lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción". (Sentencia C-181, 2016)

Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Y como ya se dijo anteriormente, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. Así las cosas, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

Así mismo, la sentencia C-456 de 2006 señaló respecto a la íntima relación entre el principio de legalidad y el derecho a la libertad personal lo siguiente:

> Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un

juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal. (Sentencia C-456, 2006).

Adicional a ello, la Sentencia C-1056 de 2004 la Corte indicó que:

El principio de legalidad se convierte así en una garantía para la libertad individual, pues ésta sólo podrá ser afectada por los motivos previamente definidos en la ley, y conforme a un procedimiento también previamente señalado en ella, tarea ésta del legislador que además se encuentra limitada y puede ser objeto de control por parte del juez constitucional, pues ha de desarrollarse bajo el respeto de los postulados y preceptos superiores y específicamente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia C-1056, 2004)

Consonante con lo señalado por la Corte Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó en la Sentencia del caso Castillo Petruzzi en relación con el principio de legalidad que este es:

(…) La piedra basal del Estado de Derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1. De la garantía criminal; 2. De la garantía penal; 3. De la garantía jurisdiccional; 4. De la ejecución penal; 5. De irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable; 6. De prohibición de la analogía; 7. De

> reserva de ley y de ley orgánica; 8. De la proporcionalidad o conmensurabilidad de la pena; 9. De prohibición de la creación judicial del derecho; 10. De la no indeterminación de la ley; 11. De la reforma peyorativa de la sentencia o reformatio in peius, etcétera. (Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, 1999)

La especial connotación de que se ve revestido el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal se concreta en la conocida formula *nullum crimen sine lege* que se constituye como garantía para el ciudadano respecto a que solo serán objeto de persecución penal los comportamientos previamente definidas por el legislador como punibles.

Para el profesor Ferrajoli la ”definición legislativa”, como elemento del modelo garantista y que corresponde a las garantías penales está dado por el “convencionalismo penal”, tal y como resulta del principio de “estricta legalidad”, principio que exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas; la desviación punible es la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena según la clásica formula nullapoena et nullum crimen sine lege. En su obra, Ferrajoli (2005) indica:

> La primera condición equivale al principio de reserva de ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino solo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena (…) La segunda condición comporta además el carácter absoluto de la reserva de ley

> penal, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley: sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva. De ahora en adelante denominaré a la reserva de ley «principio de mera legalidad», que, como quiera que se la formule, es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes; y usaré la expresión de «principio de estricta legalidad» para designar la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales. (p. 35)

En similar sentido respecto al principio de legalidad en materia penal, el profesor Fernández Carrasquillas (2007) señala que:

> Con todo, así como no hay ley que pueda crear Derecho penal por encima del valor eminente de la dignidad humana, tampoco hay juez que pueda crear delitos o penas -al margen de la ley penal- so pretexto de protegerla (incluso si la pretensión está filosóficamente bien fundada). En materia de creación y agravación de delitos, penas y responsabilidad criminal el juez no puede acudir a ninguna fuente material por encima de la ley incriminadora y justo por esto rige en el Derecho penal el más severo principio de la estricta legalidad. Puede y debe, en cambio, como juez de un Estado social y democrático de Derecho encargado de garantizar los derechos fundamentales en el proceso y la ejecución penales y dotado de competencia para aplicar la excepción de inconstitucionalidad (control difuso), restringir el poder punitivo que las leyes penales ponen a su disposición toda vez que éste contradiga abiertamente los principios

> materiales de valoración de la Constitución o los derechos humanos internacionales. (p. 101)

Si bien, la mayor relevancia del principio de legalidad en materia penal se encuentra en función legislativa en cuanto a la concreción de los tipos penales, en materia procedimental, es igualmente relevante el derecho que tiene cada inculpado de que su juzgamiento se realice de conformidad con las formas previamente definidas por la ley.

Ahora bien, como es sabido el derecho al debido proceso y por ende el principio de legalidad es aplicable y exigible a toda clase de actuaciones, no obstante, encuentra su mayor relevancia en la órbita penal. Así, en sentencia C-406 de 2004 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández se precisó que:

> (…) El principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador. (Sentencia C-406, 2004)

En el marco del proceso penal el artículo 6° de la Ley 906 de 2004 consagra de manera expresa el principio de legalidad y favorabilidad penal aplicable al procedimiento penal acusatorio. De conformidad con este principio “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas

propias de cada juicio". Se debe tener en consideración que la ley aplicable en cada caso es la vigente al momento de la comisión de la conducta punible, ello a contrario sensu de lo regulado por el modelo de la Ley 600 de 2000 que consagraba que "nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal.

Ahora bien, las normas estrictamente procesales son de aplicación inmediata de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 el cual consagra la regla general de la aplicación inmediata y hacia el futuro de la ley procesal. La Corte explica esta situación en los siguientes términos:

> (…) Lo que se explica en razón de que el proceso, al ser una progresión de actos procesales concatenados, no se erige en sí mismo como una situación consolidada sino como una secuencia jurídica que admite la aplicación de las nuevas disposiciones instrumentales tan pronto como éstas entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellas actuaciones que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua sean respetadas y queden en firme. (Sentencia C-633, 2012)

No obstante lo anterior, tratándose de normas procesales que deriven efectos sustanciales, huelga decir, afectación a derechos fundamentales, la aplicación del principio de favorabilidad debe ser irrestricta en los términos que señala el artículo 6° de la Ley 906 de 2004.

En este sentido, las normas que tienen relación con el régimen de libertad en el marco de proceso penal si bien son de naturaleza procesal, no excluyen necesariamente la aplicación el principio de favorabilidad, tal como lo dejó sentado la Corte Suprema de

Justicia en sentencia del 22 de julio de 2011, con ponencia de Alfredo Gómez Quintero, donde se señaló:

> Así, entonces, de cara a algunos contenidos de las nuevas normas y en particular de la Ley 1453/11, puede precisarse que la favorabilidad resulta de obligatoria aplicación – entre otros- en casos como la regulación de las causales de libertad, y más concretamente la 5 del art 317 de la Ley 906/04, modificado por el art 30 de la Ley 1142/07 y éste a su vez por el art 61 de la Ley 1453/11, bajo análisis, si en cuenta se tiene que esta última legislación introdujo ingredientes que aunque cronológicos (por lo cual comportan naturaleza procesal) no hay duda que proyectan efectos sustanciales, en la medida en que reclaman estrecha relación con la garantía fundamental de la libertad. (Radicado 36.926, 2011)

Se hace necesaria la introducción de estas precisiones en atención al constante cambio legislativo que ha vendido sucediendo desde la adopción del modelo acusatorio a través del Acto Legislativo 03 de 2002 y la subsiguiente Ley 906 de 2004 que han introducido cambio estructurales en relación con la aplicación de medidas aflictivas al derecho a la liberta personal en el marco del proceso penal huelga decir entre otras la imposición de medidas de aseguramiento, tales como la Ley 1142 de 2007, la Ley 1453 de 2011 y Ley 1474 de 2011.

Con lo anterior y a manera de conclusión preliminar tenemos: primero, que parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso lo constituye el principio de legalidad y favorabilidad penal; segundo, que las normas relacionadas con la medida de aseguramiento,

son normas procesales con efectos sustanciales, con lo que es de aplicación el principio de favorabilidad penal teniendo en cuenta el momento de la comisión de la conducta punible.

2.2. Principio de Juez Natural.

El artículo 29 de la Constitución política consagra el derecho a ser juzgado "ante juez o tribunal competente", derecho que es recogido igualmente por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 8° de la Convención americana de Derechos Humanos. En este sentido señala O´Donell (2004, p. 374) que el "requisito de los tribunales que conocen de un caso sean competentes es una de las normas internacionales cuyo contenido se define esencialmente por referencia al derecho interno". Bajo el principio de legalidad, es al legislador a quien le corresponde al momento de determinar los procedimientos judiciales, determinar la competencia en cabeza de cada juez.

Así, el principio o derecho al juez natural guarda íntima relación con el principio de legalidad, toda vez que la definición de cuál juez es el competente para conocer la actuación debe estar establecida, por lo menos en el ámbito procedimental penal, de manera anticipada en la Ley. Así lo señala el ya referido artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente (…) establecido con anterioridad por la ley ". En esta misma línea el maestro Ferrajoli (2005) afirma que:

> La garantía del «juez natural» indica esta normalidad, del régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiendo por competencia «la medida de la jurisdicción» de que cada juez es titular. Significa, precisamente, tres cosas

> distintas, aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido post-factum; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales. (…). Mientras la preconstitución legal del juez y la inalterabilidad de las competencias son garantías de imparcialidad, al estar dirigidas a impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez, la prohibición de jueces especiales y extraordinarios es, sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos. (pp. 589-590)

En referencia a lo que constituye en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al juez natural, cabe traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia T-386 de 2002:

> "El principio del juez natural es, en efecto, un elemento constitutivo del derecho al debido proceso. Es la garantía constitucional del justiciable consistente en que la autoridad a la que se somete la controversia jurídica debe estar revestida de la competencia para conocer dicho asunto, con fundamento en la Constitución o la ley. El desconocimiento del juez natural constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan. Por esta razón, la Corte ha sostenido que la ausencia de juez competente no es una simple irregularidad sino de un error que afecta la legalidad del proceso". (Sentencia T-386, 2002)

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de juez natural es recogido de manera expresa por la normativa procedimental penal en el artículo 19 que establece que "nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad hoc o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria".

En lo que nos ocupa cabe señalar que de conformidad con lo que dispone el artículo 250 de la Constitución Política en consonancia con el artículo 306 del ordenamiento adjetivo corresponde al Juez de Control de Garantías por petición de la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado el imponer las medidas de aseguramiento definidas en el artículo 307 ibídem, ello teniendo sin perjuicio que en los procesos contra los aforados constitucionales del numeral 4 del artículo 235 de la Constitución cuyos procesos son conocidos en única instancia por la Corte Suprema de Justicia la función de control de garantías y la consecuente competencia en materia de medidas de aseguramiento es ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

De lo anterior se deducen dos consecuencias, la primera, que es el Juez de Control de garantías quien se encuentra facultado para la imposición de la medida de aseguramiento y la segunda, que ésta solamente es dable en virtud de la solicitad que eleva la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado. Siendo ello así ninguno de los dos funcionarios puede invadir la competencia que la Constitución y la ley radica en el otro, es decir, ni el fiscal puede imponer medidas de aseguramiento ni el juez con función de control de garantías puede hacerlo de manera oficiosa, lo que no quiere decir que en aplicación del principio de proporcionalidad y estricta necesidad el juez o jueza no pueda variar la medida deprecada por el ente acusador a efectos de degradarla. En este sentido, en caso de evidenciar por ejemplo que una medida de aseguramiento de detención preventiva en el

lugar de residencia es suficiente para cumplir las finalidades perseguidas por la medida de aseguramiento, esta es la imponible aun cuando la fiscalía hubiere solicitado una detención intra-mural.

Es así como podemos observar, que el principio de juez natural se articula de manera tajante con el principio al debido proceso y de igual manera con el principio de legalidad, toda vez que es el legislador, bajo sus prerrogativas normativas y su reserva legal, que determina de manera previa los funcionarios judiciales competentes para emitir decisiones que eventualmente sean limitantes al derecho de libertad personal.

2.3. Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable se encuentra contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política al consagrar que toda persona tiene el derecho a un debido proceso público y sin dilaciones injustificadas. Así mismo, se encuentra previsto por el artículo 9.3 y por el literal c del artículo 14.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y por los artículos 8.1 y 9.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, como parte esencial integrante del debido proceso guarda una intrínseca relación con el derecho al acceso a la administración de justicia y a contar con un recurso sea eficiente y eficaz ante la administración de justicia que ampare a la persona contra las vulneraciones a derechos fundamentales. El que un recurso se eficiente y eficaz implica que éste sea resuelto por la autoridad judicial de manera pronta so pena de convertirse en nugatorio. Tanto el artículo 25 del Convención Americana de Derechos Humanos, como el artículo 14 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagran el derecho a contar con un recurso efectivo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

> (…) Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. (Caso Castillo Páez Vs. Perú, 1997)

Así mismo en la sentencia el caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago la misma Corte consideró que "que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales (2002).

Como derecho subjetivo, el derecho al acceso a la administración de justicia es reconocido como tal por el artículo 229 de la carta e implica al menos tres obligaciones: primero, que el Estado debe asegurar la existencia de un recurso judicial y que éste sea eficiente frente a la vulneraciones y o amenazas contra sus derechos fundamentales; segundo, la obligación de la autoridad judicial de resolver de fondo todo recurso interpuesto y tercero, la obligación de las demás autoridades de cumplir dichas resoluciones. Al efecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

> Como se anotó anteriormente, el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia implica necesariamente que el juez resuelva en forma imparcial, efectiva y prudente las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento. Para lograr lo anterior, es requisito indispensable que el juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que define

> el legislador. Por ello, la Corte Constitucional ha calificado, como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el "derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos". Lo anterior, por lo demás, resulta especialmente aplicable para el caso de los procesos penales, pues, como la Corte señaló: "Ni el procesado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado profiera una sentencia condenatoria o absolutoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad. (Sentencia T-1085, 2006)

Sobre el plazo razonable, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

"Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los responsables. En ese sentido, la Corte ha considerado cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso" (Caso Gonzáles Medina y familiares vs República Dominicana, 2012).

Este criterio ha sido acogido por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-1154 de 2005:

"En este sentido, cabe señalar que en el Caso Firminech, la Comisión Interamericana de Derecho humanos consideró que la compatibilidad de una detención preventiva prolongada

con el artículo 7 de la Convención debe analizarse a la luz de tres factores, a saber: la duración de la detención, la naturaleza y gravedad de los hechos delictivos y las dificultades o problemas judiciales que afectaron la instrucción de la causa (Informe 17/89, 1989). En el proceso penal colombiano el artículo 8 literal k de la Ley 906 de 2004 establece el derecho que le asiste al procesado a ser juzgado sin dilaciones injustificadas lo que es consonante con el artículo 317 de la misma normatividad establece el carácter temporal que tiene la medida de aseguramiento de detención preventiva" (2005).

Adicionalmente, en sentencia C-496 del 2015, la Corte acogió de manera literal los criterios establecidos por el Sistema Interamericano de DDHH en los siguientes términos:

"El derecho a un plazo razonable, es decir a que el proceso se tramite sin dilaciones injustificadas, respecto de lo cual es necesario analizar tres (3) elementos: (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades nacionales. En relación con la conducta de las autoridades nacionales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "(L)a investigación que deben emprender los Estados debe ser realizada con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva. Esto implica que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable todas aquellas diligencias que sean necesarias con el fin de intentar obtener resultado." (2015)

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-622 de 2003 consideró que:

> (…) No es razonable, y no se ajusta a la Constitución, una norma que permita detener indefinidamente, y por muchos años, a una persona sindicada de la comisión de un

> delito, sin que contra ella se haya dictado sentencia condenatoria, y ni siquiera resolución acusatoria. (Sentencia C-622, 2003)

Una característica esencial de las medidas de aseguramiento es su carácter estrictamente temporal, que tal como se ha señalado, implica una garantía al derecho a ser juzgado en un plazo razonable y es por ello que se considera que no puede existir una legislación conforme con las garantías derivadas del debido proceso que admita una indefinida privación de la libertad sin que se hubiere proferido sentencia condenatoria. Igualmente, se debe tener como necesario que al interior del proceso penal existan disposiciones que permitan el restablecimiento de la libertad cuando la duración del proceso se ha dilatado a tal punto que una medida temporal tiende a hacerse definitiva y por ende a confundirse con una sanción penal anticipada y por lo mismo desconocedora del principio de presunción de inocencia.

En complementación de lo anterior, es importante resaltar la articulación dada por la Corte Constitucional en sentencia emitida en el año 2016, en donde se relacionan los principios de legalidad, proporcionalidad y temporalidad de la medida de aseguramiento, en el entendido de un plazo razonable:

> ""Por lo tanto, la indeterminación que es prohibida frente a las sanciones penales debe serlo ineludiblemente sobre las circunstancias que pueden dar lugar a una privación indefinida producto de una medida de aseguramiento…el establecimiento de límites temporales a la duración de la detención preventiva parte de los principios de legalidad y proporcionalidad que deben gobernar la medida. A partir del pensamiento liberal, en el que el poder del Estado debe estar controlado, el ius puniendi, como manifestación del mismo, no puede

> sustraerse a las restricciones constitucionales, una de los cuales es la duración del proceso penal y en particular de las medidas que resulten restrictivas de derechos". (Sentencia C-469 del 2016).

Por esta razón, es importante hacer mención en este punto la relevancia de la reserva judicial, dado que el legislador, como lo vimos en los anteriores párrafos, debe poner a disposición recursos y procedimientos que respeten los criterios del plazo razonable para así respetar los derechos y garantías de las personas. Ello mediante la creación de un cuerpo normativo, respetando siempre el principio de legalidad.

2.4. Principio *Pro Homine.*

El principio pro homine es un criterio de interpretación normativa de especial aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, tal como lo afirma Fiore (1927):

> (…) A causa de la necesaria imperfección de todas las cosas humanas, puede muy bien acontecer que resulte difícil adquirir idea exacta de la regla juris. Lo cual puede ser hijo de que en la disposición legislativa exista alguna imperfección procedente de defectos de expresión y forma, o de que, tocante al contenido de la misma, no se pueda decir con seguridad si el caso que se controvierte debe hallarse comprendido o excluido de la disposición misma. En semejante hipótesis, para bien aplicar la ley, corresponde al juez fijar y poner en evidencia el concepto preciso del legislador, adquiriendo idea clara, segura y completa de la disposición legislativa, mediante la interpretación misma. (p. 560)

Así siendo la interpretación normativa una de las principales si no la principal función que desempeña el juez, se ha hecho necesario establecer pautas o criterios para el desempeño de la función hermenéutica, y no dejar a la simple discrecionalidad judicial el sentido aplicable a las normas jurídicas. En este respecto, la doctrina señala que "interpretar las normas jurídicas significa desentrañar su verdadero sentido y alcance. La interpretación constituye una tarea técnica que tiende a investigar la inteligencia que debe darse en una norma, determinando su campo de aplicación" (Mouchet & Zorraqiuin Becu, 1987, p. 250).

Tratándose del derecho internacional la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados señala:

Interpretación de los tratados.

31. Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

En el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos consagra en su artículo 5° que:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

A su vez la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 29 indica:

Normas de interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estado;

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Según los criterios fijados por los instrumentos internacionales antes citados sus disposiciones interpretativas no pueden ser interpretadas de manera que implique menoscabo a los derechos allí protegidos. Es precisamente, como ya se indicó, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos donde se plasma la idea del principio pro homine como:

(…) Criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la

> interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. (Marcos, 2004)

En el marco jurídico nacional, la Corte Constitucional ha reconocido la aplicabilidad del principio *pro homine*, en este sentido ha señalado que:

> (…) Es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos conocida también como principio pro-homine, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana, como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones. (…) La Corte Constitucional en efecto ha hecho referencia a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con el entendimiento de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas. (Sentencia C-148, 2005)

Entendiendo entonces la aplicabilidad del principio pro homine como criterio de interpretación normativa que implica que se deba asumir la interpretación más favorable a la persona o la menos restrictiva frente a los derechos y garantías fundamentales, se debe señalar que en materia procedimental penal y en específico en el marco del régimen de

libertad consagrado por la Ley 906 de 2004 se debe atender el contenido del artículo 295 que señala:

> 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.

Así, las normas que autorizan la detención preventiva y en general las que regulan la libertad del procesado en el trámite de la actuación deben recibir por el operador judicial una interpretación favorable al procesado y a la garantía al derecho a la libertad. Siendo ello así, cuando se encuentre que una norma puede tener diversos sentidos en su aplicación y que ello implique resolver la situación en que el procesado afrontara el trámite procesal, debe el juez –en nuestro ordenamiento el Juez con función de control de garantías- aplicar la interpretación más favorable al procesado lo que implica una limitante a la restricción de la libertad, debiendo mantenerse la regla general cual es que el procesado afronte el proceso en libertad.

2.5. Derecho a la Presunción de Inocencia

El derecho a la presunción de inocencia constituye una de las características esenciales y de mayor relevancia del modelo procedimental penal de corte garantista y liberal que pregona tanto la Constitución de 1991 como el sistema penal acusatorio colombiano. En efecto el artículo 29 superior consagra dicho derecho al igual que lo hacen los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 indica que " toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". A su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

En el marco interamericano, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXVI, como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 8.1, aluden al principio señalando que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Así mismo, la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente establece la exigibilidad de un trato diferenciador entre los condenados y aquellas personas que encontrándose aun procesadas y por ende cobijado por la presunción de inocencia se encuentran sometidas a detención preventiva.

En nuestro ordenamiento adjetivo penal el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 establece la presunción de inocencia e *in dubio pro reo* como principio rector, el cual implica no solo el derecho a ser considerado inocente durante la actuación, sino a ser tratado como tal sin que nadie pueda ser tenido por culpable antes de que se profiera en su contra una sentencia condenatoria.

Para Ferrajoli (2005):

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

> Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad —al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación— postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena.
>
> (…) Si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias –la presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad y verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa «seguridad» específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica «defensa» que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo. (p.549)

Igualmente, Martínez (2006, p. 21) indica a este respecto, que el principio *in dubio pro reo*, parte del supuesto de que todos los hombres son buenos y actúan de buena fe. Por tanto, para sancionarlos es necesario que se les haya juzgado y encontrado responsables penalmente. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriada que declare la responsabilidad penal de una persona, ésta debe ser considerada y tratada como inocente. Esta presunción obliga al juez penal a dictar sentencia absolutoria si el fiscal no ha aportado la prueba suficiente que comprometa la responsabilidad penal del procesado. Es así como corresponde a la Fiscalía la carga de la prueba de la responsabilidad penal, la que nunca podrá invertirse. Por eso, toda duda razonable que se presente durante el trámite debe

resolverse en favor del reo y para dictarse sentencia condenatoria debe existir convencimiento de los hechos de la autoría y de la responsabilidad penal del procesado más allá de duda razonable.

En este sentido, el derecho a la presunción de inocencia trae consigo diversas implicaciones como son el ser tratado en dicha consideración, que la carga de la prueba corresponda al Estado y que en caso de duda se deba proferir decisión absolutoria. La Corte Constitucional ha señalado que de este "postulado cardinal de nuestro ordenamiento" (Sentencia C-689, 1996) surgen múltiples consecuencias tales como:

> Cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad (Sentencia C-205, 2003).

Para que en el caso concreto de una persona puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable que se configure y establezca con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio (Sentencia C-689, 1996); "Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie" (Sentencia C-689, 1996). En este sentido la Corte Constitucional precisa que:

> (…) Todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la

> presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución. (Sentencia C-205, 2003)

Estas implicaciones derivadas del principio de presunción de inocencia han sido consideradas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su observación General N° 13 donde señala lo siguiente:

> En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene derecho al beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso. (1984)

De lo anterior cabe resaltar el derecho que le asiste al procesado a ser considerado inocente y ser tratado en el transcurso de la actuación como tal. En este sentido, tanto la jurisprudencia del Sistema Universal de Derechos Humanos como la proferida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han resaltado el vínculo existente entre dicho principio y el carácter excepcional de la detención preventiva. Así en la sentencia de fondo del Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó 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. (1997)

En otra ocasión, la Corte Interamericana abordó la cuestión de la detención preventiva en cuanto al tratamiento del procesado considerando que el hecho de que el señor Luis Alberto Cantoral Benavides fuera exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante y señalado como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado constituía una violación al artículo 8.2 de la Convención Americana por desconocer el principio de presunción de inocencia (Caso Cantoral Benavides Vs. Perú , 2000).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso Martín de Mejía contra Perú considerando que:

> El principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su

> responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable. (Informe Nº 5/96, 1996)

Con lo anterior se evidencia como la imposición de medidas que privan de la libertad a una persona previo a que establezca su responsabilidad penal más allá de toda duda razonable entra en contradicción con el principio de presunción de inocencia y con el derecho que le asiste a todo procesado de ser tratado como inocente durante el trámite del procedimiento. No obstante, y como se verá a lo largo de la presente exposición, la detención preventiva puede ser coherente con los postulados descritos a lo largo del presente apartado, siempre y cuando cumpla con determinados presupuestos y se dé a efectos de garantizar otros valores, principios y derechos fundamentales frente a los cuales la libertad del procesado constituya un verdadero riesgo que hace necesaria su restricción.

Llegados a este punto, podemos concluir con el cuerpo normativo estudiado en los párrafos anteriores que respecto al ordenamiento jurídico interno del Estado colombiano la libertad entendida como "la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente" (Sentencia C-634, 2000) tiene un carácter bifronte. En primer lugar, es uno de los pilares de nuestra Constitución Nacional al ser uno de los principios que la rigen, por otro lado, es un derecho fundamental reglamentado. Sin embargo, como se pudo observar a lo largo del presente capítulo, la libertad personal no goza del carácter de absoluto, toda vez que puede ser limitado por la

comisión de conductas sancionadas por el derecho penal mediante una sentencia condenatoria, o bien, por la imposición de una medida de aseguramiento, la cual es el objeto de este escrito. Para llegar a lo anterior el Estado mediante sus instituciones debe velar por el principio del debido proceso, el cual debe estar presente en el procedimiento penal. Dicho principio se desintegró en el presente capítulo, y se pudo notar gracias al desarrollo jurisprudencial, que se compone de principios como el principio de legalidad, juez natural, juzgamiento dentro de un plazo razonable, principio *pro homine* y la presunción de inocencia, los cuales se articulan y guardan gran relación entre sí, y más importante aún, deben irradiar la actividad legislativa a la hora de hacer uso de su reserva legal para proferir leyes limitantes a la libertad y la actividad judicial a la hora de fallar en el marco de un proceso penal, con el fin de salvaguardar las garantías mínimas y los derechos de las personas tienen la calidad de procesados.

Capítulo II

Conceptualización y caracterización de las medidas de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Como derecho fundamental la libertad personal ha sido revestida en el ordenamiento procedimental penal colombiano de amplias garantías tendientes a proteger al ciudadano del ejercicio arbitrario del poder estatal, es así que se establecen los principios de reserva legal y reserva jurisdiccional que aplican por regla general a toda medida que afecte derechos de carácter fundamental en desarrollo tanto de la indagación como de la investigación y del juzgamiento.

En relación especifica al derecho a la libertad personal, ha señalado la Corte Constitucional, que:

> La Constitución Política establece una estricta reserva de ley, siendo entonces el legislador el llamado a establecer los casos y a fijar las condiciones que tornen viable el sometimiento de cualquier persona a prisión arresto, detención u otra forma de restricción a la libertad, tarea que redunda en beneficio del derecho en la medida en que los asociados cuentan con la definición de los eventos en los cuales resulta posible afectarlo (…).
>
> Al definir las causales de detención preventiva el legislador, actuando bajo el marco de la carta y en atención a la política criminal que adopte, utiliza los criterios que estima adecuados al logro de la finalidad de esa específica medida de aseguramiento (…). (Sentencia C-774, 2001)

En este sentido, el soporte jurídico del encarcelamiento preventivo se encuentra primero en el artículo 28 y en especial en el numeral 1° inciso 2° del artículo 250 de la Constitución, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002 que establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación solicitar ante el 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 de la comunidad y, en especial, de las víctimas.

Si bien el presente estudio se enmarca en nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal, es necesario ver como la institución jurídico procesal que es la medida aseguramiento de detención preventiva ha ido evolucionando a lo largo del tiempo.

1. Antecedentes Legales en Colombia

Como ya se indicó, no ha sido extraña a nuestros diversos sistemas de procedimiento penal la institución jurídica de la medida de aseguramiento, así desde el artículo 379 de la Ley 94 de 1938 se permite la privación de la libertad de manera preventiva durante el transcurso de la actuación. Allí se autorizaba proferir auto de detención cuando existiera declaración de testigo que ofreciera motivos serios de credibilidad o un indicio grave de que contra el que se dirigiera dicha medida, era autor o participe del hecho investigado.

En el Decreto 409 de 1971 se establece la procedencia de la resolución de situación jurídica del procesado con posterioridad a la indagatoria o a la declaratoria de reo ausente. El Decreto consagró como única medida la determinación preventiva la cual era procedente según el artículo 439 cuando el delito por el cual se procedía tenía señalada pena privativa de la libertad y existiera contra el procesado por lo menos una declaración de testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de su responsabilidad penal como autor o partícipe del hecho que investigado; así mismo se disponía que si la infracción tenía prevista pena de arresto y el procesado fuere merecedor del beneficio de excarcelación este disponía de cuatro días a partir de la notificación del auto de detención, para constituir

una caución y poder continuar en libertad. De acuerdo con el artículo 441 el auto de detención debía ser expedido por el funcionario competente y expresar: 1. El hecho que se investiga en el proceso; 2. Los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; 3. Su calificación legal y la pena establecida para él, y 4. Los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordenaba; además se estableció la procedencia de la detención para la integridad de los supuestos delictivos.

En el Decreto 181 de 1981 se introdujo por primera vez el término "medida de aseguramiento" en el ordenamiento procedimental penal colombiano, disponiéndose por el artículo 324 las medidas de conminación, caución y la privación de la libertad, e indicándose por el artículo 330 la procedencia de la privación de la libertad: 1. En todos los casos donde no fuera procedente la conminación o la caución. 2. En cualquiera de los casos donde aun siendo procedente la conminación o la caución apareciera demostrado en el expediente que el procesado hubiera sido condenado por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de la comisión del nuevo hecho punible, o durante ese mismo tiempo registrare tres o más sindicaciones por delitos de la naturaleza antes mencionada. 3. Cuando no se suscribiera el acta de conminación o no se prestará la caución y 4. Cuando declarado incurso en la multa no la pague o cuando hecha efectiva la caución no prestare una nueva.

En cuanto a los presupuestos para la imposición de medida de aseguramiento, el artículo 333 establecía que esta se decretaría después de que el presunto infractor hubiera sido vinculado como procesado, siempre y cuando en el expediente existiera prueba que permitiera inferir al funcionario, razonablemente, que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado. Se ha de tener en cuenta que la normativa contenida por el

Decreto 181 del 81 no entro nunca en vigencia por cuanto el acto legislativo 1° de 1979 en que se hallaba soportado fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 3 de noviembre de 1981. Así el artículo 1° de la Ley 2 de 1982 dispuso la derogatoria del Decreto 181 de 1981 y se adoptó como código de procedimiento penal el Decreto 409 de 1971 que se encontraba ya vigente.

Mediante Diario oficial 37.754 del 13 de enero de 1987 se publicó el Decreto 050 de 1987, último ordenamiento adjetivo penal proferido conforme a la constitución de 1886, y el cual definía como medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, siendo procedentes cuando contra el procesado existiera por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

La detención preventiva era procedente cumplido lo anterior en los siguientes casos: 1. Cuando el delito imputado al procesado tuviera prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años; 2. En los procesos por los delitos de: Cohecho propio (artículo 141); Cohecho Impropio (artículo 142); Enriquecimiento lícito (artículo 148); Prevaricato por acción (artículo 149); Receptación (artículo 117); Fuga de presos (artículo 178); Favorecimiento de la fuga (artículo 179); Fraude procesal (artículo 182); Incendio (artículo 189); Provocación de inundación o derrumbe artículo 191); Siniestro o daño de nave (artículo 193); Pánico (artículo 194); Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (artículo 197); Fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones (artículo 201); Falsificación de moneda nacional o extranjera (artículo 207); Tráfico de moneda falsificada (artículo 208); Emisiones ilegales (artículo 209); Acaparamiento artículo 229); Especulación (artículo 230); Pánico económico (artículo 232); Ilícita explotación comercial

(artículo 233) Privación ilegal de libertad (artículo 272); Constreñimiento para delinquir (artículo 277); Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (artículo 278); Tortura (artículo 279); Acceso carnal abusivo con menores de catorce años (artículo 303); Lesiones personales con deformidad (artículo 333); Lesiones personales con perturbación funcional (artículo 334); Lesiones personales con perturbación síquica (artículo 336); Hurto agravado (artículo 351), y los contemplados en el Decreto 2920 de 1982; 3 Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente, por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión, cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto; 4. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión y 5. Cuando el procesado, injustificadamente, no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendarla que hubiere prestado.

Es en esta normativa donde por primera vez se puede observar en cuanto a la procedencia objetiva de la medida de detención preventiva la consagración de supuestos delictivos concretos que por sí mismo harían procedente la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Con la Constitución de 1991 y el consecuente cambio de paradigma de un Estado liberal de derecho al modelo actual de Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, la institución de las medidas de aseguramiento tuvo un vuelco, que si bien no se da desde la legislación, si lo introduce el control de constitucionalidad ejercido por la Corte

Constitucional en virtud a los principios por todos conocidos de supremacía constitucional y carácter normativo de la Constitución.

El primer codificado procedimental penal dado en vigencia de la Constitución de 1991 lo fue el Decreto 2700 de 1991 el cual en lo concerniente a la detención preventiva establecía en el artículo 388 como medidas de aseguramiento las siguientes: la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, estableciéndose como requisito sustantivo que contra del procesado existiese por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. Por otro lado, los delitos cuya competencia recayera en los jueces regionales, sólo procedía como medida de aseguramiento la de detención preventiva. Igualmente, se estableció la procedencia de dicha medida en los siguientes casos: 1. Para todos los delitos de competencia de jueces regionales. 2. Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años. 3. En los siguientes delitos: Cohecho propio (artículo 141); Cohecho impropio (artículo 142); Enriquecimiento ilícito (artículo 148); Prevaricato por acción (artículo 149); Receptación (artículo 177); Fuga de presos (artículo 178); Favorecimiento de la fuga (artículo 179); Fraude procesal (artículo 182); Incendio (artículo 189); Provocación de inundación o derrumbe (artículo 191); Siniestro o daño de nave (artículo 193); Pánico (artículo 194); Falsificación de moneda nacional o extranjera (artículo 207); Tráfico de moneda falsificada (artículo 208); Emisiones ilegales (artículo 209); Acaparamiento (artículo 229); Especulación (artículo 230); Pánico económico (artículo 232); Ilícita explotación comercial (artículo 233); Privación ilegal de libertad (artículo 272); Constreñimiento para delinquir (artículo 277); Fraudulenta internación en asilo, clínica o

establecimiento similar (artículo 278); Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303); Lesiones personales con deformidad (artículo 333); Lesiones personales con perturbación funcional (artículo 334); Lesiones personales con perturbación síquica (artículo 335); Lesiones personales con pérdida anatómica (art. 336); Hurto agravado (artículo 351); Los contemplados en el Decreto 1730 de 1991. 4. Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión. 5. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión. 6. Cuando el sindicado, injustificadamente no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga o del que resuelva el recurso de reposición o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado. Y 7. En los casos de lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335, 336 del Código Penal, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho.

Igualmente, el artículo 389 fijó los requisitos objetivos como lo eran el que se adoptaran mediante providencia interlocutoria, en la cual se indicaran: 1. Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente; 2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe; y 3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El siguiente codificado es la Ley 600 de 2000 la cual aún tiene vigencia respecto a aquellas conductas delictivas acaecidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con su incorporación gradual en el territorio nacional.

En los términos indicados por el artículo 3 de la Ley 600 de 2000, la detención preventiva se sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad. En desarrollo de ello el artículo 355 indica que la imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria. Esta norma fue objeto de estudio de constitucionalidad y declarada exequible por la sentencia C-774 de 2001 que será analizada en el acápite siguiente.

Contrario a las dos disposiciones anteriores, la Ley 600 solamente contempló como medida de aseguramiento aplicable para los imputables la detención preventiva que era procedente en los siguientes eventos recogidos por el artículo 357: 1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años. 2. Por los delitos de: Homicidio culposo agravado (C. P. artículo 110); Lesiones personales (C. P. artículo 112 inciso 3º, 113 inciso 2º, 114 inciso 2º y 115 inciso 2º) ; Parto o aborto preterintencional cuando la base para calcular la pena sean los artículos 112 inciso 3º, 113 inciso 2º, 114 inciso 2º y 115 inciso 2º (C. P. artículo 118); Lesiones en persona protegida (C. P. artículo 136); Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (C. P. artículo 153); Privación ilegal de libertad (C. P. artículo 174); Acto sexual violento (C. P. artículo 206), Acceso

carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (C. P. artículo 207, inciso 2º.); Actos sexuales con menor de catorce años (C. P. artículo 208); Acto sexual abusivo con incapaz de resistir (C. P. artículo 210, inciso 2º); Hurto calificado (C. P. artículo 240 numerales 2 y 3); Hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales 1, 5, 6, 8, 14 y 15); Estafa, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes (C. P. artículo 246); Invasión de tierras cuando se trate del promotor, organizador o director (C. P. artículo 263 inciso 2º); Tráfico de moneda falsificada (C. P. artículo 274); Emisiones ilegales (C. P. artículo 276); Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público por servidor público (C. P. artículo 292 inciso 2º); Acaparamiento (C. P. artículo 297); Especulación (C. P. artículo 298); Pánico económico (C. P. artículo 302); Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312); Evasión fiscal (C. P. artículo 313), Invasión de áreas de especial importancia ecológica cuando se trate del promotor, financiador o director (C. P. artículo 337 inciso 3º); Incendio (C. P. artículo 350), Tráfico, transporte y posesión de materiales radioactivos o sustancias nucleares (C. P. artículo 363), Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C. P. artículo 366), Prevaricato por acción (C. P. artículo 413), Receptación (artículo 447), Sedición (C. P. artículo 468). Y 3. Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión en los casos en que la conducta punible tenga asignada pena privativa de la libertad. Como presupuesto sustantivo se exige por el artículo 356 la existencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso, siempre que no existiera prueba

indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.

Es con la Ley 600 de 2000 que se abre paso el que la medida de aseguramiento tuviera asignadas finalidades determinadas, así el artículo 3° dispuso que "La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad. Estas finalidades fueron consideradas como de raigambre constitucional a partir de la sentencia C-774 de 2001.

Se evidencia que todas las codificaciones antes señaladas coinciden en la exigencia de así sea una somera valoración probatoria que va desde la exigencia de por lo menos una declaración de testigo que ofreciera motivos serios de credibilidad o un indicio grave contra del procesado, según lo disponía el Decreto 409 de 1971; hasta la exigencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad según la regulación de la Ley 600 de 2000.

Los supuestos de necesidad de la privación de la libertad, si bien aparecen ya en la Ley 600 de 2000 y fueron desarrollados por la jurisprudencia constitucional referente a su articulado, toman mayor relevancia como finalidades constitucionales en vigencia de la actual legislación procedimental, al punto que de no se acreditarse, la medida de aseguramiento se hace improcedente.

2. Línea Jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Es precisamente en razón a la evidente tensión que surge entre el principio de presunción de inocencia y la detención preventiva que la Corte Constitucional, desde su aparición con

la Constitución de 1991, ha venido profiriendo una multiplicidad de pronunciamientos en relación con las disposiciones normativas que autorizan el encarcelamiento preventivo, ello atendiendo el proceso de constitucionalización del derecho penal. Es por ello que resulta ineludible en el presente trabajo abordar la jurisprudencia constitucional referente a la institución jurídica de las medidas de aseguramiento y en especial a la detención preventiva.

Mediante sentencia C-150 de 1993, la Corte Constitucional estudió entre otros la demanda presentada contra el inciso 2° del artículo 388 y contra el numeral 1° del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, allí señaló de manera primigenia que:

> (…) Sobre la medida de aseguramiento conocida como la "detención preventiva", no se encontraba vicio de constitucionalidad alguno, ya que se trata en primer lugar de una herramienta jurídica natural, propia de las actuaciones del procedimiento penal, que permite al funcionario judicial, dentro de los términos racionales que establezca la ley, adoptar la decisión correspondiente sobre la persona vinculada al proceso. No encontró la Corte violación respecto al derecho a la libertad personal, artículo 28 de la Carta, ni al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución, y más bien advierte que se trata del natural ejercicio de las competencias legislativas en materia del procedimiento penal, en el que está involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas, propias de las competencias de los jueces regionales y que exigen un mayor celo procedimental. (Sentencia C-150, 1993).

Posteriormente fue objeto de análisis constitucional la Ley 15 de 1992 "por medio de la cual se adoptan como legislación permanente los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto 1156 de

1992", normas que en materia de medidas de aseguramiento hacían referencia a las causales de libertad provisional. Al respecto la Corte señaló que:

> (…) La exigencia de un debido proceso público sin dilaciones injustificadas es un límite sustancial a la discrecionalidad del legislador para regular la institución de la detención preventiva (…) La jurisprudencia y la doctrina internacionales han precisado lo que debe entenderse por un plazo razonable para la investigación y el juzgamiento, condicionando sus límites a las circunstancias del caso y a la existencia de un verdadero interés público que justifique la restricción del derecho a la libertad personal sin llegar en ningún caso al extremo de desconocerlo. (Sentencia C-301, 1993)

Así se sigue que:

> (…) La prolongación de la detención luego de un cierto lapso (…) de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. (1993).

> (…) Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a

> los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia. (Sentencia C-301, 1993)

Con la sentencia C-106 de 1994 cuyo ponente fuera el Honorable Magistrado José Gregorio Hernández Galindo se continúa haciendo distinción entre la medida de aseguramiento y la sanción penal, señalándose además de lo ya dicho, que es la misma Constitución la que distingue entre una institución y otra, por cuanto alude la primera a la exigencia derivada de artículo 28 superior, esto es mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley y la segunda:

> (…) Se refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso.

Así las medidas de aseguramiento no requieren juicio previo siendo aplicables cumplidos los requisitos del artículo 28 constitucional, afirma nuestro Tribunal Constitucional que:

> Pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión

> correspondiente podría tropezar -casi con certeza- con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse. (Sentencia C-106, 1994)

En este sentido, la detención preventiva como medida de aseguramiento no riñe con el principio de presunción de inocencia, siendo una institución perfectamente compatible con el ordenamiento constitucional que tiende a "asegurar que la persona sindicada de haber cometido delito, cuando contra ella existan indicios graves de responsabilidad, comparezca efectivamente al proceso penal, es decir que no escape a la acción de la justicia" señalando que esta medida "tienen un carácter preventivo, no sancionatorio" lo que la hace diferente a la pena (Sentencia C-106, 1994).

Posteriormente, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 414A del Decreto 2700 de 1991 y establece la naturaleza del entonces vigente sistema de enjuiciamiento penal señalando que este era de naturaleza mixta y por ende la propia Constitución en su artículo 250 establecía entre las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación la de "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento" así mismo reiteró que:

> El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir,

deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción. (Sentencia C-395, 1994)

Continúa la Corte señalando que la medida de aseguramiento comporta una afectación a la libertad personal por lo que el legislador rodeó su aplicación de una serie de requisitos de orden sustancial y formal. En el primer caso se exige "por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso" y en el segundo evento se prevé una providencia interlocutoria que contenga mención de los hechos investigados, su calificación jurídica y la pena respectiva. De igual forma, se precisa de elementos probatorios acerca de la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado como autor o partícipe, y finalmente, una motivación de la decisión. Los requisitos que en forma tan sucinta se relacionan, tienen un soporte jurídico innegable en el artículo 28 de la Constitución Política que exige el "mandato escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley", para cuando se trate de disponer la privación de la libertad individual.

Así mismo es menester recordar que la autoridad judicial a la que alude el artículo 28 constitucional comprende a la Fiscalía General de la Nación, dadas las facultades jurisdiccionales con las que contaba conforme al artículo 116 del Estatuto Superior en las que se encontraba la administración de justicia. Por lo tanto, podía disponer de la implementación de la medida de aseguramiento para garantizar los fines del proceso penal (Sentencia C-395, 1994).

Siguiendo esta línea, la sentencia C-689 de 1996 estudió la constitucionalidad entre otros de los artículos 18 y 19 de la Ley 228 de 1995, allí se reiteró el carácter esencial del

principio de presunción de inocencia, reiterando que no entra en conflicto "con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iníciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes (…) La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución. (…) La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal. (Sentencia C-689, 1996)

En la sentencia C-327 de 1997 con ponencia del Honorable Magistrado Fabio Morón Díaz, el mismo Tribunal Constitucional continuó con su postura acerca del carácter cautelar y por ende el respeto a la presunción de inocencia.

De manera general, en el mismo pronunciamiento, la Corte Constitucional señala que:

> (…) La detención preventiva es apenas una medida cautelar aplicable cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Constitución y que por lo mismo, no requiere para su adopción de un juicio previo, por cuanto su finalidad no es la de sancionar a la persona por la comisión de un delito. (Sentencia C-327, 1997)

En esta misma sentencia se deja sentado el carácter excepcional de la medida de aseguramiento, el cual se estima como una de sus características esenciales.

> Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas. (Sentencia C-327, 1997)

Así a partir de la jurisprudencia constitucional se empieza a delinear la naturaleza jurídica de la institución procesal que es la medida de aseguramiento de detención preventiva, atendiendo a su carácter de medida cautelar que persigue asegurar la comparecencia del procesado al acto de juicio y al cumplimiento de una eventual pena, evitar la fuga, evitar que se obstruya la actuación investigativa y el recaudo probatorio e impedir la continuación de la actividad delictiva.

En relación con el carácter cautelar, la jurisprudencia constitucional reiteró posteriormente que:

> (…) La detención preventiva es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones (…). (Sentencia C-425, 1997)

En la decisión antes citada se reitera el carácter cautelar de la medida de aseguramiento que, en palabras del alto Tribunal:

> (...) se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado.

Igualmente, se tiene como una de estas garantías el presupuesto sustantivo que de acuerdo con el artículo 388 del Decreto 2700 lo era la existencia de por lo menos un indicio grave con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. De la misma manera, se analizó por la Corte Constitucional si la personalidad del acusado podía ser determinante en la imposición de medidas de aseguramiento. Al efecto, la Corte señaló que:

> Por razón del aludido carácter excepcional la definición de los casos en que resulte procedente la detención preventiva ha de ser precisa y el criterio de la personalidad del sindicado es una fórmula insegura, aleatoria, imprecisa y, por ende, destructora de la certeza que ha de acompañar a toda persona y más a quien sea investigado, acerca de los casos en que su libertad pueda verse limitada. (Sentencia C-425, 1997)

De otro lado, se consideró en aquella oportunidad por la Corte Constitucional que en materia de restricción de la libertad, incluso en lo que refiere a la determinación de las causales para la imposición de detención preventiva, al legislador le asiste un amplio margen de configuración legislativa "que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia Constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional"(Sentencia C-425, 1997). Así, es admisible que dentro de dicho margen y en consideración a la política criminal que decida adoptar, el legislador pueda determinar las clases de delitos y establecer el tratamiento que considere pertinente. Sobre este particular la Corte indica que:

> (...) La importancia del criterio de la gravedad del delito para el señalamiento de las causales de detención preventiva se torna patente cuando se percibe que una de las finalidades de esta medida de aseguramiento es evitar la fuga y que el riesgo de evasión es mayor frente a hechos punibles sancionados con cierta severidad. (Sentencia C-425, 1997)

La sentencia C-549 de 1997 reitera el carácter preventivo y no sancionatorio de las medidas de aseguramiento y su finalidad de:

> (…) Responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción" en razón a ello la

> "medida de aseguramiento consistente en detención preventiva no comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal y, por tanto, la excarcelación se erige como un derecho, al que el sindicado puede acceder cuando se cumplen los supuestos normativos establecidos por el legislador, al determinar las causales de libertad provisional. (Sentencia C-549, 1997)

El carácter excepcional de las medidas de aseguramiento se reitera en la sentencia C-846 de 1999 donde se insiste en que "dado que la libertad es la regla general, la detención preventiva sólo puede ser una medida extrema o excepcional" cuya aplicación debe estar rodeada de las mayores garantías al comprometer la libertad personal de quien no ha sido sentenciado, así en razón a dicho carácter excepcional y de acuerdo al principio de legalidad:

> (…) Se ha insistido en que nuestro ordenamiento no sólo debe determinar de manera precisa los eventos en los que procede la detención preventiva, sino también contemplar amplias oportunidades o mecanismos destinados a hacer cesar la privación de la libertad del detenido. (Sentencia C-846, 1999)

Fue objeto de estudio en este caso las causales de libertad provisional establecidas por el artículo 415 del decreto 2700, instaurándose que el artículo 29 contempla el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, lo que esta "íntimamente relacionado con el principio de celeridad procesal que debe orientar la administración de justicia (artículo 228 C.N)". Bajo el supuesto anterior se considera por nuestro Tribunal Constitucional que:

> (…) A la luz de la Carta es un requisito indispensable la consagración de términos precisos que limiten en el tiempo el ejercicio de la función punitiva del Estado. Más aún, tratándose de una medida como la detención preventiva que, vale la pena insistir, es de carácter excepcional, la exigencia en comento es ciertamente imperiosa para garantizar la efectividad de los derechos del sindicado. Por ello, además, se ha advertido que la privación de la libertad personal, como consecuencia de esta medida de aseguramiento, no puede ser indefinida, ni siquiera durante los estados de excepción. (Sentencia C-846, 1999)

A partir de estos razonamientos, la Corte profiere una sentencia modulada con el fin de interpretar el numeral 5° del artículo 415 del entonces vigente Decreto 2700:

> (…) para acceder a la libertad provisional, es decir, una vez iniciada la audiencia, si ésta no culmina dentro del término de seis meses contados a partir de la resolución de acusación, el procesado tendrá derecho a obtener la libertad provisional.

Bajo estos supuestos, la sentencia C-846 de 1999 constituye un hito por cuanto es a partir de ella que la Corte empieza a considerar como esencial a la detención preventiva su carácter temporal. En este sentido se destaca que si bien la Corte ya había indicado anteriormente en la sentencia C-426 de 1993 que la detención preventiva no podía ser indefinida, ni siquiera durante los estados de excepción, así como que el término de la pena era un criterio razonable para su duración, a ello se adicionó que el inicio de la audiencia pública de juzgamiento no podía dejar al procesado sin la posibilidad de acceder a la libertad provisional.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En sentencia C-716 de 1998, la Corte Constitucional estudia nuevamente la temática referente a la libertad provisional señalando allí que "La libertad provisional es un beneficio que se les concede a las personas contra las cuales se ha proferido la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y procede en los casos taxativamente señalados por la ley". Así, citando la sentencia C-549 de 1997, se indica que no obstante lo allí señalado:

> (…) El legislador, por razones de política criminal, tiene facultades para establecer las causales y condiciones para conceder la libertad provisional al procesado, también puede estatuir, como en efecto lo hace en la norma acusada, los casos en los que ella no procede, siempre y cuando no lesione mandato superior alguno. (Sentencia C-716 de 1998)

Posteriormente, la Sentencia C-392 de 2000 estudió la constitucionalidad de la Ley 504 de 2000 que modifico varias disposiciones del decreto 2700 de 1991, algunos de los cuales hacía referencia a la detención preventiva. Así, el artículo 25 que modificara el artículo 397 establecía que la detención preventiva procedía en todos los delitos de competencia de los jueces del circuito especializados; a su vez, el artículo 26 modificaba el artículo 409 excluyendo la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio a los sindicados por los delitos que serían a partir de ese momento competencia de los jueces penales del circuito especializados; así mismo, el artículo 27 modificó el numeral 3º y el parágrafo del artículo 415 referente a las casales de libertad provisional, señalando que en los delitos que corresponda conocer a los Jueces Penales del Circuito Especializados, cuando se dicte en primera instancia preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, la libertad provisional no procedería cuando se hubiere interpuesto recurso de

apelación por el fiscal delegado o el respectivo agente del ministerio público, caso en el cual sólo sería concedida "una vez confirmada la decisión de primera instancia por el superior.

En relación con el primer punto, la Corte consideró que establecer la procedencia de la detención preventiva en los punibles cuya competencia recaía en los jueces penales del circuito especializado era acorde con la constitución por cuanto:

> (…) Es de competencia del legislador determinar los casos en que procede la detención preventiva, en razón de la comisión de ciertos delitos, según la naturaleza y gravedad de éstos, o en los casos de flagrancia, o atendiendo las circunstancias en que ellos ocurrieron, o de los antecedentes del procesado. (Sentencia C-392, 2000)

En cuanto a la exclusión de la detención en el lugar de trabajo o domicilio se consideró que esto era un rezago de la justicia regional ya desaparecida. Destacando que la medida no tenía justificación racional alguna “que apunte a la consecución de una finalidad constitucional legítima”. En este sentido, la Corte consideró que resultaría violatorio de la Constitución Política permitir la posibilidad de que a unos sindicados que se encuentren objetivamente dentro de las circunstancias que describe el inciso 1 del art. 409 del C.P.C. se les conceda el beneficio de que la detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo o en su domicilio, mientras que a los sindicados de los delitos de que conocen los jueces del circuito especializado, no se les otorgue el mismo beneficio. Sobre el particular, la Corte señaló:

> (…) Salta a la vista que la única explicación para suprimir el beneficio del cumplimiento de la detención preventiva parcialmente en el domicilio o lugar de trabajo, es la clase de

> delitos cuyo conocimiento se asigna a los "Juzgados Penales del Circuito Especializados", lo que lleva a suponer, sin justificación, que, aunque no hubieren sido condenados antes por ningún delito, ni hayan intentado siquiera eludir la actuación procesal, se les impone la detención física en una cárcel del Estado a diferencia de otros sindicados, con abierto rompimiento de la igualdad de trato que surge del artículo 13 de la Constitución. (Sentencia C-392, 2000)

En lo que hace referencia al último punto, se indica que, en cuanto a las causales de libertad provisional, la libertad de configuración legislativa no es absoluta sino relativa, considerándose que la disposición acusada contrariaba las normas constitucionales, en especial, el artículo 29 superior ya que, en palabras de la Corte

> (…) Si se produce una sentencia absolutoria, o se precluye la investigación, o se ordena la cesación del procedimiento conforme a la ley, a la presunción de inocencia que acompaña al sindicado, le sigue ahora una decisión judicial que la reafirma, lo que llevaría, como consecuencia lógica, a la concesión inmediata de la libertad" contrario a ello la norma demanda obligaba a que el procesado permaneciera privado de la libertad hasta tanto se resolviera el recurso de apelación que hubieran interpuesto la Fiscalía o el ministerio público lo que en criterio de la Corte Constitucional "significa que la presunción de inocencia desaparece para prolongar indebidamente la privación de la libertad del procesado, lo que equivale a presumirlo culpable. (Sentencia C-392, 2000)

Finalmente, en lo referente al artículo 27 de la Ley 504 de 2000 que modificó el parágrafo del artículo 415 del Decreto 2700, la Corte consideró que la duplicación de los términos:

> (…) para efectos de la libertad provisional en los procesos de que conocen los jueces penales del circuito especializado se ajusta a la Constitución, por la circunstancia de que la Corte debe valorar la apreciación del legislador, en cuanto a que la naturaleza propia de los delitos asignados a dichos jueces, las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ello ocurre y especialmente las dificultades para incorporar pruebas al proceso, pueden justificar una mayor laxitud de los términos procesales, lo cual, no conlleva una violación de los principios nucleares del debido proceso. (Sentencia C-392, 2000)

Mediante Sentencia C-634 de 2000 la Corte Constitucional se ocupó de la demanda promovida contra el artículo 415 del Decreto 2700 modificado por la Ley 81 de 1993 referente a las causales por las que procedía la libertad provisional. En la decisión la Corte reitera que la libertad no obstante su carácter de derecho fundamental tiene una limitación legitima en la figura de la medida de aseguramiento, la cual "comporta una potestad estatal a través de la cual se pretende hacer efectivos aquellos deberes superiores que propugnan por la vigencia de un orden justo y por la protección de los derechos y libertades públicas". De esta forma, la finalidad de la medida no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito

> (…) Sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales, sin que por ello se entienda desvirtuada la presunción de inocencia que, por mandato expreso del artículo 29 Superior, "acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Así atendiendo la garantía del principio de presunción de inocencia se considera además del carácter cautelar, que la detención preventiva debe estar rodeada de ciertas garantías "que aseguren su uso excepcional de manera adecuada y razonable". Así mismo se indica, reiterando lo señalado en la sentencia C-549 de 1997, que la imposición de medida de aseguramiento debe estar determinada al cumplimiento de los fines de la investigación, así como la libertad provisional se erige como un derecho del procesado una vez cumplidos los supuestos normativos para su procedencia. En este último sentido la Sentencia C-634 de 2000 resalta que:

> (…) Según lo informan la doctrina y la jurisprudencia, la libertad provisional constituye, sin lugar a equívocos, un derecho o beneficio reconocido a las personas contra quienes se ha proferido resolución de detención preventiva, permitiéndole a éstas permanecer en libertad durante el desarrollo del proceso, pero siempre que permanezcan vigentes las causas o motivos que dieron lugar al reconocimiento del derecho. (Sentencia C-634, 2000)

Con posterioridad, la Sentencia C-620 de 2001 abordó el estudio sobre la constitucionalidad del inciso primero del artículo 354 de la Ley 600 de 2000, norma que señalaba: "La situación jurídica deberá ser definida en aquellos eventos en que sea procedente la detención preventiva". Esta disposición, en criterio del demandante, vulneraba el principio de igualdad, al establecer que la situación jurídica sólo debe definirse en aquellos eventos en los que proceda la detención preventiva.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En su análisis la Corte inicia señalando que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico entonces vigente, correspondía al fiscal resolver la situación jurídica del procesado definiendo respecto a la imposición o no de una medida de aseguramiento, situación que:

> (…) Responde a la necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, asegurar la ejecución de la pena privativa de la libertad, impedir su fuga o la continuación de la actividad delictual y evitar la alteración de las pruebas y el entorpecimiento de la investigación. (Sentencia C-620, 2001)

Igualmente señala el Tribunal Constitucional que no era en la resolución de situación jurídica donde se realizaba el proceso de adecuación típica, lo cual en efecto correspondía con la etapa de calificación del sumario, agregando que en la providencia de definición de situación jurídica el fiscal se limita a decidir si impone o no medida de aseguramiento con fundamento en los hechos y las pruebas recaudadas. Atendiendo a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, la cual consagraba como única medida de aseguramiento la detención preventiva, la Corte señaló que, con ello se reducía el ámbito de aplicación de esta clase de medidas a aquellos casos en los que sea de estricta necesidad garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad, impedir su fuga y la continuación de su actividad delictual, evitar el entorpecimiento de la instrucción o la actividad probatoria (Sentencia C-620, 2001).

En cuanto a la cuestión planteada en la demanda, la Corte señaló que, al existir una única medida de aseguramiento, la expresión “cuando proceda la detención preventiva" implica que se descartan una cantidad de supuestos delictivos en los que no procede de ninguna manera la medida de aseguramiento. De esta forma:

> (…) es evidente que una persona que presuntamente ha cometido uno de los delitos que hacen procedente la imposición de la detención preventiva, no se encuentra en la misma situación que una que está sindicada de un hecho punible al que no le cabe medida aseguramiento, de modo que la disposición no vulnera el derecho a la igualdad, pues los supuestos de hecho en ambas situaciones son diferentes y ameritan un tratamiento diverso. (Sentencia C-620, 2001)

En sentencia C-774 de 2001 la Corte Constitucional establece un hito jurisprudencial en lo que refiere a la naturaleza jurídica de las medidas de aseguramiento, en especial la detención preventiva, allí la misma Corte se refiere a sus fallos pretéritos sobre la detención preventiva. Lo primero que tiene en cuenta la Corte Constitucional es la procedencia de un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda planteada, ello por cuanto la medida se dirigió en aquella oportunidad contra los artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417, 418 del Código de Procedimiento Penal dispuesto por el Decreto 2700, norma que había quedado derogada el 24 de julio de 2001, con lo que profiriéndose el fallo correspondiente el día 25 de julio del mismo año inicialmente lo procedente hubiere sido un pronunciamiento inhibitorio. No obstante, la Corte consideró que estas disposiciones podían continuar produciendo efectos jurídicos en razón, primero, al artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que permite la ultractividad de las normas procedimentales y, segundo, por la aplicación del principio de favorabilidad dada la existencia en la codificación derogada de normas más benignas que en la Ley 600 de 2000 que entraba a regir en ese entonces.

Se señala por la Corte el hecho de que en efecto en diversas oportunidades anteriores se había pronunciado en relación con el asunto sometido a examen, en especial sobre la compatibilidad de las medidas de aseguramiento con el marco constitucional y en especial

con los derechos a la libertad y al debido proceso, refiriendo las sentencias C-150 de 1993, C-106 de 1994, C-327 de 1997, C-425 de 1997 y C-716 de 1998.No obstante la Corte consideró que dichos pronunciamientos tenían un valor de cosa juzgada relativa implícita "toda vez que en ellos, no se han examinado las condiciones generales de procedencia de la detención preventiva a la luz de los derechos y principios constitucionales citados", razón por la cual se procedió a unificar lo dispuesto en las distintas sentencias proferidas y consideró oportuno:

> (…) realizar un nuevo análisis constitucional de la figura de la detención preventiva a la luz de los artículos 28, 29 y el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, con la finalidad de impulsar y formular orientaciones jurisprudenciales que permitan por la vía de la clarificación hermenéutica, contribuir al perfeccionamiento de las garantías constitucionales que tienen las partes en el proceso penal, lo que constituye una exigencia de carácter social y política de trascendental importancia para la consolidación del Estado Social del Derecho y la salvaguarda de los derechos fundamentales. (Sentencia C-774, 2001)

Así el fallo inicia el tratamiento de las medidas de aseguramiento categorizándolas como medidas cautelares, con lo que se sigue la línea que se había venido trazando en Sentencias C-549 de 1997, C-106 de 1994 C-689 de 1996, C-327 de 1997, C-425 de 1997, C-549 de 1997 y C-634 de 2000.

> Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de 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, de acuerdo con 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. (Sentencia C-774, 2001)

Continua la Corte señalando la exigencia de requisitos de naturaleza formal, esto es, aquellas disposiciones concernientes al procedimiento para la imposición de la medida de aseguramiento cuales eran: la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales aquellos "mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad" (Sentencia C-774, 2001).

De igual manera y siguiendo la línea jurisprudencial que se venía trazando se reitera que la medida de aseguramiento tiene por finalidad "asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia". Con ello se resalta la compatibilidad de la medida de aseguramiento como medida cautelar con el principio de presunción de inocencia, siendo esta clase de medidas una limitante legitima del derecho a la libertad personal.

Así mismo en la Sentencia C-774 de 2001, la Corte establece las condiciones generales de procedencia de la detención preventiva a la luz de la Constitución, señalando en primer lugar los supuestos contemplados por el artículo 28 superior

> (…) La detención preventiva procede de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: mandamiento escrito de

> autoridad judicial competente, con la observancia de las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley", siendo al legislador a quien le corresponde fijar los presupuestos legales que dan lugar a la imposición de medidas de aseguramiento. (Sentencia C-774, 2001)

Ahora bien, continua la Corte su análisis estableciendo que no solo es necesario el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales, agrega a ello que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretar la medida de aseguramiento, sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

Así funda en primer lugar las finalidades constitucionales para la imposición de medida de aseguramiento en el artículo 250 superior entonces vigente, señalando que este "al regular las acciones que debe tomar la Fiscalía para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales, señala que, ésta debe asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento" (Sentencia C-774, 2001). Así mismo, siguiendo lo señalado por la sentencia C - 395 de 1994 encuentra la Corte que "aún dentro del ámbito del propio artículo 250 ha encontrado para la detención preventiva finalidades que desbordan el tenor literal previsto en esa disposición". Con fundamento en el mismo artículo 250 superior se indica que otra finalidad que la Constitución Política le señala a las medidas de aseguramiento es la preservación de la prueba, tal como se deduce del numeral 4º según el cual es función de la Fiscalía "velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso". Finalmente se refiere a la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual como una de las finalidades constitucionales de la medida de aseguramiento fundada en el

artículo 1° de la carta que advierte “la prevalencia del interés general” y en el artículo 2° que indica los fines esenciales del Estado entre los que se encuentra “asegurar la convivencia pacífica” (Sentencia C-774, 2001).

En este sentido, es a partir de la Sentencia C-774 de 2001 que la Corte Constitucional funda la línea jurisprudencial que justifica la medida de aseguramiento en la necesidad de garantizar determinadas finalidades constitucionales como son asegurar la comparecencia del procesado, evitar la obstrucción de la justicia y proteger a la comunidad de la continuación del actuar delictivo. Estas finalidades serian posteriormente incluidas de manera expresa en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2004 modificatorio del artículo 250 Constitucional, así como por los artículos 2°, 296 y 308 de la Ley 906 de 2004.

Dentro de esta nueva línea, la Sentencia C-316 de 2002 estudió la constitucionalidad del artículo 365 de la Ley 600 de 2000 que establecía una caución mínima de un salario mínimo legal mensual vigente para acceder a la libertad provisional cumplidas las condiciones indicadas por el artículo 8 de la misma Ley 600 de 2000. Se reiteran así las finalidades perseguidas por la medida de aseguramiento al sostener la Corte que:

> (…) El artículo 356 de la Ley 600 de 2000 estableció como la única medida de aseguramiento la detención preventiva, concentrando en ella las funciones de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad, impedir la fuga o la continuación de la actividad delictiva o de las labores que realice para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria. (Sentencia C-316, 2002)

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En sentencia C-805 de 2002 se reitera por la Corte Constitucional lo ya establecido en sentencia C-774 de 2001 en relación a que la medida de aseguramiento debe sujetarse a los fines constitucionales admisibles. En esta decisión se estudió por parte de la Corte el artículo 392 de la Ley 600 de 2000 que establecía, en el marco de dicha normatividad, el control judicial por parte del Juez de conocimiento sobre la medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía General de la Nación.

En este sentido se establece que dicho control de legalidad material de la prueba mínima recaía sobre "(i) la suficiencia de la prueba a la luz del cumplimiento del requisito probatorio establecido en el artículo 356, así como, (ii) con la necesidad constitucional de la medida, de conformidad con los fines legítimos que establece el artículo 355" (Sentencia C-805, 2002).

Por ello, en el evento en que el procesado se haya presentado voluntariamente al proceso, no haya indicios claros de que vaya a ocultarse o a continuar con la actividad delictual, ni existan razones para creer que destruirá o deformará elementos probatorios importantes, o de que entorpecerá la actividad probatoria, la medida de aseguramiento de detención preventiva no procedería por no ser necesaria a la luz de los fines constitucionales que la justifican. Lo mismo ocurre en el evento en que desaparezca la necesidad que justificó la adopción de la medida. Una vez impuesta ésta, si sobrevienen pruebas que la desvirtúen, procederá su revocatoria, según lo que establece el artículo 363 de la Ley 600 de 2000.

Posteriormente, la Sentencia C-123 de 2004, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra confronta la constitucionalidad de la expresión "cuando la audiencia se hubiere iniciado, y ésta se encuentre suspendida por causa justa o razonable o", contenida en el

numeral 5º del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000. En esta decisión lo primero que reitera la Corte Constitucional es la vigencia del principio de legalidad de la detención preventiva, en este sentido se indica que:

> (…) tal como opera en el nullapoena sine lege, para que un sujeto pueda ser legal y temporalmente privado de la libertad -mientras se determina su responsabilidad penal- es requisito que los motivos por los cuales se lo retiene se encuentren establecidos en una norma preexistente. (Sentencia C-123, 2004)

Con sustrato en lo anterior, se reitera la línea marcada por la con la Sentencia C-774 de 2001 y se determina que la norma contentiva de las causales de privación de la libertad debe establecer la descripción del hecho susceptible de promover la detención, por lo que:

> (…) Además de estar insertos en una ley, los motivos por los cuales puede privarse de la libertad a una persona deben estar señalados de manera expresa en ella, deben ser claros, precisos y unívocos; deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados. (Sentencia C-123, 2004)

Atendiendo el antecedente jurisprudencial, la Corte retoma lo ya señalado en la C-846 de 1999 en cuanto a la suspensión de la audiencia de juzgamiento por causa justa o razonable, señalando que:

> Para la Corte, la justicia de la causa implica que la misma tenga la mínima ponderación, la sensatez y el equilibrio necesarios que se exigen, no sólo de ésta, sino de cualquier decisión que se adopte en el proceso. El concepto de lo justo para el funcionario judicial,

debe entenderse dentro del marco jurídico de los principios y valores constitucionales, que demarcan el patrón de derecho al cual debe sujetarse dicho juicio. Lo cierto de todo es que al considerar el elemento de justicia en la norma legal, el Código proscribe la subjetividad sin referente externo, pues ésta no constituye criterio válido para la fundamentación de la decisión judicial.

En segundo lugar, el contorno del concepto de causa justa y razonable ha sido delineado por la jurisprudencia pertinente, gracias a lo cual el juez penal tiene un referente teórico claro para adoptar la medida respectiva.

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia citada, la ineficacia y la ineficiencia de la administración de justicia, la incuria y la inoperancia del aparato jurisdiccional y la mora en el recaudo de las pruebas han sido excluidas expresamente de la categoría de causas justas y razonables. Cualquier suspensión que se adopte con fundamento en un retardo procesal proveniente de la inercia estatal se considera ilegítima y, por tanto, inhabilita al juez penal para prolongar la detención preventiva. Hay que entender que si la suspensión de la audiencia se da por causas atribuibles al sindicado o a su abogado defensor, la suspensión de la audiencia se encuentra justificada y, por ende, la prolongación de la detención preventiva. (Sentencia C-123, 2004)

Finalmente, la Corte declara la constitucionalidad del aparte demandado condicionando que “cuando las causas de suspensión de la audiencia desaparecen, el juez está obligado a reanudar la audiencia de juzgamiento de manera inmediata, con el fin de resolver sobre la responsabilidad del sindicado” (Sentencia C-123, 2004).

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el marco del sistema procedimental penal implementado a partir del acto legislativo 03 de 2002 y las subsiguiente Ley 906 de 2004 que lo desarrolla, se presenta un cambio paradigmático en lo que a nuestra instituciones jurídico procesales se refiere. Así el cambio de un modelo de corte inquisitivo con tendencia acusatoria a un modelo acusatorio significó una recomprensión de lo que hasta ese momento la jurisprudencia había señalado respecto a las medidas de aseguramiento.

Así, la Sentencia C-591 de 2005 al considerar las funciones que ejerce el juez de control de garantías alude entre ellas a la de decidir sobre la solicitud de la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 de la Constitución. Al respecto la Corte señaló que:

> Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si

> la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad. (Sentencia C-591, 2005)

Igualmente, la Sentencia C-1154 de 2005 hace referencia a las medidas de aseguramiento. Allí la Corte Constitucional analizo múltiples disposiciones de la Ley 906 de 2004, entre ellas, el artículo 306 donde la Corte resolvió el siguiente problema jurídico:

> ¿Las expresiones "los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida" y "los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente" contenidas en el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 vulneran el artículo 250 de la Constitución por permitir la contradicción de elementos de conocimiento para la imposición de la medida de aseguramiento en un momento diferente al del juicio? (Sentencia C-1154, 2005)

En este sentido, consideró la Corte que, los elementos de conocimiento que se presentan y controvierten con el fin de sustentar la medida de aseguramiento, al no tener por finalidad demostrar la responsabilidad penal sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado, constituyen una garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho de defensa, el cual se puede ejercer desde el inicio mismo del proceso y a lo largo de cada una de sus etapas, por los cauces señalados en la ley (Sentencia C-1154, 2005).

En relación con las finalidades dispuestas se reitera lo ya dicho en las sentencias C-634 de 2000 y C-774 de 2001, considerando que en efecto dichas finalidades son recogidas por la legislación en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004. Así se considera que:

> (…) Como la medida de aseguramiento comprende la afectación de derechos fundamentales es necesario, para garantizar los derechos del imputado, que la misma sea sometida a una autorización judicial que debe verificar, entre otros requisitos, la necesidad y la finalidad de la medida, al igual que prever su adecuada sustentación y la oportunidad de ser controvertida, aún más cuando dicha medida puede comprometer la libertad del procesado. (Sentencia C-1154, 2005)

En sentencia C-456 de 2006 se estudió la constitucionalidad del artículo 318 de la Ley 906 de 2004, norma que regula la solicitud de revocatoria y/o sustitución de la medida de aseguramiento. En específico fue objeto de la acción pública de inconstitucionalidad la expresión “por una sola vez” contenida en la disposición. La Corte reitera en esta decisión la línea trazada desde las sentencias C-774 de 2001 y C-805 de 2002 en relación con los fines constitucionales. Sobre este particular, la Corte recalcó:

> Ahora bien, como la medida de aseguramiento comprende la afectación de derechos fundamentales es necesario, para garantizar los derechos del imputado, que la misma sea sometida a una autorización judicial que debe verificar, entre otros requisitos, la necesidad y la finalidad de la medida, al igual que prever su adecuada sustentación y la oportunidad de ser controvertida, aún más cuando dicha medida puede comprometer la libertad del procesado. (Sentencia C-456, 2006)

Igualmente se reitera el carácter cautelar y excepcional de la restricción de la libertad en virtud de las medidas de aseguramiento, resaltando que la Ley 906 de 2004 a diferencia de la codificación inmediatamente anterior, contempla en el artículo 307 múltiples medidas a las cuales puede acudirse en aras de alcanzar las finalidades propuestas. Sobre el carácter de medida cautelas se dijo entonces:

> De otra parte, es pertinente precisar también que las medidas de aseguramiento no equivalen a la sentencia condenatoria, ni pueden ser confundidas con las penas que mediante tal providencia se imponen. Son simples medidas cautelares – no sentencias - que sólo pueden dictarse, con carácter excepcional, preventivo, pero no sancionatorio cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el efecto, y cuando resulten indispensables para alcanzar la finalidad constitucional que con ellas se persigue, esto es, para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de la víctima. (Sentencia C-456, 2006)

De otro lado y en lo que refiere a la cuestión planteada respecto de la revocatoria de la medida de aseguramiento se indicó que:

> (…) Esta es una "acto jurídico que deja sin efecto otro acto por decisión judicial, como la sustitución o cambio de la medida de aseguramiento por otra, constituyen instrumentos jurídico procesales destinados a preservar y garantizar el derecho a la libertad individual consagrada expresamente en el artículo 28 Superior, toda vez que llevan implícita la posibilidad de restablecer o recobrar la libertad que ha sido restringida legítimamente dentro del curso del proceso penal, una vez sea aportado ante el juez de

garantías el soporte fáctico que desvirtúe los requisitos legales que dieron lugar a la imposición de la medida de aseguramiento. (Sentencia C-456, 2006)

Así, la cuestión referente a la revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento

(…) conlleva una afectación de la libertad personal, lo cual, comporta la necesidad de valorar la razonabilidad y la proporcionalidad de la consecuencia de su no observación en el momento en que surjan los elementos fácticos que la originan" ello conlleva a que "el juez de control de garantías está en la obligación constitucional de hacer en cualquier momento un análisis racional, ponderado y adecuado frente a la medida de aseguramiento y en especial frente a las circunstancias fácticas que se le presenten de las cuales surja la imposición de la medida o su revocatoria o sustitución, toda vez que debe sopesar de una manera dinámica la necesidad de la medida frente a la afectación grave del derecho fundamental de la libertad del imputado. (Sentencia C-456, 2006)

En este sentido, se consideró que limitar la oportunidad para la solicitud de revocatoria y/o sustitución de la medida de aseguramiento a una sola vez:

(…) significa imponer límites que restringen sin ningún fundamento el derecho a la libertad y crea en el individuo una situación de indefensión, en tanto que su justo reclamo para recobrar la libertad por haber desaparecido las causas de su restricción, es desatendido por la limitación que la ley le impuso, con lo cual se transgrede el debido proceso y su derecho de defensa (…) restringir a una sola vez la posibilidad de solicitar la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, constituye una regulación que en criterio de esta Corte no responde a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, toda vez que conlleva una limitación del derecho a la libertad individual

> del imputado no adecuada y desproporcionada a la finalidad que pretende cumplir. (Sentencia C-456, 2006)

Por lo anterior se declaró la inconstitucionalidad del apartado demandado correspondiente al artículo 318 de la Ley 906 de 2004.

En relación con la legitimación respecto a la solicitud ante el juez de control de garantías para la imposición de medida de aseguramiento, la sentencia C-209 de 2007 estableció dicha atribución no solo en cabeza de la Fiscalía General de la Nación por intermedio de su delegado, sino que consideró que la calidad de interviniente especial que ostenta la víctima en el sistema procedimental consagrado por la el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 implica que igualmente pueda elevar dicha solicitud en aras de proteger sus derechos. Sobre este particular la Corte indicó:

> (…) Si bien la Constitución previó la participación de la víctima en el proceso penal, no le otorgó la condición de parte, sino de interviniente especial. La asignación de este rol particular determina, entonces, que la víctima no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía, pero si tiene algunas capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso penal.
>
> (…)
>
> En ese contexto, es necesario resaltar que cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado. La oralidad, la inmediación

de pruebas, la contradicción y las garantías al procesado se logran de manera adecuada si se preserva ese carácter adversarial. Por el contrario, la participación de la víctima como acusador adicional y distinto al Fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio. Por otra parte, el constituyente no fijó las características de las demás etapas del proceso penal, y por lo tanto delegó en el legislador la facultad de configurar esas etapas procesales.

De lo anterior surge entonces, que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio.

(…)

"Permitir la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección directamente ante el juez competente por la víctima, sin mediación del fiscal, no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Antes bien, asegura en mayor grado la adecuada protección de la vida, integridad, intimidad y seguridad de la víctima, de sus familiares y de los testigos a favor, así como de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. (Sentencia C-209, 2007)

La siguiente decisión que se trae a referencia, es la sentencia C-318 de 2008 en la cual se estudió la compatibilidad de las disposiciones constitucionales del artículo 27 de la Ley

1142 de 2007, por el cual se reformó el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, con los principios constitucionales. El problema jurídico allí planteado se resumió así por la Corte Constitucional:

> La Corte deberá determinar: (i) Si la previsión de prohibir la procedencia de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la de detención en el lugar de residencia del imputado, o en un centro asistencial, respecto de un grupo de delitos, vulnera la dignidad humana, la presunción de inocencia, la libertad personal, el principio de necesidad de la medida restrictiva de la libertad; y la excepcionalidad de la detención preventiva; y (ii si la misma prohibición vulnera el principio de igualdad, por crear una discriminación injustificada y desproporcionada entre los imputados de diversos delitos, con base únicamente en la adecuación típica de las conductas punibles. (Sentencia C-318, 2008)

Reiterando su jurisprudencia la Corte establece que en efecto el legislador ostenta una amplia libertad de configuración legislativa para definir los diversos procedimientos judiciales, libertad esta que no obstante se encuentra limitada en la Constitución, indicando que en lo referente a la libertad personal el artículo 28 superior establece una estricta reserva de ley. Al respecto, la Corte señaló:

> (…) siendo entonces el legislador el llamado a establecer los casos y a fijar las condiciones que tornen viable la privación de la libertad, tarea que redunda en beneficio del derecho en la medida en que los asociados cuentan con la definición de los eventos en los cuales resulta posible afectarlo (…). Al definir las causales de detención preventiva el legislador, actuando bajo el marco de la carta y en atención a la política

> criminal que adopte, utiliza los criterios que estima adecuados al logro de las finalidad de esa especifica medida de aseguramiento (…).Sobre el carácter excepcional de las medidas que restringen la libertad, la Corte ha señalado que la potestad de configuración legislativa tiene como límite de aplicación los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que, las restricciones a la libertad no pueden convertirse en una regla general. (Sentencia C-318, 2008)

En este sentido considerando que la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminada, general y automática:

> (…) su aplicación o práctica no se impone 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. (Sentencia C-318, 2008)

Siguiendo las consideraciones de la Sentencia C-320 de 2000 se reiteró que:

> Los criterios puramente objetivos resultan insuficientes para justificar la razonabilidad de la prohibición de una medida sustitutiva a la privación de la libertad en establecimiento carcelario (…) La naturaleza cautelar de la detención preventiva está relacionada con su carácter meramente instrumental o procesal – no punitivo – que impone su ineludible fundamentación, en cada caso concreto, en alguna de las finalidades mediante las cuales se provee a su justificación. (Sentencia C-318, 2008)

Según lo expresó la Corte en la precitada decisión, dicha justificación en las finalidades constitucionales salvaguarda el principio de presunción de inocencia, "del cual se deriva la proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena".

En cuanto a al principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, se afirmó que este se introdujo por el legislador en el momento de establecer una pluralidad de posibilidades para el cumplimiento de las finalidades de la medida de aseguramiento de acuerdo con el artículo 307 de la Ley 906 de 2004. Al respecto, la Corte indicó que "el juez podrá imponer una o varias medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer sanción prendaria" (Sentencia C-318, 2008).

Este sistema de gradualidad:

(…) enfatiza la necesidad de intervención del juez en las valoraciones que preceden a la selección e imposición de aquella que resulte más adecuada para el cumplimiento de los fines que les son propios, atendidas las particularidades del caso concreto y determinadas circunstancias relevantes de la condición personal del imputado o acusado. (Sentencia C-318, 2008)

Así, concluye la Corte que:

(…) una imposición automática e indiscriminada de una determinada medida de aseguramiento resulta contraria al principio de gradualidad que impone que las medidas

> que se aplican como sustitutivas de otras, deban estar razonablemente fundadas en criterios de necesidad, proporcionalidad y adecuación, pues como lo ha destacado la Corte: "La detención preventiva dentro de un estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad indiscriminado, general y automático. (Sentencia C-318, 2008)

Finalmente, la Corte Consideró que la exclusión en el otorgamiento de la detención domiciliaria respecto a los delitos específicamente señalados por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 era coherente con la Constitución en tanto encajaba dentro de la libertad de configuración legislativa pero solamente en lo referente al numeral primero del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Por su parte, en los numerales 2, 3, 4 y 5 de la misma disposición, la prohibición generaba distinciones irrazonables, razón por la cual se declaró la constitucionalidad condicionada de la norma acusada bajo el entendido de que el juez podrá conceder la sustitución de la medida, siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007.

Posteriormente, con la sentencia C-1198 de 2008 la Corte establece un nuevo hito jurisprudencial en relación con las medias de aseguramiento, ahora ya de manera concreta en el marco del sistema acusatorio. En esta decisión, la Corte Constitucional se ocupó de diversas disposiciones de la Ley 1142 de 2007 que modificara la Ley 906 de 2004.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Entre las disposiciones demandadas que tienen relación con la temática aquí desarrollada estaba el artículo 24 que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el artículo 25 que modificó el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, y el artículo 30 que modificó el artículo 317 de la Ley 906 de 2004. Para abordar la cuestión objeto de controversia constitucional, la Corte inició el apartado atinente a las normas antes referidas reiterando los conceptos de privación de la libertad y medida de aseguramiento privativa de la libertad. Así consideró la Corte que del artículo 28 superior se desprenden los principios de reserva judicial y reserva legal en materia de medidas de aseguramiento, los cuales se desprenden del "principio de legalidad de la sanción penal". De este modo consideró que: "las exigencias para la aplicación de este último se hacen extensivas a aquéllas, aunque no exista una sanción definitiva por haber transgredido la normatividad penal" (Sentencia C-1198, 2008).

Según lo explica la Corte, esto se explica por "tratarse de una medida de carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad, sin que ello constituya la imposición de una sanción penal, habida cuenta que su naturaleza es cautelar y con carácter meramente instrumental o procesal, más no punitivo" (Sentencia C-1198, 2008).

Reconociendo igualmente el carácter excepcional de la medida de aseguramiento se reiteran las consideraciones de la sentencia C-774 de 2001 en relación con la necesidad de que el legislador "señale los motivos que lleven a esa clase de restricción, dentro del ordenamiento jurídico interno", adicionando que:

> (…) no es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se

> encuentren establecidos en la ley, es imperativo además que aquéllos sean claros, precisos y unívocos. (Sentencia C-1198, 2008)

Con fundamento en lo anterior, primariamente se aborda la cuestión referente a la gravedad y modalidad de la conducta punible como criterio prevalente para determinar la necesidad de la imposición de una medida restrictiva de la libertad. Ello en atención a que el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 determinó que para "establecer si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta", dejando al arbitrio judicial, según el caso, poder valorar adicionalmente las 4 circunstancias que originalmente traía la norma; ello al igual que lo señalado por el artículo 25 en relación a la eventual no comparecencia.

A este respecto, se consideró por la Corte que dichas modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007 no se compadecían con la jurisprudencia constitucional, en especial con lo expresado en la sentencia C-774 de 2001, reiterando que:

> (…) la potestad de configuración legislativa, en materia de la aplicación de la detención preventiva, tiene como límites los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, además de los fines que aquélla persigue, no sólo para evitar que se desoriente su carácter preventivo - no sancionatorio -, de modo que esa medida no pueda convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático. (Sentencia C-1198, 2008)

Así, continua la Corte:

> (…) la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será

> suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuáles son realmente las conductas graves.

Ahora bien, considerando que la declaratoria de inexequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 conduciría a que la lectura de la norma fuera ambigua, la Corte adoptó, en los siguientes términos, una decisión modulada condicionando la constitucionalidad de estas disposiciones:

> (…) bajo el entendido que, para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310. (Sentencia C-1198, 2008)

Al igual y atendiendo las mismas consideraciones, se declaró la inexequibilidad del apartado normativo “además” contenido en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Ahora en punto a las disposiciones referentes al restablecimiento de la libertad por el vencimiento de términos, disposiciones contenidas en el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, esta disposición estableció un parágrafo del siguiente tenor:

> En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable

La Corte parte para el análisis constitucional correspondiente, de las consideraciones hechas en las ya referidas sentencias C-846 de 1999 y C-123 de 2004, señalando que las argumentaciones allí vertidas eran de especial relevancia en la cuestión ahora analizada, en especial en lo referente a lo que ha de entenderse por causa justa y razonable para la suspensión de la audiencia de juzgamiento. Al respectó, se reiteró que:

> (…) la ineficacia y la ineficiencia de la administración de justicia, al igual que la incuria, la inoperancia del aparato jurisdiccional y la mora en el recaudo de las pruebas, (…) están excluidas de considerarse como causas razonables, situación que “inhabilita” al juez para prolongar la detención preventiva (…) Por su parte, el decreto de una libertad provisional en los supuestos del retardo de la celebración del juicio oral, no procede en aquellos casos en que el retardo o la imposibilidad de celebrar la diligencia tenga su génesis en maniobras dilatorias del acusado o del profesional que lo asiste en el ejercicio de la defensa técnica. (Sentencia C-1198, 2008)

De esta forma y no obstante que en la sentencia C123 de 2004 se declaró la constitucionalidad de la expresión causa "justa", el Tribunal Constitucional señaló "que la expresión "justa o", dentro del sistema acusatorio – sustentada en una nueva previsión constitucional, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002- no atiende las exigencias referidas en los precedentes, como quiera que el supuesto fáctico allí consagrado no supera el imperativo de ser claro, preciso y unívoco. Lo anterior, toda vez que su indeterminación conduce a ambigüedad acerca del momento en el cual se realizará la audiencia de juicio oral, vulnerando así la garantía de la libertad personal consagrada en el artículo 28 superior. Igualmente, la preceptiva referida contraviene el imperativo constitucional que se impone a los funcionarios judiciales de observar "con diligencia" los términos procesales, so pena de ser sancionado su incumplimiento (art. 228).

Por esta razón, se declaró la inexequibilidad de la expresión "justa o" contenida en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 1142 de 2007, como quiera que deja al arbitrio del funcionario judicial cumplir o no los términos para celebrar el juicio oral.

En lo referente a la causa "razonable" inserta en la misma disposición, la Corte determinó su constitucionalidad condicionada atendiendo a que:

> (…) la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, irresistibles e insuperables, ajenos al juez o a la administración de justicia, verbi gracia, como se había indicado en anteriores oportunidades, en el caso de un ataque terrorista. Entonces, la referida causa debe estar debidamente justificada, sin que el juez como director del proceso pueda obrar arbitrariamente, invocar la incuria judicial, las irregularidades, la ineficiencia o

> ineficacia, como tampoco podrá excusarse en el recargo de trabajo, pues los principios contenidos en la Constitución y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, le imponen obrar proactivamente para solucionar la congestión o los inconvenientes que se puedan presentar, incluso con el apoyo del Consejo Superior de la Judicatura en lo de su competencia. (Sentencia C-1198, 2008)

En ese orden de ideas, se señaló por la Corte que en todo caso "la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004" (Sentencia C-1198, 2008).

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-121 de 2012 con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva en relación con la constitucionalidad del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, disposición modificada por el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 y posteriormente por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011. Allí se ocupó la Corte del siguiente problema jurídico:

> Infringe la expresión "el hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento" del artículo 19 de la Ley 1453, el principio de presunción de inocencia, elemento integrante del debido proceso, al introducir estos criterios en la valoración que debe hacer el juez sobre el grado de peligrosidad de un imputado con miras a imponer una medida de aseguramiento. (Sentencia C-121, 2012)

Atendiendo la cuestión anterior, la Corte Constitucional se ocupa del principio de presunción de inocencia desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional, señalando que dicho principio:

> (…) incorpora tres garantías: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio. (Sentencia C-121, 2012)

Ahora bien, siguiendo lo establecido por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 13, advirtió que "La presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso", así mismo y de acuerdo con la Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente el caso Levoyer Jiménez contra el Estado de Ecuador se afirmó que "se presenta una presunción de culpabilidad cuando se restringe el derecho a la libertad personal "más allá de los parámetros establecidos por la ley y los márgenes de razonabilidad con la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación"(Sentencia C-121, 2012).

Tal proceder implica un favorecimiento "a la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación, son culpables" (Sentencia C-121, 2012). Igualmente se señaló que de acuerdo con el artículo 248 de la Constitución:

> Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" afirmando que "el principio de presunción de inocencia está consagrado en el constitucionalismo colombiano como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y el derecho internacional, del que se derivan importantes garantías para la

> persona sometida a proceso penal, como son: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio. La formulación del artículo 248 de la Constitución, según la cual únicamente constituyen antecedentes penales las condenas impuestas en sentencias judiciales, en forma definitiva, configura un desarrollo de la garantía constitucional de presunción de inocencia. (Sentencia C-121, 2012)

De esta forma al momento de abordar la constitucionalidad de la expresión "el hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento" señaló que:

> La medida de aseguramiento, por su parte, tiene carácter preventivo, y no siempre comporta la privación efectiva de la libertad. Su propósito es garantizar el cumplimiento de los fines de la investigación. Desde el punto de vista del grado de certeza requerido para esta decisión, su decreto requiere que 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 que se investiga. (Sentencia C-121, 2012)

De esta forma, se considera que quien hasta ahora se encuentra imputado o acusado por la comisión de un delito o sujeto a una medida de aseguramiento aún se encuentra cobijado por la presunción de inocencia, resultando contrario al artículo 29 superior dispensar un trato igual entre quien se encuentra en dicha condición y quien ha sido ya condenado. Se

tiene en cuenta que una de las dimensiones del principio de presunción de inocencia es la de recibir un trato acorde con dicha consideración por lo que:

> (…) Se desconoce este aspecto de la garantía de inocencia presunta cuando a decisiones provisionales y precarias sobre la probable responsabilidad penal de una persona, se le imprimen efectos negativos extraprocesales, cual, si se tratara de una sentencia condenatoria en firme, y a la manera de un antecedente penal, se presentan como indicativas de peligrosidad. (Sentencia C-121, 2012)

Así mismo reafirma la Corte Constitucional:

> (…) la importancia de que la decisión acerca de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva tome en cuenta la necesidad e idoneidad que esta ofrezca para asegurar los fines constitucionales del proceso, y que esté mediada por criterios de razonabilidad. Esta valoración debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso (…) El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. El hecho de hacer producir efectos negativos a una medida de aseguramiento en otro proceso penal, diferente a aquel en el que fue proferida, desvirtúa su naturaleza preventiva y su propósito de salvaguardar los fines del proceso que le dio origen, adquiriendo connotaciones de sanción. Esta percepción se ratifica con la equiparación que hace la norma acusada, imprimiéndole los mismos efectos a situaciones completamente disímiles como el “estar disfrutando un mecanismo

sustitutivo de la pena privativa de la libertad" (núm. 3º), o "la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional" (núm. 4º). (Sentencia C-121, 2012).

Ahora bien, refiriéndonos a los criterios utilizados por la legislación penal para imponer medida de aseguramiento a un procesado, y en complementación de lo anterior, la Corte se refirió recientemente en sentencia C-469 del 2016 acerca de demanda de inconstitucionalidad realizada sobre el artículo 308 del código procedimental penal el cual se refiere a el peligro a la comunidad o a la víctima como requisito para la imposición de una medida de aseguramiento en los siguientes términos:

"(…) el propósito esencial del Estado y de las autoridades de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la protección de los habitantes en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades proporcionan una sólida fundamentación constitucional a la detención preventiva basada en la protección de la comunidad." (2016)

Lo anterior se dio ya que la demanda del ciudadano en cuestión se refería a la teoría obsoleta del derecho penal de autor, dado que, según él, se desconocía la presunción de inocencia de los procesados al ser privados de su libertad gracias a su "peligrosidad". Al respecto, la Corte señaló:

"Tales circunstancias se refieren o están relacionadas, no con el imputado *en cuanto autor*, con su *carácter peligroso*, sino con sus *actos*, como elementos de juicio para inferir la probabilidad de nuevos delitos y la necesidad de la medida restrictiva." (2016).

De lo anterior, podemos destacar que la Corte en su providencia reitera la necesidad de contar con elementos materiales probatorios que sustenten la necesidad de la imposición de la medida, al demostrar una inferencia razonable acerca de la responsabilidad penal del procesado, y así evitar la posibilidad que surge a raíz de ello, de un daño a la comunidad o a la víctima.

Finalmente es menester abarcar la más reciente decisión del Tribunal Constitucional en la sentencia C-221 del 2017, en la que decide sobre la constitucionalidad de la ley 1786 del 2016, la cual profiere unos plazos específicos para la duración de una medida de aseguramiento, que de ser incumplidos se ocasionaría la libertad automática del procesado. La Corte estimó:

"En este supuesto, el legislador, consciente de que la justificación constitucional de la prisión provisional solo no se diluye si es aplicada por un tiempo razonable y prudencial y exclusivamente con fines preventivos, consagra un término general que permite a esa limitación mantener dicho carácter y, correlativamente, también desvirtuarlo cuando la resulta superar dicho plazo (…). (2017).

En ese orden de ideas, el Tribunal aprobó la tarea realizada por el Congreso de imponer un plazo razonable a la implementación de la medida de aseguramiento, con el fin de proteger derechos contenidos en la constitución y los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos. De esta manera, se reafirmó, por parte de la Corte, el carácter cautelar y temporal de dicha medida y con ello, hay un respeto de la presunción de inocencia del procesado.

De todo lo anterior cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto las medidas de aseguramiento puede ser divida en tres etapas: una primera que comprende

los pronunciamientos respecto al Decreto 2700 de 1991 y hasta la Sentencia C-774 de 2001; una segunda etapa a partir de esta última sentencia y hasta la entrada en vigencia del Acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 y una tercera que comprende las sentencias adoptadas en el marco del actual modelo acusatorio.

De acuerdo a lo anterior, el proceso de evolución jurisprudencial ha dotado a la medida de aseguramiento de una serie de características propias que la hacen concordante con el principio de presunción de inocencia al no poder ser entendida como una pena anticipada, entre las cuales se pueden destacar un plazo razonable, el carácter cautelar, excepcional y preventivo en el marco de unas disposiciones legislativas previas.

Así la detención preventiva se constituye como una limitación legítima al derecho a la libertad de conformidad con el artículo 28 superior y su carácter preventivo o cautelar la diferencian de la sanción penal, pero para que estas consideraciones sean en efectos coherentes con el ordenamiento jurídico, las características propias de esta institución jurídico procesal deben ser tenidas en cuenta tanto por el legislador en el marco de su libertad de configuración legislativa como por los operadores judiciales y ello tendiente a no generalizar su uso y que esta solo sea impuesta en aquellos supuestos donde concurran tanto los requisitos sustanciales como formales y en efecto se atienda la necesidad de garantizar una de las finalidades constitucionales antes señaladas.

3. Las Medidas de Aseguramiento en la Ley 906 de 2004

Ahora es procedente entrar a analizar la Ley 906 de 2004. En primer lugar, se debe señalar que el legislador a la hora de configurar tanto la originaria Ley 906 de 2004 como sus subsiguientes reformas ha atendido las consideraciones de la Corte Constitucional. Así,

desde el Acto Legislativo 03 de 2002 se incorporaron las finalidades constitucionales referidas desde la sentencia C-774 de 2001.

En este sentido se consagró que corresponde a la Fiscalía General de la Nación solicitar ante el Juez que ejerza la función de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. Así mismo se indicó en el artículo 2° de la codificación procedimental penal que la libertad del procesado puede ser afectada para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad y de las víctimas.

A partir de la jurisprudencia constitucional y su paulatina incorporación legislativa, la medida de aseguramiento se tiene como una medida cautelar no punitiva, excepcional, temporal y dirigida a la satisfacción de determinadas finalidades frente a las cuales debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable. En este orden de ideas y no obstante ya haber referido en la línea jurisprudencial a estas características, a continuación, se analizará de manera concreta y breve cada una de ellas y su configuración en la Ley 906 de 2004.

3.1. Requisitos Sustanciales de la Media de Aseguramiento.

Teniendo en cuenta que la medida de aseguramiento no es una sanción penal anticipada, no obstante entrañar una afectación al derecho a la libertad personal, se debe establecer que su imposición, al estar rodeada de ciertas garantías, impone la existencia de elementos materiales probatorios de los cuales se pueda inferir que aquel contra el cual se depreca es autor o participe de la conducta punible objeto de investigación.

Así, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 indica 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 recogida y asegurada 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.

No se trata en esta primera etapa procesal de entrar a demostrar más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal, ello, como es sabido, será objeto de debate en el marco del juicio oral y público; se trata si de acreditar la existencia de elementos de conocimiento de los cuales pueda el juez con función de control de garantías, inferir con grado de razonabilidad tanto la existencia del supuesto factico imputado como su caracterización como delito y desde luego la posible autoría o participación del hasta ese momento imputado.

En este sentido, se entiende que la adopción de una medida de aseguramiento debe estar precedida del acto de vinculación al proceso, esto es el acto de comunicación que es la formulación de imputación. Así, desde la sentencia C-395 de 1994 se establece que si bien la medida de aseguramiento no es el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo, si se requiere de una serie de requisitos sustantivos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el Caso López Alvares contra Honduras que:

> La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los

> hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006)

En similar sentido, en la sentencia del caso Palamara Iribarne contra Chile, la misma Corte señaló:

> En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, 2005)

Así, para que la detención preventiva de un procesado sea legitima debe verificarse como presupuesto indispensable la existencia de mérito sustantivo a partir de los elementos materiales probatorios recaudados, debiendo señalar que de acuerdo con el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 los elementos materiales probatorios que acrediten el referido merito sustantivo deben ser puestos en consideración de la defensa para su respectiva controversia, sin que ello implique un descubrimiento probatorio anticipado, tal como lo dejó sentado la sentencia C-1154 de 2005.

Así las cosas, es la inferencia razonable de autoría o participación el primer supuesto que ha de acreditarse para la imposición de la medida de aseguramiento, sea esta privativa de la libertad o no, ya que de no existir merito sustantivo, ninguna medida puede ser siquiera considerada.

3.2. Carácter Excepcional de la Medida de Aseguramiento.

El carácter excepcional que ostenta la medida de aseguramiento se deriva en primer lugar de la misma codificación adjetiva penal, en este sentido, el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 indica que "Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; (…)". Así mismo, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que:

> La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Igualmente, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece en su principio 39 que:

> Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.

Así mismo y tal como se pudo evidenciar anteriormente, dicha excepcionalidad de la medida de aseguramiento es reiterada por la Corte Constitucional, Corporación que señala que:

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

> Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concreta. (Sentencia C-327, 1997)

Así mismo, en la sentencia C-846 de 1999, la Corte Constitucional insiste en que "dado que la libertad es la regla general, la detención preventiva sólo puede ser una medida extrema o excepcional" y en la sentencia C-456 de 2006 señala que las medidas de aseguramiento "son simples medidas cautelares – no sentencias - que sólo pueden dictarse, con carácter excepcional (…)".

Se ha indicado que el principio fundamental que regula toda la institución de la detención preventiva es el principio de excepcionalidad (Bigliani & Bovino, 2008, p. 35). Este principio el cual se orienta a evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justica (O' Donnell, 1989, p. 147).

En relación con esta característica inescindible de la medida de aseguramiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos refirió que:

> La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

> Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. (Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, 2005)

La excepcionalidad de la medida de aseguramiento, en especial cuando esta afecta la libertad personal del procesado, se encuentra íntimamente ligada al principio de presunción de inocencia y tiende a evitar el uso generalizado e incluso patológico de tan severa medida respecto a quien no se ha proferido sentencia condenatoria. Es así que, partiendo del principio de legalidad, corresponde al legislador definir de manera clara y precisa los supuestos en que se hace procedente la detención preventiva, reservando su aplicación bajo criterios de proporcionalidad a las conductas punibles de mayor gravedad y estableciendo las finalidades a cumplir.

Así mismo del carácter excepcional de la medida de aseguramiento se desprende que para su aplicación el juez deba verificar el cumplimiento de todos los requisitos tanto sustanciales como formales, así como que la misma se hace necesaria frente a una finalidad constitucional.

La regla general durante el desarrollo del proceso debe ser la libertad del procesado, no obstante, en la práctica judicial se evidencia como cada vez más se ha generalizado el encarcelamiento preventivo, contribuyendo ello a la actual crisis penitenciaria donde una enorme proporción de las personas privadas de la libertad se encuentran hasta ahora procesadas. Igualmente, las continuas reformas legislativas han sido tendientes a generalizar la procedencia de la detención preventiva ampliando los supuestos para su procedencia, muestra de ello son las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

3.3. Carácter Temporal de la Medida de aseguramiento.

Íntimamente relacionado con el carácter cautelar de las medidas de aseguramiento se encuentra su carácter temporal. Así lo refirió la Corte Constitucional en Sentencia C-301 de 1993 al considerar que:

> Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. (Sentencia C-301, 1993)

Así mismo, se debe resaltar que el carácter temporal de la detención preventiva es una consecuencia directa del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas y que se endereza a una administración de justicia eficiente y eficaz conforme las disposiciones constitucionales. En este sentido, el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos señala el derecho de todo procesado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 7.5 que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Igualmente, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas y al unísono el artículo 8 literal k de la Ley 906 de 2004 indica que el imputado tiene derecho a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas.

A su vez, la Corte Constitucional ha reiterado que:

> (…) a la luz de la Carta es un requisito indispensable la consagración de términos precisos que limiten en el tiempo el ejercicio de la función punitiva del Estado. Más aún, tratándose de una medida como la detención preventiva que, vale la pena insistir, es de carácter excepcional, la exigencia en comento es ciertamente imperiosa para garantizar la efectividad de los derechos del sindicado. Por ello, además, se ha advertido que la privación de la libertad personal, como consecuencia de esta medida de aseguramiento, no puede ser indefinida, ni siquiera durante los estados de excepción. (Sentencia C-846, 1999)

Así mismo, se dijo en la Sentencia C-634 de 2000 que a libertad provisional se erige como un derecho del procesado una vez cumplidos los supuestos normativos para su procedencia. En este último sentido, la Corte resalta que:

> (…) según lo informan la doctrina y la jurisprudencia, la libertad provisional constituye, sin lugar a equívocos, un derecho o beneficio reconocido a las personas contra quienes se ha proferido resolución de detención preventiva, permitiéndole a éstas permanecer en libertad durante el desarrollo del proceso, pero siempre que permanezcan vigentes las causas o motivos que dieron lugar al reconocimiento del derecho. (Sentencia C-846, 1999).

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El carácter temporal o provisional de la medida de aseguramiento implica que su duración debe estar determinada de manera previa, con lo que de conformidad con el principio de reserva legal corresponde al legislador dentro de su libertad de configuración legislativa determinar de manera clara los requisitos para que quien se encuentre detenido preventivamente recobre su libertad, siendo necesario recordar a este respecto lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-392 de 2000 en cuanto a que en la regulación de las causales de libertad provisional la libertad de configuración legislativa no es absoluta sino relativa encontrando limites en los postulados constitucionales en especial el artículo 29 superior.

En el marco normativo dado por la Ley 906 de 2004, el artículo 317 contempla las causales de libertad señalando que esta procederá de inmediato: 1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado. 2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad. 3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento. 4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. 5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

En cuanto al primer supuesto, se ha de señalar que de acuerdo con lo que se ha venido considerando en este capítulo, el hecho de que la duración de la detención coincida con el

término de la eventual pena a imponer comporta de por sí una violación al principio de presunción de inocencia por desconocer el carácter cautelar de la medida de aseguramiento convirtiéndola en una verdadera y anticipada sanción penal.

En lo que refiere a la aplicación del principio de Oportunidad, éste de conformidad con el artículo 250 constitucional es una excepción al principio de legalidad en cuanto permite a la Fiscalía General de la Nación suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Así en caso de darse aplicación a dicho principio no se ha de aplicar sanción penal, con lo que mantener privado de la libertad en virtud de la medida de aseguramiento a quien no será penado comporta una medida por demás innecesaria y por ende desproporcionada.

En tercer lugar, se debe tener en cuenta que la Ley 906 de 2004 establece un modelo de justicia negociada entre la Fiscalía y la defensa técnica y material, así que en virtud de los acuerdos a que las partes lleguen es dable que el procesado recobre su libertad cuando en cada caso pueda vislumbrarse que la eventual sanción penal no comportaría una efectiva privación de la libertad.

Los numerales 4° y 5° de la Ley 906 de 2004 consagran la libertad por vencimiento de términos, ello se enmarca claramente en lo que se ha venido señalando respecto de la íntima relación de las medidas de aseguramiento y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas. Así se entiende que el legislador consideró que los lapsos señalados eran los plazos máximos para mantener a una persona privada de la libertad sin haber sido sometida a juicio. En este sentido son atendibles los criterios fijados por la Corte interamericana de Derechos Humanos en materia de plazo razonable como son: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades

judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. (Caso Gonzalez Medina vs República Dominicana, 2012).

Ahora bien, se ha de señalar que el artículo 317 de la Ley 906 de 2004 ha sido objeto de reforma por las leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011, 1474 de 2011 y más recientemente por la ley 1786 de 2016 mediante las cuales el legislador ha incrementado los términos a efectos de recobrar la libertad. Así, el legislador del 2004 consideró la procedencia de la libertad cuando: primero, hubieran transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión; y segundo, transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

Con posterioridad el artículo 30 de la Ley 1142 de 2007 indicó, en relación con el numeral 4°, que los términos se contarían de forma ininterrumpida –posteriormente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia determinaría que tanto en el numeral cuarto como en el 5° los términos se contabilizaban de esta forma–; además, en el numeral 5° aumentó a 90 días los términos que ahora corrían desde la presentación del escrito de acusación sin que se hubiera dado inicio a la audiencia de juicio. Finalmente, se incluyó un parágrafo que indicaba que:

> En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Respecto de este tópico se ha de recordar la Sentencia C-1198 de 2008 ya referida que declaró la inexequibilidad de la expresión justa y condicional el termino razonable a que esta debía fundarse en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, irresistibles e insuperables, ajenos al juez o a la administración de justicia, sin que el juez como director del proceso pueda obrar arbitrariamente, como tampoco excusarse en el recargo de trabajo. En todo caso la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

La reforma introducida por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011 incrementa nuevamente los términos de libertad de manera tal que en el numeral 4°, cuando en el caso concreto se presente concurso de delitos o sean tres o más imputados, los términos no serán de 60 sino de 90 días; en el numeral 5° el termino se aumenta a 120 días. Así mismo, se modificó el parágrafo correspondiente incluyendo los términos de la Sentencia C-1198 de 2008. Finalmente, se adiciona un segundo parágrafo según el cual "en los procesos que conocen los jueces penales de los circuitos especializados, para que proceda la libertad provisional, los términos previstos en los numerales 4 y 5 de este artículo se duplicarán".

Se puede observar como el legislador ha ido considerando necesario el aumento de los términos de libertad incluyendo consideraciones específicas de acuerdo con cada tramite, atendiendo de esta forma la complejidad que revisten los procesos adelantados contra un mayor número de procesados o aquellos en los que existe concurso de delitos, al igual que en los casos de mayor connotación como son los de conocimiento de los Jueces Penales del Circuito especializados.

Finalmente, en el año 2016, entra en vigor la ley 1786 la cual modifica el artículo 317 y volvería a implementar un término de 60 días desde la formulación de imputación hasta la presentación del escrito de acusación. Por otro lado, mantuvo el plazo de 120 días desde la presentación del escrito de acusación hasta el inicio de la etapa del juicio, y por último impuso un plazo máximo de 150 días desde el inicio del juicio hasta la lectura del fallo. De no llevarse a cabo estas actuaciones en los términos referidos, opera una cláusula de libertad a favor del procesado que se encuentra en medida de aseguramiento. Adicionalmente a lo anterior, la norma prohíbe que se mantenga a un procesado bajo medida de aseguramiento que prive de la libertad por más de un año. Al respecto, la Corte Constitucional, se refirió en la sentencia C-221 del 2017 en los siguientes términos:

"Este término, se dijo, funciona como una cláusula general de libertad a favor del acusado, fundada en un cálculo del tiempo prudencial que toma el trámite del proceso, precisamente, hasta la adopción del fallo que resuelve la apelación contra la sentencia. Por lo tanto, si bien constituye una causal general de libertad, en el momento procesal al que se refieren los actores el derecho a un debido proceso sin dilaciones y la libertad personal del acusado se encuentran resguardados por el contenido de esa previsión legal." (2017)

Adicionalmente, para "los casos de cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000" (Ley 1786, 2016), el término de un año podrá ser prorrogable hasta por el mismo término inicial, y los términos anteriormente enunciados se incrementarán, en dados casos, por el mismo término inicial. En atención a lo anterior se comprende que en efecto el legislador ha contemplado

la complejidad del asunto a efectos de determinar la duración máxima que puede tener la prisión preventiva.

Según lo hasta aquí expuesto es dable afirmar que no son permitidas las medidas de aseguramiento indefinidas o de duración indeterminada, siendo los términos establecidos legalmente lo máximo en que una persona puede permanecer privada de la libertad sin que en su contra se profiera sentencia de carácter condenatorio, dado que, al desconocer el plazo razonable de la medida en cuestión, se estaría violando la presunción de inocencia.

3.4. Carácter Cautelar.

La naturaleza cautelar de la detención preventiva está relacionada con su carácter meramente instrumental o procesal – no punitivo – que impone su ineludible fundamentación, en cada caso concreto, en alguna de las finalidades mediante las cuales se provee a su justificación (Sentencia C-318, 2008).

Como se señaló desde la sentencia C-774 de 2001 y la línea jurisprudencial trazada a partir de allí por la Corte Constitucional, la medida de aseguramiento constituye una medida de índole cautelar, esto es:

> (…) de 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. (Sentencia C-774, 2001)

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En efecto, la detención preventiva que implica la privación de la libertad de quien aún se encuentra procesado reviste una prevención o una cautela adoptada por la jurisdicción y con amparo legal a efectos de evitar la materialización de ciertos y determinados riesgos, unos de naturaleza procesal: riesgo de obstrucción a la justicia y probable no comparecencia del procesado; o de naturaleza material: probable continuación de la actividad delictiva.

Así, en consonancia con el inciso 1° del artículo 250 de la Constitución, el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 establece que el juez con función de control de garantías por petición de la Fiscalía General de la Nación ordenará la restricción de la libertad del procesado cuando esta resulte necesaria para "garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas"; igualmente, el artículo 296 de la misma disposición indica que:

> La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

Es precisamente el carácter cautelar y no sancionatorio que ostenta la medida de aseguramiento lo que la hace diferente a la pena. De esta forma, no riñe con el principio de presunción de inocencia, siendo una institución perfectamente compatible con el ordenamiento constitucional. Según lo expresa la Corte Constitucional, se trata de una institución que tiende "a asegurar que la persona sindicada de haber cometido delito, cuando contra ella existan indicios graves de responsabilidad, comparezca efectivamente al proceso penal, es decir que no escape a la acción de la justicia", razón por la cual, "tienen

un carácter preventivo, no sancionatorio" lo que la hace diferente a la pena (Sentencia C-106, 1994).

La jurisprudencia constitucional en todos sus momentos ha considerado como característica definitoria de la detección preventiva el carácter de medida cautelar dirigida a impedirle al imputado la fuga, "la continuación de su actividad delictual o las labores que pueda emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción" (Sentencia C-395, 1994).

Igualmente, la jurisprudencia internacional ha atendido esta consideración. En este sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos humanos:

> 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. (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1997)

Ahora bien, es este el punto donde se enmarca el problema cuya resolución es objeto del presente trabajo. En efecto, las medidas cautelares están destinadas a satisfacer las necesidades propias del proceso, en especial a garantizar que la decisión que se adopte a su culminación se materialice. Así, es connatural al carácter cautelar de la medida de aseguramiento el evitar que el procesado evada la justicia y asegurar su presencia tanto para el desarrollo del juicio como para el cumplimiento de la eventual pena que se le llegare a imponer. Así mismo, es una finalidad eminentemente procesal el garantizar que el procesado no emprenda actividades tendientes al ocultamiento o destrucción de elementos materiales probatorios, o a la manipulación de testigos, es decir, para emplear los términos del nuestro codificado procedimental peal, para evitar la obstrucción la ajusticia.

De otro lado, si bien tanto nuestra tradición legislativa como la jurisprudencia constitucional han considerado como finalidad propia de la medida de aseguramiento el evitar que el procesado continúe desarrollando actividades delictivas, esta no es propiamente una finalidad de índole procesal, sino más bien de derecho penal material. Basta por ahora recordar que el artículo 4° de la Ley 599 de 2000 establece como funciones propias de la pena la prevención especial es decir evitar que el condenado cometa nuevas conductas delictivas gracias a su reinserción social o bien mediante la intimidación y su reclusión.

Sea suficiente por ahora esta aproximación toda vez que este asunto complejo por demás será abordado en profundidad en el capítulo subsiguiente, siendo por ahora solamente

necesario dejar por sentado que al ser la medida de aseguramiento una media cautelar, para que esta sea procedente debe acreditarse fehacientemente y con soporte factico probatorio que se hace necesaria de cara las finalidades constitucionales que la justifican.

3.5. Adecuación, Necesidad y Proporcionalidad de las Medidas de Aseguramiento.

El artículo 295 de la Ley 906 de 2004 refiere que las medidas restrictivas del derecho a la libertad que se adopten en el marco del proceso penal deben ser necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables frente a los contenidos constitucionales, siendo en materia de medidas de aseguramiento estos contenidos constitucionales las finalidades a las que hemos venido refiriendo.

Estos criterios de necesidad, adecuación y proporcionalidad se encuentran integrados en lo que se conoce como el principio de proporcionalidad que es aplicable a toda medida que afecte derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad tiene sus antecedentes en el derecho constitucional alemán de donde se ha generalizado su utilización en el control de constitucionalidad, en este sentido, Juan Cianciardo señala que, según el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a "la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa" (Cianciardo J, 2004, p. 31).Por su parte, según el profesor mejicano Rubén Sánchez Gil (2007), señala que:

> Estriba, a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental —u otro principio constitucional— sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de

> conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no. (p. 20)

Así, es en el estudio respecto a la legitimidad de las medidas legislativas administrativas donde el empleo del principio de proporcionalidad es mayor ya que "contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas lo actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales" (Bernal Pulido, 2005, p. 66).

La aplicación del principio de proporcionalidad implica la existencia de un conflicto de derechos fundamentales y principios. Siguiendo a Alexy señalamos antes que las normas que regulan derechos fundamentales pueden tener estructura de reglas o de principios. Ahora bien, siguiendo esta misma línea dicha distinción se muestra más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas: "Un conflicto de reglas solo puede solucionarse mediante la introducción de una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es invalida" (Alexy, 2007, p. 69).

De otro lado, las colisiones de principios se resuelven mediante la aplicación de una metodología en donde uno de los éstos cede ante el otro sin que ello implique declarar invalido el principio, desplazado ni que en el mismo haya que introducir una cláusula de excepción, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro (Alexy, 2007, p. 70).

Ahora bien, sea frente a un conflicto de reglas con principios o una colisión de principios, la aplicación del principio de proporcionalidad permite dilucidar bien si la regla

se excluye del ordenamiento o bien qué principio prevalece en el caso concreto. En este sentido afirma Sánchez Gil (Sánchez Gil, 2007):

> (…) la aplicación del principio de proporcionalidad constituye una justa solución de los «conflictos que enfrentan los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, entre sí o con otros bienes jurídicos promovidos por una medida legislativa o administrativa que incida en la afectación de aquellos. (p. 21)

El principio de proporcionalidad se compone a su vez de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legitima. Estas reglas son los sub principios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

No obstante que como se ha señalado la aplicación del principio de proporcionalidad se da de manera preponderante en la resolución de conflictos de reglas y colisiones de principios en el marco del análisis constitucional respecto a las medidas adoptadas por el poder público, no es menos aplicable en la praxis judicial a la hora de verificar la legitimidad de medidas que afectan derechos fundamentales. Es innegable que en el marco del proceso penal se adoptan por el poder judicial medidas que restringen múltiples derechos fundamentales, V. Gr., la interceptación de comunicaciones que en nuestro ordenamiento puede ordenar la Fiscalía General de la Nación comporta una intervención en el derecho a la intimidad; así mismo la orden de registro y allanamiento implica una limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio. En la materia que aquí nos ocupa, la

medida de aseguramiento, sea cual sea, que impone el juez de control de garantías afecta en mayor o menor medida el derecho a la libertad personal.

Así las reglas o sub principios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, determinan la procedencia de las medidas de aseguramiento y de cualquier medida que afecte la libertad del procesado tal y como lo señala el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 antes citado.

Ahora veremos el contenido de cada uno de los sub principios a los que se ha venido haciendo referencia y como estos operan en relación con la determinación respecto a la procedencia o no de una medida de aseguramiento.

El primer sub principio es el de adecuación o idoneidad e implica que "toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo" (Bernal Pulido, 2005, p. 67). A su vez este sub principio se desarrolla en dos vertientes:

> (…) 1) aquella medida legislativa debe tener un fin legítimo y 2) debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural. (Sánchez Gil, 2007, p. 40)

A la hora de estudiar la procedencia de una medida aflictiva a un derecho fundamental, en el caso de la detención preventiva, lo primero a establecerse sería ¿qué se persigue con dicha medida? Así la finalidad de las medidas de aseguramiento constituye el primer criterio para establecer si ésta es o no adecuada. En cada caso se debe establecer que en

efecto existe un riesgo de que el procesado en caso de quedar en libertad obstruya la justicia o que continuará desarrollando actividades delictivas o atentará contra las víctimas o que no comparecerá al proceso y al cumplimiento de una eventual pena. En segundo lugar, atendiendo a que la Ley 906 de 2004 en su artículo 307 consagra múltiples medidas de aseguramiento, unas privativas de la libertad y otras no privativas de la libertad, se ha de señalar cómo desde un punto de vista fáctico la medida deprecada es idónea para el cumplimiento de la finalidad constitucional.

El segundo sub-principio es el de necesidad que implica que la medida que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque:

> (…) 1) es la medida menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor. De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existe alguna alternativa menos perjudicial para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone. (Sánchez Gil, 2007, p. 45)

La necesidad de la medida de aseguramiento se relaciona con la pluralidad de medidas cuya adopción es posible según el artículo 307 de la Ley 906 de 2004. De esta forma, establecida la idoneidad en el caso concreto de múltiples medidas de aseguramiento se ha de adoptar aquella que resulte menos lesiva al procesado. Es así que siguiendo este criterio y aunado al carácter excepcional que tiene la detención preventiva, ésta ha de ser la medida

a adoptar en última instancia por ser de todas la que mayor afectación implica, siendo por ende preferible, en caso de ser suficientes para el cumplimiento de la finalidad constitucional determinada, la detención preventiva en el lugar de residencia y las medias no privativas de la libertad.

Finalmente, la medida que restrinja derechos fundamentales debe ser proporcional *stricto sensu*. La proporcionalidad estricto sensu o en sentido estricto o ponderación

> (…) supone una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquéllos. (Sánchez Gil, 2007, p. 48)

O, en otras palabras, "las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y la para la sociedad en general" (Bernal Pulido, 2005, pág. 67).

Para Alexy (2007) entre la teoría de los principios por el desarrollada y el principio de proporcionalidad existe una conexión, el carácter de principio que tienen las normas de derechos fundamentales implica que sean mandatos de optimización (p. 67) y ello a su vez la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub-principios de idoneidad, necesidad (mandato del medio más benigno), y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho). Así:

> Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de la ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de la colisión. Dado que está ordenado aplicar los principios válidos, cuando ellos son aplicables, y que para su aplicación en los casos de colisión es indispensable llevar a cabo una ponderación, entonces, el carácter de principio de las normas de derecho fundamental implica que está ordenado llevar a cabo una ponderación cuando ellas entran en colisión con otros principios contrapuestos. Esto quiere decir que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. (Alexy, 2007, p. 92)

Así, si el principio de proporcionalidad implica una colisión de principios derivada de la aplicación de una medida que limita derechos fundamentales y que está su vez va encaminada a la satisfacción de finalidades constitucionales validas, el ejercicio de ponderación se encamina a establecer si la satisfacción de estas finalidades justifica la afectación del derecho fundamental.

Si tenemos en cuenta que las finalidades frente a las cuales la medida de asuramiento es constitucionalmente admisible son asegurar la comparecencia del procesado, evitar la obstrucción de la justicia y proteger a la comunidad y las víctimas, la ponderación

implicaría determinar el peso de los bienes constitucionales a proteger y los derechos fundamentales afectados.

No obstante lo anterior, es claro que en el marco del Estado Constitucional de Derecho no corresponde al juez determinar si estas finalidades son o no admisibles toda vez que quien desarrolla este ejercicio primariamente es el legislativo dentro de su libertad de configuración. En todo caso, como vimos, estas finalidades fueron en efecto adoptadas por el legislador del 2004 y han sido reconocidas por la jurisprudencia constitucional. Corresponde si al juez determinar si la medida es adecuada y necesaria.

Ahora bien, atendiendo el objeto del presente trabajo si es procedente desde un punto de vista académico analizar las finalidades que en nuestro ordenamiento procedimental penal se han atribuido a las medidas de aseguramiento y en especial a la detención preventiva y si éstas se compadecen con la garantía a los derechos fundamentales a la libertad personal y al debido proceso.

Indudablemente en el marco del Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho el poder público debe tomar medidas tendientes a garantizar la seguridad de la colectividad, así como la vigencia de los derechos fundamentales de todos los asociados, siendo el derecho penal un mecanismo idóneo para la consecución de estos objetivos que se encuentran consagrados de manera expresa en la Constitución. La cuestión entonces no es establecer la legitimidad de los fines sino la adecuación de los medios, en especial atendiendo el fin de protección a la comunidad o, en otras palabras, evitar la continuación de la actividad delictiva. Con ello entramos ya en la recta final para cumplir el objeto del presente trabajo que como se indicó desde el primer capítulo no es otro que establecer si la

medida de aseguramiento de detención preventiva es o no coherente con el principio de presunción de inocencia atendiendo las finalidades procesales y sustantivas o materiales allí consagradas.

3.6. Finalidades de la Medida de Aseguramiento en la Ley 906 de 2004.

Antes de iniciar este apartado es necesario advertir que, si bien el objeto de este trabajo se encentra relacionado con las finalidades de la detención preventiva, no nos ocuparemos aquí del ámbito problemático, sino que se ha de realizar una descripción de cómo la normatividad procedimental penal implementada a través de la Ley 906 de 2004 maneja estas finalidades, dejando para el capítulo siguiente el trasfondo del asunto.

En este sentido iniciamos por establecer que siguiendo la jurisprudencia constitucional el legislador del 2004 indicó en el artículo 2 de la Ley 906 de 2004 que:

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.

Consonante con ello el artículo 296 ibídem indica:

La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

Y el artículo 308 señala que El juez de control de garantías:

(…) decretará la medida de aseguramiento (…) 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; 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Las finalidades así señaladas se encuentran en el artículo 309 referido al riesgo de obstrucción del proceso, en el artículo 310 al peligro para la sociedad, en el artículo 311 el peligro para la víctima y en el artículo 312 al riesgo de no comparecencia.

3.6.1. Riesgo de Obstrucción a la Justicia.

El artículo 309 consagra la procedencia de la medida de aseguramiento cuando exista un riesgo de obstrucción a la justicia, el cual se verifica con la existencia de motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

La finalidad esencial del proceso penal es establecer la verdad procesal, así en desarrollo de la etapa instructiva le corresponde a la Fiscalía General de la Nación investigar los supuestos facticos que lleguen a su conocimiento; establece si estos se adecuan o no a comportamientos establecidos como punibles por la ley penal; determinar quién o quiénes pueden ser autores o participes de la conducta; y recaudar los elementos materiales

probatorios con los cuales ejercerá la acción penal de la cual es titular ante los jueces de la República.

Una vez establecida una inferencia razonable de autoría o participación con fundamento en los elementos materiales probatorios recaudados se hace procedente la formulación de imputación, la posterior presentación del escrito de acusación y el inicio de etapa de juzgamiento ante el juez de conocimiento. En esta segunda etapa corresponde demostrar, en el marco del juicio público, la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable respecto a los hechos investigados y por los que se hubiere formulado imputación y presentado la acusación. En este sentido, es el juicio el escenario para la práctica y controversia de las pruebas a partir de cuya interpretación objetiva y valoración judicial se fijarán los hechos probados, en los que se habrá de basar la sentencia.

> Así, la fijación final de los hechos en el proceso penal es el resultado de una actividad de introducción de hechos progresiva (delimitación progresiva del objeto del proceso) y, detenida esa introducción (inmutabilidad del objeto del proceso), de comprobación de la «certeza» de los mismos. Es claro que la imposibilidad (natural, provocada o fortuita) de llevar a cabo los actos de determinación de los hechos puede conducir a la frustración del proceso y su fin principal: conocer un hecho pasado para aplicar la consecuencia que legalmente proceda. (Pujadas Tortosa, 2008, p. 76)

Siendo el fin último del proceso penal establecer una verdad procesal lo más cercana posible a la verdad real, el cumplimiento de esta finalidad puede ser entorpecido bien de manera fortuita o bien por la acción humana. Frente al primer supuesto v. gr. la muerte accidental de un testigo, no existen acciones posibles salvo que ello sea predecible; frente

al segundo supuesto, es decir frente a la intervención humana, corresponde la adopción de medidas precautelativas. El riesgo de obstrucción a la justicia surge, así como presupuesto subjetivo o como fundamento de adecuación para la adopción de medidas cautelares personales frente al procesado previendo la existencia de un peligro procesal.

De esta forma, la restricción de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento encuentra sustento en evitar que el procesado pueda emprender acciones encaminadas al ocultamiento, modificación o destrucción de elementos materiales probatorios, o pueda inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando pueda impedir o dificultar la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación. Así, establecer este peligro procesal implica de manera necesaria la realización de valoraciones subjetivas respecto al procesado, estableciendo en primer lugar su aspecto volitivo y en segundo lugar la capacidad que en efecto pueda tener para materializar su intención de obstruir a la justicia.

Según indica Pujadas Tortosa (2008) “la peligrosidad es un estado subjetivo, referido a un objeto sí, pero indicativo de una determinada tendencia o intención personal apreciar la «peligrosidad procesal» exige atender a una especie de disposición anímica o predisposición para materializar el «riesgo de frustración»” (p. 119).

En este sentido lo primero a determinar es si en efecto el procesado tiene ánimo de emprender acciones tendientes a entorpecer el actuar de la justicia, tanto en razón al trámite procesal como en especial a la actividad investigativa. Ello entraña de por si inmensas

dificultades propias de una valoración eminentemente subjetiva, pero corresponde al Fiscal delegado acreditar de manera seria y fundada la presencia de dicho ánimo de obstrucción.

En segundo término, además de tener la intención de obstruir la justicia, el procesado debe estar en capacidad material de hacerlo; no es lo mismo el querer hacer algo que el poder hacerlo. En efecto, el procesado puede tener la voluntad, por ejemplo, de destruir u ocultar elementos materiales probatorios, pero no podrá hacerlo si estos ya están en poder de la Fiscalía. Así mismo, puede querer sobornar a los testigos, pero no tener los recursos para ello. En este sentido, corresponde acreditar la capacidad del procesado para materializar el riesgo que se pretende conculcar.

3.6.2. Peligro Para la Comunidad.

El peligro para la comunidad está determinado por la probable continuación en el actuar delictivo por parte del procesado, en este sentido, la medida de aseguramiento comportaría una finalidad no procesal sino de derecho penal material.

En efecto, el artículo 310 desarrolla el numeral segundo del artículo 308 señalando que "Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad", será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar disfrutando 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 se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito. 7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Lo primero a tener en cuenta es lo ya dicho respecto de la Sentencia C-1198 de 2008 que declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, en cuanto a que el criterio de gravedad de la modalidad de la conducta delictiva no es suficiente para determinar la existencia de un peligra para la comunidad, "sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas" (Sentencia C-1198, 2008).

Así, el peligro para la comunidad como fin constitucional de la medida de aseguramiento se encuentra fundado en primer lugar en el artículo 1° de la Constitución que establece como principio fundante del Estado Colombiano la prevalencia del interés general sobre el particular. Así mismo, el artículo 2 de la Carta establece como fines esenciales del Estado el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, así como que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades.

Para la Corte Constitucional la seguridad tiene una triple connotación jurídica, en tanto se constituye en valor constitucional, derecho colectivo y derecho fundamental (Sentencia T-234, 2012). Así mismo, se constituye en uno de los puntos cardinales del orden público como "garantía de las condiciones necesarias para el ejercicio de todos los derechos y

libertades fundamentales por parte de las personas que habitan el territorio nacional" (Sentencia T-719, 2003).

En su dimensión de derecho colectivo la seguridad

> (…) asiste en forma general a todos los miembros de la sociedad, quienes se pueden ver afectados por circunstancias que pongan en riesgo bienes jurídicos colectivos tan importantes para el conglomerado social, como el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y salubridad públicas, la moral administrativa, el medio ambiente o la libre competencia económica. (Sentencia T-719, 2003)

Como derecho individual se concibe la seguridad como un derecho de amplio de contenido prestacional en tanto

> (…) que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a amenazas que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades del Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad. (Sentencia T-719, 2003)

Ahora bien, la Corte ha precisado que el derecho a la seguridad personal comprende la vida y la integridad personal como derechos básicos para la existencia misma de las personas.

> (…) el énfasis principal de la labor protectiva de las autoridades ha sido ser la provisión efectiva de las condiciones mínimas de seguridad que posibilitan la existencia de los individuos en sociedad, sin estar expuestos a riesgos extraordinarios de recibir daños en su contra. (Sentencia T-719, 2003)

En suma, la seguridad debe ser entendida como valor constitucional, derecho colectivo y fundamental, precisándose respecto de este último, que se constituye en una garantía que debe de ser preservada por el Estado y que se extiende a los todos los bienes jurídicos que en un momento determinado requieren la adopción de medidas de protección, a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la vida e integridad personal (Sentencia T-234, 2012).

De esta forma la medida de aseguramiento de detención preventiva ha sido considerada al interior de nuestro ordenamiento jurídico como una medida idónea para garantizar la seguridad de la sociedad.

Con lo anterior el artículo 310 de la ley 906 de 2004, el cual ha sido modificado por el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 y posteriormente, por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011, establece que para determinar si la libertad del procesado entraña un peligro para la seguridad de la comunidad se debe valorar en primer lugar la gravedad y modalidad de la conducta punible, teniendo en consideración lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1198 de 2008, en donde se profiere que si bien dicho criterio es necesario, no es suficiente para establecer la imposición de una medida de aseguramiento, debiéndose valorar la finalidades constitucionales.

En este sentido la valoración del peligro para la comunidad implica una valoración subjetiva en cuanto se trata de un pronóstico de comportamiento, es decir que se hace necesario establecer la probabilidad de la comisión de otras conductas delictivas por parte del procesado una vez se deja en libertad. Esto sin lugar a dudas entraña dificultades, razón por la que el legislador ha reducido el ámbito de discrecionalidad del juez señalando los criterios atendibles para la realización de dicho pronostico.

En primer lugar, se tiene en cuenta la continuación del actuar delictivo, esto es, un factor pre delictual determinado por el comportamiento anterior del procesado que implica valorar que quien en el pasado ha reiterado la comisión de conductas punibles es probable que en el futuro continúe esa misma línea comportamental. Igualmente, se puede tener en cuenta la probable vinculación con organizaciones delictivas como factor determinante al momento de predecir cuál será el comportamiento del procesado en el futro y si este entraña o no un peligro para el conglomerado social.

En segundo lugar, se atiende al número de conductas delictivas que se le imputan, lo que igualmente valora que quien ha desarrollado múltiples conductas delictivas, por las que ahora se procesa y frente a las cuales existen elementos materiales probatorios que permiten establecer inferencia razonable de autoría o participación, continuará desarrollando conductas aflictivas a bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal.

El tercer criterio para determinar el peligro que la libertad del procesado entraña para la seguridad de la comunidad es el que el procesado se encuentre disfrutado de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. En este sentido, si la valoración del comportamiento previo se considera como determinante a la

hora de prever el comportamiento futuro, es entendible que quien se encuentra gozando de un beneficio punitivo, lo que implica haber sido sujeto a una sentencia condenatoria, sea considerado proclive a comisión de delitos, máxime cuando la concesión de subrogados se encuentra íntimamente ligada al principio de necesidad de la pena, lo que implica haber tenido la expectativa de que el penado readecuaría su comportamiento sin necesidad de tratamiento penitenciario, expectativa que al verse defraudada justifica un tratamiento de mayor severidad incluso desde la etapa procesal.

En cuarto lugar, el artículo 310 considera la existencia de sentencias condenatorias vigentes. Frente a ello son igualmente atendibles las consideraciones previas respecto a que el comportamiento previo del procesado se valida a la hora de prever el riesgo de reincidencia o de reiteración en la comisión de conductas delictivas.

De otro lado, los numerales 5°, 6° y 7° que fueron introducidos por el artículo 65 de la ley 1453 de 2011 no tienen en cuenta factores pre delictuales sino delictuales, es decir, consideraciones respecto de la forma como se comete el delito v. gr. empleando armas blancas o de fuego y la utilización de medios motorizados para la ejecución o perfeccionamiento de delitos dolosos; o el bien jurídico tutelado y la condición de del sujeto pasivo v. gr. los delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales con víctimas menores de 14 años. Es discutible que factores delictuales como los anteriores puedan hacer previsible la comisión de conductas delictivas por quien es procesado. En primer lugar, una persona carente de antecedentes se consideraría un peligro para la sociedad con fundamento en consideraciones propias de una conducta frente a la cual aún no ha sido considerado culpable y, segundo, tendríamos delitos que por su sola investigación conllevarían a la

imposición de una medida de aseguramiento intramuros, por ejemplo, el acto sexual abusivo con menor de 14 años, vulnerando así el derecho de presunción de inocencia.

Si se tiene en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que para la imposición de una medida de aseguramiento se debe tener en cuenta la finalidad hacia la cual esta se dirige y que el propio artículo 310 de la Ley 906 de 2004 indica "Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva", surge de manera nítida que corresponde en cada caso argumentar como y porque existe riesgo para la comunidad, no siendo por si solos los factores delictuales antedichos sustento suficiente para la privación provisional de la libertad.

Finalmente, el numeral 5 del artículo 310 de la Ley 906 de 2004 establece la pertenencia a un grupo de delincuencia organizada. Frente a este factor es preciso señalar que pareciera que el numeral 5° reitera el segundo apartado del numeral 1°, con lo que son aplicables las mismas consideraciones. Al respecto, la salvedad reside en que en el primero se considera la probable vinculación mientras en el quinto se establece la pertenencia, de lo que surgiría que los elementos de convencimiento deben apuntar a la certeza respecto a que el procesado en efecto integra un grupo de delincuencia organizada. Lo anterior implicaría que este numeral tendría como soporto cuasi necesario la imputación por el punible de concierto para delinquir.

3.6.3. Peligro para la víctima.

El artículo 311 de la Le 906 de 2004 desarrolla el segundo apartado del numeral segundo del artículo 308 estableciendo los factores que han de tenerse en cuenta para considerar que libertad del procesado constituye un peligro para la seguridad de la víctima.

Podemos indicar que en efecto la medida de aseguramiento se ha tenido como legitima frente a la protección a la víctima y su entorno familiar, siendo prudente recalcar que desde la sentencia C-209 de 2007 y posteriormente, con el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, la víctima como interviniente especial se encuentra legitimada para elevar ante el juez con función de control de garantías la solicitud de imposición de medidas de aseguramiento.

Respecto a los fines constitucionales, el riesgo para la víctima se puede enmarcar tanto desde la posible obstrucción a la justicia como desde el riesgo de reiteración en el delito; así, desde el primer aspecto, se debe considerar que en muchos casos la víctima puede ser denunciante y/o es testigo de cargo, por lo que puede ser blanco de intimidaciones, amenazas o atentados tendientes a evitar que comparezca al proceso, bien evitando que denuncie o bien evitando que declare en juicio. En segundo lugar, las víctimas, especialmente aquellas que son especialmente vulnerables, pueden ser nuevamente victimizadas; tal es el caso de los menores víctimas de abuso sexual que conviven con su agresor.

En estos casos la detención preventiva o en general la medida de aseguramiento apunta a evitar la comisión de nuevos delitos contra quien ya ha sido víctima, garantizando de un lado su seguridad y la de su entorno familiar y de otro el correcto adelantamiento del proceso.

Se debe tener en cuenta que al tenor del artículo 311 de la Ley 906 de 2004 los motivos para establecer la existencia del peligro para la seguridad de la víctima deben ser fundados, descartándose las meras elucubraciones o argumentos vagos o de carácter general. Así, el riesgo que pueda entrañar la libertad del procesado para la seguridad de la víctima se debe estudiar bajo las circunstancias propias de cada caso e igualmente se debe adoptar la medida de aseguramiento estrictamente necesaria para cumplir la finalidad a la cual apunta.

3.6.4. Peligro de no Comparecencia.

La comparecencia del procesado se ha configurado como un deber jurídico o una carga procesal, lo que explica que la ausencia injustificada del indiciado ante una citación judicial que requiere su presencia real v. gr. la formulación de imputación, puede dar lugar a una orden de captura (Pujadas Tortosa, 2008, p. 71). A diferencia de nuestros pretéritos sistemas de enjuiciamiento penal que permitían el procesamiento en ausencia, la actual Ley 906 de 2004 predica que por regla general el procesado debe estar realmente presente en todas las audiencias. De esta forma, en aras de garantizar de un lado el correcto adelantamiento del proceso y de otro de tener certeza respecto del cumplimiento de la eventual pena que se llegara a imponer, la medida de aseguramiento de detención preventiva se muestra como adecuada para el cumplimiento de estas finalidades constitucionales (Sentencia C-591, 2005).

Según indica el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, para decidir respecto de la eventual no comparecencia del procesado tanto al proceso como al cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, se ha de considerar en primer lugar la gravedad y modalidad de la conducta delictiva, así como la pena imponible, criterios ambos que apuntan a que la medida de aseguramiento, en especial la privativa de la libertad, sólo sea procedente frente

a aquellas conductas de mayor gravedad y que por ende producen un mayor impacto social. Este es en efecto un factor limitante al uso generalizado de medidas que por su propia naturaleza son de carácter excepcional.

El factor de la pena imponible apunta igualmente a asegurar que el procesado que pueda verse sometido a una drástica sanción no evada su cumplimiento, asegurando su presencia desde el inicio de la actuación, lo que es claramente coherente con el carácter cautelar que ostenta la medida de aseguramiento.

Ahora bien, siguiendo lo señalado por la sentencia C-1198 de 2008 y al igual que acontece en el peligro para la comunidad, la medida de aseguramiento que se funda en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004 debe tener como soporte alguno de los tres numeral allí indicados:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. 2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este. 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

Para la determinación del riesgo de no comparecencia, se tienen en cuenta factores subjetivos pre delictuales, delictuales y post delictuales. En este sentido, el numeral primero apunta a que si el procesado carece de arraigo sea procedente su detención. El Diccionario de la Real Academia define arraigar como:

> (...) 1. intr. Echar o criar raíces. U. t. c. prnl. 2. intr. Dicho de un afecto, de una virtud, de un vicio, de un uso o de una costumbre: Hacerse muy firme. U. m. c. prnl. 3. intr. Establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas.

El arraigo es una situación de hecho que ata a una persona a un determinado entorno geográfico y que se determina por su situación social, laboral o familiar, así se entiende que quien no tiene nada que lo vincule a un lugar determinado pueda abandonarlo en interés de evadir la acción judicial.

El mismo numeral primero determina la capacidad del procesado de permanecer oculto o de abandonar de manera definitiva el país. Esta capacidad debe ser acreditada por quien solicita la medida y evaluado objetivamente por el juez. Sobre éste particular señala el ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia Gustavo Gómez Velásquez:

> (…) resulta engañoso aquello de las facilidades para abandonar el país, lo cual daría lugar a que escasas personas escaparían a la no aplicación de esta causal pues hoy en día casi nadie carece de esas aptitudes. A veces ocurre que el más capacitado, por abundancia de recursos económicos, ocupaciones y engranaje social, se ve más cohibido y restringido para evadirse del territorio u ocultarse, pues por donde le queda expedito ausentarse suelen ser lugares, vías o medios bastante concurridos o le resulta casi imposible desentenderse de sus ocupaciones o delegar su administración en alguien. En cambio, quien carece de esos medios encuentra más abundantes caminos para desaparecer u ocultarse. (Gómez Velásquez, 2009, p. 119)

En efecto, tal como se señaló en lo referente al riesgo de obstrucción, no es suficiente acreditar la capacidad material de salir del país, se hace necesario acreditar el factor volitivo, es decir la intención del procesado de evadir el proceso.

El numeral segundo del artículo 312 en comento hace referencia a un factor delictual cual es la gravedad del daño causado y la actitud asumida frente a éste. Como se evidencia son dos puntos los que se han de tener en cuenta, primero que el daño causado con el delito sea en efecto grave y segundo que se dé un desvalor de acto frente al comportamiento posterior del procesado en relación con ese mismo daño. Así lo refiere el Gómez Velásquez (2009):

> La posición del imputado frente al daño podrá revelar suma insensibilidad, carencia de arrepentimiento, indolencia a avenirse a una justa reparación, etc., pero es un poco extraña al fenómeno de la no comparecencia. Más valdría, y puede insertarse en la previsión, la hostilidad del medio ambiente luego de cometido el delito, lo que permite inferir que para escapar a ésta termina escabullándose de la justicia. La dificultad en encontrarle, luego de su conducta, puede servir de algo. Como también las manifestaciones a familiares o terceros, que suelen condensarse en la conocida expresión: "esto no lo pago", "no voy a ir a la cárcel", etc. (p. 120)

Finalmente, el numeral 3 del artículo 312 establece como criterio para establecer la posible o comparecencia del procesado su “durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena”. Este criterio se refiere a factores tanto pre delictuales como pos delictuales.

Los primeros hacen referencia a que en actuaciones adelantadas con anterioridad el procesado haya mostrado una actitud reticente frente a la justicia dada bien por no haber comparecido o haberse sustraído al cumplimiento de la pena. Ello implica nuevamente valorar comportamientos pasados para prever cómo será el comportamiento futuro.

En cuanto a los factores post delictuales, se determinan a partir de la actitud del procesado en el trámite que contra él se adelanta, si se ha mostrado reticente a acudir a los llamados judiciales o si ha emprendido acciones desleales para ocultarse o para dilatar el proceso.

Con lo dicho hasta aquí se muestra cómo las finalidades que se atribuyen a la medida de aseguramiento y frente a las cuales es constitucionalmente admisible la privación de la libertad sin que exista sentencia condenatoria, son determinadas por el legislador en virtud del principio de reserva legal y valoradas por el juez para establecer si la medida es idónea, estrictamente necesaria y proporcional. Lo anterior implica la existencia de una carga argumentativa por parte de quien solicita la medida de aseguramiento, en especial cuando esta es la más severa de aquellas señaladas en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004. Así mismo se exige que el funcionario judicial sea objetivo a la hora de señalar la existencia de una finalidad constitucional y al valorar cual medida se hace suficiente para el cumplimiento de la misma.

La Ley 906 de 2004 al reglar de manera pormenorizada las circunstancias que justifican la imposición de una medida de aseguramiento lo que hace es reducir la discrecionalidad del funcionario judicial otorgándole criterios que obligatoriamente debe valorar y sustentar

para imponer una medida privativa de la libertad que como se ha insistido es eminentemente cautelar y excepcional.

Capítulo III

Las Finalidades de la Detención Preventiva en la Doctrina y Jurisprudencia Internacional

En el capítulo anterior se describió la naturaleza jurídica que tiene la medida de aseguramiento en nuestro ordenamiento jurídico, reiterando, a partir de la jurisprudencia constitucional, que se trata de una medida cautelar no punitiva y que se justifica en la necesidad de cumplir finalidades constitucionales como son evitar la obstrucción a la justicia, proteger a la comunidad y a las víctimas y asegurar la comparecencia del procesado tanto al acto de juicio como al cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria.

Ahora bien, atendiendo el objeto del presente trabajo corresponde analizar en concreto las finalidades constitucionales que se han enunciado no de manera descriptiva sino crítica, aceptando de entrada que en efecto lo hasta aquí dicho es lo aplicable en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante el que la jurisprudencia constitucional estableciera como fundamento para la restricción preventiva de la libertad la finalidades desarrolladas desde la Sentencia 774 de 2001, ello no implica sea universalmente aceptado o que corresponda con los criterios desarrollados tanto por la doctrina como por los tribunales internacionales.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si se atiende a que la privación de la libertad no ha sido siempre concebida de igual manera, sino que la visión teórica hoy reinante ha sido fruto del devenir histórico y del debate de ideas, comprenderemos que aún no existe una solución pacífica al justificar una institución jurídica que dadas las tenciones que genera es objeto de la mayor controversia.

Originariamente la privación de la libertad no fue concebida como sanción por la comisión de conductas delictivas, pues las penas de muerte, corporales, infamantes, pecuniarias y de repulsión (deportación, destierro) integraron el compendio principal aplicable a efectos sancionatorios. El encarcelamiento fue así originariamente previsto como medida cautelar tendiente a asegurar la presencia del acusado para el cumplimiento de la pena. No obstante, tal como afirma García Valdés (1974) "lugares donde retener a la persona acusada o culpable de haber cometido un delito han existido siempre. Lo que ha variado, en mutación progresiva, ha sido su concepción" (p. 7).

Tanto en la civilización helénica como en la antigua Roma la prisión cumplió esencialmente la función de mera custodia "*ad continendos homines*", al igual que en el derecho germánico donde la cárcel custodia es administrada por los príncipes y señores con plena arbitrariedad, siendo la penalidad eliminatoria, la Blutrache (venganza de sangre) y el talión el catálogo punitivo caracterizado por la crueldad y la escenificación de la justicia penal, con penas de muerte, mutilaciones, uso del fuego, etc.

Durante la Edad Media, la generalización del sistema de enjuiciamiento criminal inquisitivo condujo igualmente a la generalización de la privación de la libertad durante la fase de instrucción y juicio, fundamentándose no en el aseguramiento de la presencia del procesado para la ejecución de la pena (generalmente de muerte), sino para la obtención de

la confesión como prueba reina mediante el sometimiento del acusado a tormentos. Se ve así como el origen de la prisión dista de su naturaleza punitiva constituyéndose a manera de cautela para asegurar el establecimiento de la verdad y la ejecución de la sanción.

Solo en la edad moderna surgen las críticas a la detención preventiva. Así, para Hobbes (1994) es un acto de hostilidad contra el ciudadano:

> De la definición de castigo deduzco (…) en tercer lugar, que el mal infligido por autoridad pública, sin que ninguna condenación pública lo haya precedido, no puede calificarse de castigo, sino de acto hostil; pues el hecho por el que un hombre es castigado tiene que ser primero juzgado por un autoridad pública, para ser una transgresión de la ley (…) Encarcelamiento es la privación de la libertad de un hombre por autoridad pública, y puede tener lugar por dos motivos diferentes: uno, la custodia segura de un acusado; el otro, infligir una pena a un hombre condenado. Lo primero no constituye un castigo, pues se supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública, y declarado culpable. Por tanto, cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de naturaleza. (pp. 249 y 252)

Para Beccaria siendo la privación de la libertad una pena no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga, la cárcel es solo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo, esta custodia debe durar el menor tiempo posible y debe ser lo menos dura que se pueda:

> El menor tiempo debe medirse por la necesaria duración del proceso, y por la antigüedad de las causas, que concede por orden del derecho de ser juzgado. La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga, o para que no se oculten las pruebas del delito. (Beccaria, 1774, pp. 103-104)

Por su parte Carrara señalaría que, en el sistema inquisitorio y en el mixto prevalece la regla de que en los delitos graves la intimación de la acusación sea precedida o acompañada por el arresto del reo y por su sometimiento a custodia preventiva:

> Y dícese custodia preventiva al encarcelamiento de un ciudadano por la sola sospecha de su culpabilidad antes de que él esté convicto y condenado. Tal custodia preventiva, considerada simplemente respecto de las necesidades del procedimiento, no podría ser más que brevísima: tanto, cuanto sea necesaria para interrogar al reo y obtener de viva voz suya todos los esclarecimientos que la instrucción puede necesitar. Después de esto, no habría, bajo este punto de vista, razón para retenerlo. Por consiguiente, su prolongación sería injusta frente a la rigurosa razón, porque peca de petición de principios. Sin embargo, se admite como una necesidad política, hoy ya reconocida, por las siguientes necesidades: 1. Necesidad de justicia: para impedir la fuga del reo; 2. Necesidad de verdad: para impedirle enturbiar las investigaciones de la autoridad, destruir los vestigios del delito, intimidar a los testigos; 3. Necesidad de defensa pública: para impedir a ciertos facinerosos que continúen, mientras dure el proceso, en sus ataques al derecho ajeno. Estas mismas razones demuestran que la custodia preventiva sólo es tolerable en los delitos graves y en los que, aunque menos graves, presentan probables sospechas de repetición y que puedan considerarse delitos habituales. (Carrara, 1977, p. 282 y ss)

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Carrara, a diferencia de Beccaria, concibe la detención preventiva no solo como un instrumento dirigido exclusivamente a necesidades procesales, sino que reconoce finalidades de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos.

La prisión preventiva es así legitimada por todo el pensamiento liberal clásico, dirigiendo las críticas no contra la institución en si misma sino contra su utilización generalizada sobre todo por el autoritarismo. La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio, señala Ferrajoli (2005, p. 551), está estrechamente vinculada a la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en ocasiones sigue los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así, atendiendo a que la presunción de inocencia se remonta al derecho romano se llegó allí tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventiva. Correlativamente, las prácticas inquisitivas desarrolladas en la baja Edad Media conducen a que el encarcelamiento previo a juicio se convierta en el presupuesto ordinario de la instrucción.

La prisión preventiva se concibe no solo como instrumento procesal tendiente a exclusivas finalidades procesales (riesgo de fuga y riesgo de obstrucción) sino como mecanismo para prevenir la nueva comisión de delitos. En este punto, la cuestión respecto a la limitación del uso del encarcelamiento preventivo se torna problemática entre quienes limitan su aplicación a los riesgos procesales y quienes predican finalidades de derecho penal material. A éste respecto afirma Zaffaroni (2002):

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

> Un problema muy particular plantea una institución que suele considerarse procesal, que es la prisión preventiva. Los esfuerzos por enmarcarla en la Constitución son formidables, pero lo cierto es que en la gran mayoría de los casos la prisión preventiva lesiona la presunción de inocencia y, por ende, es una pena anticipada a la sentencia. Si bien, al igual que algunas penas excepcionales, puede legitimarse en ciertos casos como coacción directa, en los restantes -que son la inmensa mayoría- son válidas a su respecto las consideraciones formuladas acerca de todo el poder punitivo y, además, resulta aun más irracional, dado que se trata de un poder punitivo habilitado antes de afirmar un delito, es decir, de una pena impuesta por la mera noticia criminis. El problema es sumamente grave, considerando que casi dos tercios de todos los prisionizados latinoamericanos lo están en función de esta institución, o sea, con pretexto procesal. (p. 168)

La detención preventiva se presenta como un instituto que si bien es generalmente aceptado no se encentra libre controversias, constituyéndose en un problema central del derecho procesal penal, “dado que estamos frente a un cuerpo que aparentemente resulta extraño para un sistema que no permite la aplicación de penas sin sentencias” (Pastor, 2010, p. 129), encontrándose las mayores divergencias en el tratamiento de las medidas cautelares personales no respecto de su fundamento sino explícitamente en relación con las finalidades que persiguen.

De esta forma, el debate sobre los fines se centra en asumir una concepción estricta de las medidas cautelares penales con lo que se limitarían a asegurar la ejecución de la sentencia en firme o una concepción amplia que a la función anterior le suma determinadas formas de aseguramiento del proceso de declaración penal, esto no es otra cosa que asegurar

que el proceso cumpla con la finalidad de esclarecer los supuestos facticos en averiguación. Ahora bien, la mayor incomodidad respecto de la medida de aseguramiento como medida cautelar personal se encuentra a la hora de justificar el fin de evitar la reiteración delictiva:

> (…) la función preventivo-especial, se dice, no es cautelar, concretándose las objeciones a este fin en relación con la más gravosa de las medidas cautelares personales cual es la prisión preventiva, estas refutaciones coinciden en afirmar 1) que dicho fin no se corresponde con el fundamento procesal de la prisión provisional y 2) que descansa en un claro presupuesto de culpabilidad. (Pujadas Tortosa, 2008, p. 24)

Sobre este particular se refiere Perfecto Andrés Ibáñez:

> La prisión provisional, como es bien sabido, recibe formalmente el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. En este sentido, le correspondería ocupar un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental, dirigido a asegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad que pudiera imponerse.
>
> Esta consideración formal del asunto, en apariencia pacífica, oculta cuando menos dos aspectos centrales de la institución. El primero es que en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar de primer orden en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas: Que desborda funcionalmente los límites formalmente asignados en esa primera caracterización —marcados en apariencia por las notas de

> excepcionalidad, provisionalidad y subsidiariedad— por la normalidad de su uso y puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización —en general bastante generosa— del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora, ha debido ser revisado al alza, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: «hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneluttiana» Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear.
>
> El segundo aspecto —que sin duda tiene que ver con el anterior— es que la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría que el problema por antonomasia del proceso penal. Sobre todo, del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional del mismo que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia. (Ibañez, 2003, pp. 15 y 16)

Faustin Helie (1867) considera que la “privación preventiva de la libertad de los inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable

declarado en juicio, donde no hay condena" (p. 748), siendo el criterio para diferenciar entre la pena y la detención preventiva su función-formal procesal.

Se hacen visibles así dos líneas argumentativas divergentes alrededor del papel que en el proceso penal debe desempeñar la medida de aseguramiento como medida cautelar personal: la primera, que le atribuye a ésta únicamente finalidades propiamente procesales como son asegurar la comparecencia del procesado en especial al cumplimiento de la pena que se le hubiere de imponer y evitar que con su acción pueda ocultar la verdad; y una segunda línea que admite que además de las dos finalidades anteriores, el encarcelamiento preventivo se justifique en impedir la realización de otras conductas delictivas, es decir atribuir a la medida de aseguramiento además de fines estrictamente procesales finalidades propias de derecho penal material.

En este sentido, se ha de considerar que aun partiendo de que todos los usos de la prisión preventiva implican cierto grado de asimilación de la categoría de imputado a la de condenado, es indiscutible que al atribuir a una medida considerada como de carácter cautelar finalidades propias de la pena (prevención especial) dicha asimilación es mayor (Ibañez, 2003, p. 19). En este orden de ideas:

> (…) el dilema sobre la justificación de la detención preventiva se trata de optar ente unas funciones más amplias de la privación de la libertad sin juicio (eficacia material) y unas más limitadas y respetuosas del derecho a la libertad del acusado (garantía procesal). (Pastor, 2010, p. 128)

Así y tal como refiere Hassemer (1998):

> (…) quien quiere ampliar la prisión preventiva invoca el deber de una administración de justicia de eficiente funcionamiento, de poner coto a la criminalidad. Quien considera excesiva la prisión preventiva lo hace en nombre de las restricciones formales judiciales de un procedimiento penal acorde con el Estado de derecho. (…) Efectividad de la persecución penal versus formas protectoras de las garantías; determinación de objetivos de derecho material versus determinación de objetivos de derecho procesal: estas divergencias ocultas en las cuestiones básicas de política criminal y del sistema de derecho penal no sólo dificultan un acuerdo en orden a las consecuencias, sino ya el acuerdo acerca de cuáles son las posibles consecuencias que pueden regir como criterio de corrección o racionalidad. (p. 98)

Así mismo refiere Zaffaroni (2002):

> Las tentativas de legitimación discursiva de la prisión preventiva circulan por dos carriles diferentes: (a) los que le reconocen cierto carácter de pena y tratan de legitimarla como tal (teorías sustantivistas), y (b) los que le desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida procesal (teorías procesalistas). Ambas posiciones tienen reflejo negativo en los criterios usados por la legislación y la jurisprudencia para hacer cesar la prisión preventiva (los llamados criterios excarcelatorios), donde por lo general se cruza argumentos de ambas naturalezas. (p. 168)

Como quedó dicho en el capítulo anterior, nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la detención preventiva como medida de aseguramiento un carácter cautelar no punitivo (Sentencia C-689, 1996), no obstante, lo cual se le atribuyen finalidades propias de derecho penal material como es servir de protección para la comunidad evitando de que el procesado

pueda cometer conductas delictivas durante el trámite del proceso (Sentencia C-469 del 2016). Esta posición asumida por la jurisprudencia constitucional propende por la garantía de la seguridad pública, fin que desde luego es legítimo pero que en el marco penal se cumple desde la prohibición de conductas lesivas y por ende reprochable y la correspondiente sanción para quienes incurren en ellas. Así desde las teorías relativas de la pena esta persigue entre otras las funciones de prevención especial y prevención general. Ahora bien, al atribuir finalidades materiales a una medida como lo es la detención preventiva el proceso penal, se convierte en un mecanismo por sí mismo sancionador.

Se establecen así dos líneas argumentativas divergentes en cuanto al propósito que puede llegar a justificar el encarcelamiento preventivo, de un lado se acepta como finalidad legitima la prevención del delito como función de prevención especial negativa propia de la pena y de otro se limita su aplicación a finalidades de naturaleza estrictamente procesal, siendo palpable de lo que se ha dicho a lo largo de la exposición, que tanto nuestro ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional se inscribe en el primer renglón.

Con todo no se puede tildar de caprichosa la posición que asume el legislador colombiano y nuestro Tribunal Constitucional. Las teorías sustantivistas como las llama Zaffaroni han sido asumidas de manera reiterativa a la hora de establecer en la legislación las medidas cautelares personales, en especial la detención preventiva. En cuanto a las teorías sustantivistas lo primero que ha de referirse es que estas asumen que la prisión preventiva contiene un cierto carácter de pena, considerando así su legitimación aun independientemente de los fines procesales. “Los sustantivistas apelan a conceptos tales como satisfacción de la opinión pública, necesidad de intimidar, urgencia por controlar la

alarma pública, disuasión, ejemplaridad social y hasta readaptación. Según estas posiciones, la prisión preventiva se impondría como una pena, quedando la presunción de inocencia subordinada a la necesidad de orden. El planteamiento de esta tesis es claro y autoritario (en la guerra contra el crimen es necesario imponer penas antes de la sentencia); su criterio es bélico (en toda guerra sufren también los inocentes). Esta posición no permite confusiones ideológicas, pues corresponde al derecho penal autoritario de Ferri y Garofalo en tiempos del positivismo, de Manzini en el fascismo y de los autores alemanes en el nazismo (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002, p. 169).

En este sentido, para ciertos autores como George Freund (2004), la finalidad del proceso penal no se limita a la constatación de los hechos relevantes para la aplicación de la ley sustantiva, pues ello ofrecería una legitimación débil para las molestias que ocasiona; por eso, junto a ese fin de esclarecimiento se ubica una función material que transforma las injerencias del proceso en reacción necesaria y adecuada para restaurar la paz jurídica, por tanto legítimamente, frente a la presunta infracción de la norma, reacción que consiste en pedir explicaciones al sospechoso (p. 109).

La teoría de un sistema integral del Derecho Penal, entiende al Derecho Procesal como campo de aplicación del Derecho Penal mismo que no es posible en la práctica sin un "proceso". Dicho de forma más precisa, el Derecho Penal sólo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y de las modificaciones que comporta. Así, todos los aspectos del sistema penal, los materiales y los procesales, atienden a las mismas finalidades que la pena estatal, con lo que la prisión preventiva se corresponde también con una reacción adecuada y equivalente a la pena en el caso de hechos graves y bien probados de entrada e

independientemente de los peligros procesales- El sospechoso no puede permanecer en libertad hasta que concluya el proceso y resulte condenado toda vez que:

> (…) la demora en una reacción claramente perceptible puede interpretarse en el sentido de que no se toma en serio un delito que materialmente ya parece suficientemente probado. La función de la prisión provisional en los casos en que no hay peligro de fuga ni entorpecimiento sería evitar tal sensación. (Freund, 2004, p. 124)

En efecto, si olvidamos la tradicional separación entre el derecho procesal penal y el derecho sustantivo, se sigue la inclusión de categorías propias de cada área en la otra, con lo que no habría lugar a distinguir entre las finalidades del proceso penal y las propias de su consecuencia; el proceso penal no tendría exclusivamente la finalidad de esclarecer los hechos investigados, de establecer la verdad, sino además le asistirían finalidades materiales, prevención general, prevención especial, retribución justa.

Igualmente, la prisión preventiva se justificaría sin consideración al principio de presunción de inocencia en el marco del denominado “derecho penal del enemigo”.

Esta concepción considera a ciertas clases de delincuentes no como ciudadanos, como personas, sino como enemigos de la sociedad, así Jakobs plantea que “el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad (…) El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo,

es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. (…) El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias" (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, p. 40).

Bajo esta óptica al enemigo se le puede privar de derechos por su naturaleza peligrosa para la sociedad, el enemigo tiene menos derechos que el ciudadano a efectos de dar una respuesta efectiva a su comportamiento.

Así la función de la pena en cuanto al enemigo se torna en medida de seguridad para la sociedad:

> (…) no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, p. 40)

De igual forma habría de atribuirse a la detención preventiva un fin de prevención especial frente a quien es considerado "enemigo" por su peligrosidad, en aras de proteger a la sociedad y evitar la comisión de nuevos comportamientos de especial gravedad.

> (…) el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el

> trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, p. 40)

En el marco procesal, el "ciudadano" recibe todas las garantías propias del Estado constitucional de derecho, mientas que el enemigo no cuenta con estas garantías, incluso se excluye la presunción de inocencia, no se trata de un proceso penal sino de "una guerra".

> Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho - ésta ni oculta pruebas ni huye-, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo (…) al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, p. 45)

Se hace necesario traer a colación en el ámbito doctrinario nacional el trabajo de Cesar Augusto Londoño Ayala "Medidas de Aseguramiento Análisis Constitucional" donde se consagra la naturaleza jurídica de la medida de aseguramiento limitativas de la libertad a partir del artículo 250 de la Carta. En este sentido, se establece 1) la naturaleza procesal de la media de aseguramiento; 2) la imperiosidad, indispensabilidad y urgencia de la imposición o el criterio de necesidad; 3) Los propósitos que orientan la adopción de la medida de aseguramiento: (i) intervenir la libertad del sujeto penable para (ii) evitar detrimentos a las sociedad, a la víctima y al normal desarrollo del proceso penal; 4) la Fiscalía como sujeto solicitante de la medida de aseguramiento y 5) el Juez de Control de garantías como órgano de control y decisión sobre la imposición de la medida.

En cuanto a las finalidades, se consagran unas generales y otras específicas, correspondiendo las primeras a la reducción de la libertad fundamental del sujeto penable

por medio de su restricción, los objetivos concretos se establecen a partir del peligro de obstrucción. Por su parte, el peligro se define:

> (…) por medio de las acciones u omisiones que genera el sujeto penable frente al desarrollo probatorio del proceso penal, delimitado por comportamientos tendientes (i) a destruir, impedir, ocultar, falsificar medios cognoscitivos, (ii) influir concluyentemente sobre otros coimputados, (iii) manipular o coaccionar a las víctimas del delito para que callen, omitan, o distorsionen la información o para que no concurran, (iv) presionar otros testigos importantes para la causa, (v) persuadir, sobornar o amenazar a los auxiliares de la justicia penal (peritos, técnicos, científicos, investigadores de campo, etc.) y (vi) dificultar la realización de los actos de investigación (procedimientos, operativos y diligencias) y/o juzgamiento. El peligro de reiteración se materializa por actos nocivos que pongan en riesgo (i) a las víctimas del injusto y (ii) a la sociedad. A su vez, el peligro para las víctimas se comprueba a través del riesgo que constituyen los actos abusivos del sujeto penable que atenían contra la vida, familia y bienes de aquella. El peligro para la sociedad establece situaciones de riesgo identificadas con actos u omisiones que originan una incertidumbre acerca de la vigencia de las normas del sistema jurídico fijadas (i) cuando el imputado o acusado pertenece a organizaciones criminales (atenían contra la seguridad y existencia del Estado, contra la salud pública, contra el orden económico social, etc.), (ii) cuando la naturaleza y cantidad de ilícitos penales hace inferir la entidad peligrosa del comportamiento del sujeto penable, (iii) cuando el asegurable se encuentre acusado en otro proceso, (iv) cuando se le haya impuesto al penable una medida de aseguramiento en otra actuación penal, (v) cuando se encuentre el sujeto pasivo de la acción penal bajo

> un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional reconocido en otro proceso penal, (vi) cuando existan contra el sujeto penable sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional y (vii) por la gravedad y modalidad del hecho típico. El peligro de huida se determina por comportamientos del imputado o acusado mesurados por (i) la carencia de pertenencia social y familiar, (ii) la falta de domicilio, (iii) la ausencia de actividad o participación en el tráfico jurídico (actividades negociales, laborales, colectivas, etc.), (iv) la falta de intervención en el proceso penal actual u otro también vigente o anterior (falta de voluntad para sujetarse a la investigación y al posible cumplimiento de la pena), (v) las facilidades que tenga para permanecer oculto, (vi) las posibilidades de abandonar el territorio del Estado, (vii) su comportamiento frente al daño causado y (viii) la gravedad y modalidad del hecho. (Ayala, 2009)

La doctrina nacional en términos generales admite no solamente la legitimidad de la detención preventiva como medida de aseguramiento, sino igualmente los fines tanto procesales como de prevención consagrados a partir del articulado de la ley 906 de 2004. Ello resulta concordante con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional.

Ahora, en lo que se refiere a las teorías procesalistas la detención preventiva se toma como una medida estrictamente cautelar, haciendo una remisión al derecho procesal civil, siendo dable traer a colación lo referido por Zaffaroni (2002) en los siguientes términos:

> Por supuesto que esto implica un formalismo que pasa por alto la diferencia entre limitación patrimonial y pérdida de libertad, olvidando que la primera es recuperable o reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible (…).

> Una de las tesis preferidas es que no existe presunción de inocencia, sino un mero estado de inocencia. En rigor, se trata de demostrar que si la persona está presa no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no lo estaría. Es un razonamiento circular: se parte de un dato de realidad para legitimar el mismo dato. Otra tesis trata de explicarla con fundamento en la prohibición del proceso en ausencia; es un razonamiento que convierte una garantía en fundamento para la violación de un principio de superior jerarquía: la prohibición del proceso en contumacia refuerza el principio de inocencia y no puede legitimar su violación. (pp. 169-170)

Así, se parte del hecho de que el proceso penal tiene como finalidad el establecimiento de la verdad, es decir esclarecer los hechos constitutivos de una infracción penal y determinar quién o quiénes son sus autores penalmente responsables a efectos de la imposición de la pena como sanción penal. En este sentido, la detención preventiva persigue asegurar el cumplimiento de esos fines del proceso y solo así la medida que restringe la libertad sin previa condena es coherente con el principio de presunción de inocencia. Lo anterior, al considerar que

> (…) la detención de una persona sin condena que declare su culpabilidad constituye una gravísima afectación al estado de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas, y como tal debe ser interpretada como medida excepcional, y sólo puede ser utilizada a los fines del proceso. (Matías Pinto, 2007, p. 308)

En primer lugar se busca asegurar el recaudo probatorio evitando que el procesado pueda ocultar, alterar o destruir pruebas, intimidar o atentar contra quienes han de fungir como testigos de cargo o contra coimputados. Así mismo, se busca asegurar la comparecencia del

procesado al acto de juicio como al cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria. Al respecto, Hassemer (1998) señala que:

> La ejecución de un procedimiento en presencia y el aseguramiento de la consecuencia penal pueden fundamentar necesariamente una detención por fuga o peligro de fuga. Menos necesario, pero evidente en un procedimiento obligado a la búsqueda de la verdad, es el interés de asegurar esa búsqueda de la verdad frente a estrategias de obstrucción de la averiguación de la verdad. En tanto deban permanecer firmes estos presupuestos de nuestro procedimiento penal, la prisión preventiva por fuga, peligro de fuga, y -en forma menos necesaria- por peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad debe ser jurídicamente posible, pues de otro modo estos presupuestos no serían realizables. (p. 107)

Se estima que el recurso a las teorías procesalistas – aun cuando parten en su fundamentación de la compatibilidad entre el principio de presunción de inocencia y la detención preventiva - se ha de ser limitado y solo en aras de conculcar los referidos peligros, es decir, en el evento en que sea necesaria frente a los fines procesales. Ello implica una mayor garantía para el procesado toda vez que no solo se limita el empleo de la privación de la libertad previa a la culminación del juicio con fallo condenatorio, sino que se limita su duración al tiempo que sea estrictamente necesario para asegurar la comparecencia del procesado y evitar la obstrucción de la investigación. En esta línea de pensamiento ha de destacarse a Ferrajoli (2005), quien considera que la prisión *ante iudicium*, sea cual fuera la finalidad perseguida choca con el principio de jurisdiccionalidad, "que no consiste en poder ser detenido únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo en base de un juicio"(p. 555); considera así como un error de razonamiento decir que

"la cárcel preventiva no contradice el principio nullapoena sine iudicio porque no es una pena sino otra cosa: una medida cautelar, procesal o en todo caso no penal"(p. 556). Se considera de entrada por el maestro italiano la manifiesta incompatibilidad del principio de presunción de inocencia y las finalidades de prevención y de defensa social.

Por su parte, respecto del peligro de alteración de la prueba y el peligro de fuga del imputado como fines cautelares, Ferrajoli (2005) indica que "la necesidad de impedir la alteración de las pruebas no debe confundirse con la interrogar al imputado y acaso obtener la confesión en el secreto de la instrucción" (pp. 556-7); solo frente a delitos especialmente graves y complejos, "la exigencia instructora de que el imputado no pueda encontrarse, antes del interrogatorio, en condiciones de alterar el estado de las pruebas y de procurarse falsas defensas" (p. 557); puede exigir la privación de la libertad por el tiempo estrictamente necesario para interrogarlo en una audiencia preliminar o en un incidente probatorio y quizá para realizar las primeras comprobaciones acerca de su disculpa.

En todo caso, una vez concluido el interrogatorio y comprobados los argumentos de la defensa. La prisión del imputado pierde toda justificación, razón por la cual:

> (…) excluida la función de conservación de las pruebas, la prolongación de la detención no puede tener otro efecto que situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle la defensa, obligarle eventualmente a la confesión y acaso permitir que otros sujetos manipulen las pruebas. (Ferrajoli, 2005, p. 557)

Desde este punto de vista, en definitiva, la prisión preventiva después del interrogatorio puede valorarse positivamente sólo por quienes consideren el papel de la defensa como un inoportuno estorbo y la instrucción como inquisición de parte. Por el contrario, "dentro de

una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria, sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio" (Ferrojoli, 2005, p. 558).

> El peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse (…) La verdad es que semejante peligro no es un gran peligro. Sobre todo es muy difícil, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva; y tal vez bastaría como medio disuasorio una mayor vigilancia del imputado, sobre todo en los días inmediatamente anteriores a la sentencia. En segundo lugar, la fuga decidida por el imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, normalmente, una pena gravísima, semejante a la antigua acqua et igniinterdictio prevista por los romanos como pena capital. En tercer lugar, cuando la fuga hiciera perder la pista del imputado, se habría conseguido en la mayor parte de los casos el efecto de neutralizarlo, dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal. (Ferrojoli, 2005, pp. 558-9)

Aunado a lo anterior se considera que es la severidad de las penas la que genera el peligro de fuga del imputado "al reducir drásticamente el miedo a la pena, favorecería después la desaparición de la prisión preventiva", con lo que la contradicción de la cárcel sin juicio podría ser eliminada al menos hasta la sentencia de primera instancia siendo la única necesidad la de "de evitar la contaminación de las pruebas antes del primer interrogatorio (Ferrojoli, 2005, p. 559).

En posiciones menos drásticas que las de Ferrajoli que tienden a la abolición de la detención preventiva, hay quienes en efecto admiten la legitimidad de la detención o prisión preventiva, pero reconociendo que la necesidad de restringir la libertad durante el trámite del proceso solo la justifica frente a las necesidades del proceso penal mismo.

En esta línea Hassemer (1998) considera que:

> La posibilidad jurídica de detener a una persona y de mantenerla en prisión con relación a un hecho respecto del cual no ha sido declarada culpable se deriva necesariamente de algunos presupuestos fundamentales para los cuales no se encuentra a la vista una alternativa idónea (…) La ejecución de un procedimiento en presencia y el aseguramiento de la consecuencia penal pueden fundamentar necesariamente una detención por fuga o peligro de fuga. Menos necesario, pero evidente en un procedimiento obligado a la búsqueda de la verdad, es el interés de asegurar esa búsqueda de la verdad frente a estrategias de obstrucción de la averiguación de la verdad. En tanto deban permanecer firmes estos presupuestos de nuestro procedimiento penal, la prisión preventiva por fuga, peligro de fuga, y -en forma menos necesaria- por peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad debe ser jurídicamente posible, pues de otro modo estos presupuestos no serían realizables. Dado que esta pérdida de la libertad así entendida, es condición de posibilidad de un procedimiento en interés jurídico, puede ser calificada de sacrificio especial. (p. 107)

Si bien Hassemer legitima la prisión preventiva en cuanto a sus necesidades procesales, considera necesario fijar parámetros normativos que la limiten. Entre ellos Hassemer (1998) alude en primer lugar a la presunción de inocencia de la cual deduce que:

> (…) la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva de manera exclusiva de tales intereses de aseguramiento. (pp. 109-110)

Otra limitante al empleo de la prisión preventiva señalado por Hassemer es la prohibición de exceso de la que se exige una ponderación valorativa entre el objetivo legítimo perseguido y los efectos no deseados que se pudieran derivar. Como consecuencia de la prohibición de exceso se tiene la prioridad de las medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva "cuando se encuentre a mano un medio menos lesivo e idóneo, entonces se debe aplicar tan sólo éste, un decreto de prisión preventiva solo resulta necesario cuando la medida menos lesiva se muestre como inidónea" (Hassemer, 1998, pp. 111-112).

Así mismo, se entiende que al analizar la proporcionalidad de la injerencia "se debe poner en la balanza la gravedad de la consecuencia penal que cabe esperar. Por tanto la prohibición de exceso exige que la perdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión" (Hassemer, 1998, pp. 111-112).

Igualmente se exige que la sospecha del hecho sea vehemente como presupuesto de la detención preventiva, así como que el principio de proporcionalidad deba ser formulado de forma particular para el decreto de la prisión preventiva (Hassemer, 1998, p. 114).

En la misma línea de quienes justifican la prisión preventiva, pero limitan su aplicación injustificada se encuentra Maier (1996) quien señala que "el axioma que impide la pena sin una sentencia judicial previa no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento" (p. 510). Así mismo destaca que:

> (…) el hecho de reconocer que el principio de inocencia no impide la regulación y aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento, no significa afirmar que la autorización para utilizar la fuerza pública durante el procedimiento, conculcando las facultades de las que gozan quienes intervienen en él, en especial las del imputado, sea irrestricta o carezca de límites. (Maier, 1996, p. 512)

Al igual que Hassemer, Maier considera que el principio de presunción de inocencia impone límites al encarcelamiento preventivo o provisional, distinguiendo la pena de prisión de la prisión cautelar, no a partir de la facticidad, sino de una distinción teleológico-normativa.

> Resulta lícito pensar que la fuerza pública puede utilizarse durante el proceso para asegurar sus propios fines. En el derecho procesal penal, como tantas veces se ha dicho, esos fines son expresados sintéticamente mediante el recurso a las fórmulas: correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal. (Maier, 1996, p. 514)

Se entiende así que las finalidades que persigue la detención preventiva como medida cautelar, y que la distinguen de la pena privativa de la libertad como sanción penal, son de índole procesal, a saber, el riesgo de fuga del imputado que impide su juzgamiento o la ejecución de la sentencia o, el riesgo de obstaculización de la investigación que impide la comprobación adecuada de los hechos. Así entiende el autor en comento que "la prisión procesal sólo puede ser impuesta por orden judicial que cumpla con las exigencias legales que autorizan la aplicación de este instituto: mérito sustantivo, peligrosismo procesal, excepcionalidad, proporcionalidad, tratamiento especial y limitación temporal" (Maier, 1996, p. 520).

Claus Roxin (2000, p. 257) analiza la prisión preventiva en el proceso penal alemán y señala que esta consiste en "la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena". De esta forma, indica que la prisión preventiva sirve a los siguientes tres objetivos:

> (…) Primero; pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; Segundo, pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal; tercero, Pretende asegurar la ejecución penal. La prisión preventiva no persigue otros fines. (Roxin, 2000, p. 257)

Bajo este supuesto se señalan la necesaria concurrencia de unos presupuestos materiales. En primer lugar, se precisa de la sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible, esto es la existencia de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad. En segundo lugar, y en lo que hace a los motivos de detención se señalan:

> (…) 1) la Fuga o el peligro de fuga dado por las siguientes circunstancias: "se verifica que el imputado a) está prófugo o b) según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el imputado no se someterá al procedimiento penal ni a la ejecución. 2) Peligro de entorpecimiento, que exige que el comportamiento del imputado funde la sospecha vehemente de que: a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba, b) influirá de manera desleal en coimputados, testigos o peritos o c) inducirá a otros a realizar tales comportamientos, y si, por ello, existe el peligro de que él dificultará la investigación de la verdad. (Roxin, 2000, pp. 259-260)

En cuanto a la gravedad del hecho investigado como motivo de detención se indica que:

> (…) resultaría peligroso desde el punto de vista del Estado de Derecho, si se lo interpretara en el sentido de que en caso de sospecha vehemente de la comisión de uno de los crímenes mencionados [de asesinato, homicidio, genocidio y a los delitos dolosos cometidos con sustancias explosivas que ponen en peligro la vida o la integridad física creación, protección, etc. de una agrupación terrorista, la lesión corporal grave, y el incendio intencional especialmente grave, entre otros, según la legislación Alemana] se pudiera imponer la prisión preventiva sin examinar los demás presupuestos, porque, en ese caso, la prisión preventiva podría ser ordenada sin que fuera necesaria para asegurar el proceso de conocimiento o el procedimiento de ejecución. (Roxin, 2000, p. 261)

En cuanto al peligro de reiteración señala que:

> (…) existen varias objeciones: representa un cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención, porque no se trata de un caso de aseguramiento del proceso, sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad. Además, es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho porque aquí se impone una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera. Por último, es perjudicial desde el punto de vista político-criminal, porque –bajo condiciones de ejecución manifiestamente muy desfavorables– vuelve a introducir por la puerta trasera las penas privativas de libertad de corta duración, enemigas de la resocialización. (Roxin, 2000, p. 262)

Finalmente, en cuanto a los presupuestos formales se exige una orden de detención de un juez competente.

Por su parte Javier Llobet Rodríguez (2009) propone un principio de solución para el dilema entre detención preventiva y presunción de inocencia según el cual:

> (…) la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva, pero es reconocido que este principio desempeña una influencia con respecto a la regulación de la prisión preventiva. La solución solamente puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión preventiva es prohibida como pena anticipada y que debe diferenciarse entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad. (p. 127)

Este postulado se despliega por la restricción al cumplimiento de unos fines exclusivamente procesales y el cumplimiento de ciertos presupuestos como son el

presupuesto material del encarcelamiento procesal (mérito sustantivo), los motivos de la prisión preventiva, con crítica de las razones sustantivas (peligro de reiteración), la función del principio de proporcionalidad, los requisitos formales de procedencia y el régimen impugnativo, la duración de la medida y los instrumentos sustitutivos (principio última ratio) (Rodríguez, 2009).

Es así, como del anterior acapice, se concluye que existen dos corrientes desplegadas de la doctrina penal en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad. Por un lado, están las teorías sustantivas, las cuales se caracterizan por velar por unos fines preventivos, como es la comisión de delitos por parte del procesado o la protección a la comunidad, y demás fines que no corresponden a velar por el correcto funcionamiento del proceso, como son los fines investigativos, la intimidación, la ejemplificación social, entre otros. Y, por otro lado, se vislumbra una corriente procesal, la cual ve la medida de aseguramiento privativa de la libertad como un medio por el cual se garantice el correcto funcionamiento del proceso, es así, como se ha dicho anteriormente, que dicha medida debe contener el carácter cautelar, temporal y excepcional, con el fin de proteger el derecho a la presunción de inocencia de los llamados a un proceso penal.

1. Jurisprudencia Internacional de los Órganos Cuasi-Jurisdiccionales sobre la Detención Preventiva

En la misma línea que atribuye fines cautelares a la prisión preventiva se ha inscrito el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el cual que ha referido que la detención de una persona acusada o sospechosa de la comisión de un delito es ilegal si dicha detención es motivada por razones que no están claramente establecidas en las leyes

nacionales, siendo éstas evitar la fuga del acusado, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito, las cuales han sido reconocidas por el derecho comparado (Caso W.B.E. c. Paises Bajos, 1992).

Igualmente, en el caso Mukong c. Camerún se refirma la jurisprudencia señalando que:

> Queda, sin embargo, por determinar si otros factores convertirían en "arbitraria" a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 una detención y una reclusión legítimas en otros aspectos. La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a la ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las "garantías procesales". Como ha advertido el Comité en una ocasión anterior, ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia. (…) La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. En este caso el Estado parte no ha demostrado que se hallara presente ninguno de esos factores. (Caso Mukong c. Camerún, 1994)

En 1995 en sentencia del caso Hill y Hill c. España, el Comité reiteró el vínculo del requisito de necesidad con el carácter excepcional de la detención de acusados implícito en párrafo 3 del artículo 9. Allí concluyó el Comité que la detención de los acusados no fue ilegal ni arbitraria, pero si innecesaria, reconociendo la obligatoriedad de contar con una decisión individualizada sobre la necesidad de detener a un acusado, que tome en cuenta todas las circunstancias pertinentes. A este respecto se indicó:

> El mero hecho de que el acusado sea un extranjero no implica que se le pueda mantener en prisión preventiva en espera de juicio. El Estado Parte ha sostenido en realidad que había un temor bien fundado de que los autores saliesen de la jurisdicción española si se les concedía la libertad bajo fianza. Sin embargo, no ha comunicado los motivos de ese temor, ni por qué no pudo hacerle frente fijando la fianza en un monto apropiado o estableciendo otras condiciones para la puesta en libertad. La mera conjetura de un Estado Parte de que un extranjero pueda salir de su jurisdicción si se le concede la libertad bajo fianza no justifica una excepción a la regla establecida en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto. (Hill y Hill c. España, 1995)

En el Sistema interamericano de Derechos Humanos tanto la Comisión como la Corte Interamericana se han referido a la detención preventiva. Así, en el Informe 2/97 que la Comisión Interamericana señaló que:

> La Comisión ha revisado su propia jurisprudencia y la de los órganos internacionales de derechos humanos para establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Sin embargo, la Comisión tiene la convicción de que en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual.
>
> A. Justificaciones. i. Presunción de que el acusado ha cometido un delito.
>
> 26. La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de la libertad. El artículo 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal

dispone que debe existir una razonable sospecha de la culpabilidad de una persona para que el juez ordene su prisión preventiva.

27. No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.

ii. Peligro de fuga.

28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.

29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.

30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada.

31. Además, la Comisión observa que, si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia.

iii. Riesgo de comisión de nuevos delitos

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.

iv. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión.

33. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad.

34. La Comisión considera que no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

v. Riesgo de presión sobre los testigos.

35. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

vi. Preservación del orden público.

36. La Comisión reconoce que, en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado. 37. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal. (Informe No. 02/97, 1997)

Igualmente, en el caso Giménez c. Argentina la CIDH reconoce la prevención de la fuga, la preservación de la alteración de las pruebas y de la reincidencia como fines legítimos de la detención. Así se indicó:

> Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio. (Giménez c. Argentina , 1996)

En otra oportunidad, la Comisión igualmente consideró que:

> (…) en principio, la privación provisional de libertad sólo se justifica en relación proporcional al riesgo de que el acusado se dé a la fuga, desoyendo otras medidas no privativas de libertad que pudieran ser adoptadas para asegurar su comparecencia en juicio o con relación a la peligrosidad del acusado. (…) La seriedad de la infracción y la severidad de la pena son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia, sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el

> detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social. (Caso Garcés Valladares c. Ecuador, 1999)

En el caso Bronstein y otros contra Argentina y en relación con el peligro de fuga, la Comisión hizo un especial hincapié en la necesidad de apreciar y tener en cuenta todas las características personales del acusado. En este sentido, la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, reculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Además, la Comisión observó que si la fuga es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad:

> (…) las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la actuación de la justicia. (Caso Bronstein y otros c. Argentina , 1997)

En cuanto al riesgo de reincidencia, en la misma decisión antes referida se indica por la Comisión:

> 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. (Caso Bronstein y otros c. Argentina , 1997)

Si bien los informes de la Comisión Interamericana se habían fundamentado además en los riesgos de fuga, obstrucción y reincidencia, tal como se vislumbra del ya citado caso Bronstein, en el 2007 se da un vuelco en la tendencia tradicional.

En el Informe 37/07, proferido dentro de caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso c. República Oriental del Uruguay, la Comisión se valió de la aplicación del principio pro-homine, el cual implica una interpretación restrictiva o favorable a los derechos del procesado. Así mismo, atendió el tenor del artículo 7 de la convención que indica que la libertad del procesado podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Sobre la base de estos presupuestos, la Comisión, señaló que sólo el riesgo de fuga y el riesgo de obstaculización pueden justificar la detención preventiva:

> Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada. (…)Como presupuesto para disponer la privación de la libertad de una persona en el marco de un proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la

persona al hecho, es lo que distingue al imputado -inocente- contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna -igualmente inocentes-. (…) La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): "Toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin. (…) Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado [principio pro homine] sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. (…) A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva (…). (Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso c. República Oriental del Uruguay, 2007)

2. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Sobre la Detención Preventiva

Por el lado de la Corte IDH. En primer lugar, es menester resaltar los instrumentos que rige a dicho sistema, del cual es parte del Estado Colombiano. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7.2, dispone:

> "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

En ese orden de ideas, ha habido múltiples pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a las condiciones de privación de la libertad sin que preceda una declaración de responsabilidad penal. Así ha considerado en relación con el ya aludido principio del "plazo razonable" que:

> (…) tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente" considerando "que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1997)

Con ello, se atiende a que una medida de detención preventiva que se prolongue de manera irrazonable en el tiempo no solo desconoce el derecho a ser juzgado en un plazo razonable amparado en la Convención, sino que a su vez comporta el desconocimiento del

principio de presunción de inocencia al convertir lo que por su naturaleza es una medida cautelar en una pena anticipada.

Precisamente, en relación con lo anterior, es decir con la relación íntima que guardan la detención preventiva y el principio de presunción de inocencia, señaló la Corte IDH que este "subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada" (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1997) señalando respecto a la detención preventiva que:

> (…) 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. (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1997)

En el caso Tibi contra la República del Ecuador se destacó que

> (…) la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. (Caso Tibi Vs. Ecuador, 2004)

Esta posición fue luego reiterada en la sentencia de fondo del caso Acosta Calderón Vs. Ecuador donde se consideró además que:

> (…) la prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida", señalando que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia. (2005)

En cuanto al artículo 7 en su numerales 2° y 3° de la Convención Americana de Derechos Humanas que establecen respectivamente que "2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" y "3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios", la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que:

> (…) según el primero de tales supuestos normativos nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. (Caso García Asto Y Ramírez Rojas Vs. Perú, 2005)

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el caso Palamara Iribarne Vs. Chile (2005), la Corte IDH reitero su jurisprudencia sobre detención preventiva señalando que:

> (…) las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tiene un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Así mismo, señala el carácter excepcional de la detención preventiva la cual solo procede:

> (…) cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención. (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile , 2005)

Ahora, es dable traer a colación la sentencia del caso López Álvarez Vs. Honduras (2006), decisión en donde la Corte IDH, analizando el artículo 7.3 de la Convención antes referida, fija como parámetros de la detención preventiva a partir de su carácter cautelar, lo siguientes:

> (…) estar limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria". Así mismo la obligación para los estados partes de "no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia" considerando además que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. (Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006)

Finalmente, en sentencias más recientes proferidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirma su doctrina impuesta a lo largo de sus sentencias en los siguientes términos:

"El Tribunal considera que la causal de "peligro para la seguridad de la sociedad" tiene una redacción que admite varias interpretaciones en cuanto a la consecución tanto de fines legítimos como de fines no cautelares. En cuanto a una interpretación en este último sentido, la Corte reitera su jurisprudencia constante en materia de los estándares que deben regir la prisión preventiva en cuanto a su excepcionalidad, carácter temporal

limitado, estricta necesidad y proporcionalidad y, fundamentalmente, los relativos a que los fines que busque alcanzar deben ser propios de su naturaleza cautelar (fines de ***aseguramiento*** procesal de acuerdo a las necesidades que se justifiquen en el proceso concreto) y no puede constituirse como una pena anticipada que contravenga el principio de presunción de inocencia que protege al imputado. La Corte estima que no está en discusión que los Estados Parte pueden adoptar ***medida***s de derecho interno para prevenir la delincuencia, una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas, pero estima necesario enfatizar que ello no es función de la prisión preventiva" (Caso Norín Catrimán vs Chile, 2014)

Siguiendo los lineamientos trazados tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desprenden claros lineamientos respecto de la naturaleza jurídica que se le atribuye a la detención preventiva. Estos lineamientos, por una parte, prohíben todo encarcelamiento arbitrario o ilegal, y por otra, establecen la aplicación del estándar del "plazo razonable" para la duración de la prisión preventiva, considerando que su prolongación arbitraria la convierte en un castigo que se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se aplica. Adicionalmente, se tiene que la duración de la detención debe ser proporcional –y nunca equivalente- a la eventual pena que se llegara a imponer en caso de que el procesado resultara condenado.

Sobre esta base, la jurisprudencia interamericana ha sido reiterativa al considerar el carácter excepcional que ostenta la prisión preventiva no siendo admisible su aplicación

como regla general. Por esta razón, debe ser ponderada por el juez en cada caso concreto y su procedencia no puede ser presumida en abstracto, por más que dicha presunción tenga origen en la ley.

Así mismo y en atención a que esta clase de medidas, además de ser excepcionales son temporales. Por ello, deben existir recursos adecuados a partir de los cuales los jueces estén obligados a revisar los supuestos que ameritaron su imposición. Así mismo, deberán existir mecanismos dirigidos a asegurar que la prisión preventiva sólo opere como una medida cautelar, tendiente a prevenir la obstaculización de la justicia y a preservar la integridad de la prueba, estando vedada su utilización como pena anticipada.

En síntesis, la jurisprudencia interamericana asume que, independientemente de la naturaleza y gravedad de la conducta punible, la regla general es que el procesado afronte el proceso en libertad. Así mismo, la jurisprudencia determina que únicamente el juez sea competente para resolver sobre la procedencia de imponer una medida de detención preventiva, así como para decidir sobre su mantenimiento, que no puede ser indefinido ni equiparable a la eventual pena a recaer. De lo contrario, una medida de carácter cautelar y excepcional se convierte en una pena anticipada, vulnerando con ello la presunción de inocencia.

De lo anterior se debe resaltar que a partir de los artículos 7.2, 7.3 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte ha desarrollado su jurisprudencia respecto de la detención preventiva, considerando la relevancia de los principios de presunción de inocencia, legalidad, necesidad y proporcionalidad de cara a los cuales la medida limitativa del derecho a la libertad personal solamente procede cuando se muestre como estrictamente

necesaria para asegurar que el procesado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia.

En este orden de ideas, es claro que para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es menester velar por el carácter cautelar, temporal y excepcional de la implementación de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en aras de salvaguardar el derecho contenido en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con ello, podemos concluir que la Corte ha optado por una corriente procesal de la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, dado que como vimos a lo largo de su jurisprudencia sus postulados son uniformes en el sentido de darle unos fines específicos con el objetivo de un desarrollo normal del proceso, como lo son la comparecencia y el cuidado del acervo probatorio.

Es así como del capítulo anterior se puede concluir en primer lugar la existencia de dos corrientes doctrinarias en cuando a la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad. La primera una postura sustantiva, la cual asume una postura punitiva respecto a la prisión preventiva, valiéndose de criterios como la peligrosidad, el peligro a la comunidad y reincidencia por factores subjetivos de la persona. Por otro lado se encuentra una postura procesal la cual defiende la finalidad cautelar de la prisión preventiva, con el fin de llevar a cabo un normal desarrollo del proceso penal.

En este orden de ideas, podemos concluir que la doctrina contemporánea ha tenido consenso hacia la teoría procesal, no obstante, se pudo encontrar discrepancia sobre algunas

características de la teoría procesal, sin embargo, se inclina la balanza hacia declarar la tesis sustantiva como violatoria de la presunción de inocencia.

Por otro lado, los tribunales internacionales de protección de derechos humanos, si bien no han tenido posturas uniformes acerca de los supuestos en los cuales puede operar la prisión preventiva, la discusión es pacífica respecto a la finalidad netamente cautelar de dicha medida de aseguramiento, la cual debe obedecer a principios de proporcionalidad, legalidad y absoluta necesidad, imponiendo cargas a los operadores jurídicos y a los órganos jurisdiccionales para demostrar la idoneidad de la medida, con el fin de proteger la presunción de inocencia y demás derechos de las personas llamadas a un proceso penal.

Por ello, en párrafos posteriores, se hará un análisis del ordenamiento jurídico colombiano y de datos estadísticos que demuestran la práctica penal, con la doctrina internacional y las disposiciones del máximo órgano regional en materia de protección de derechos humanos, con el fin de determinar si hay un verdadero respeto a la presunción de inocencia de los procesados en el país, y si hay una postura procesalista o sustantivista en la materia.

Capítulo IV

Datos fácticos de la implementación de la medida de aseguramiento.

En los capítulos anteriores se pudieron observar los principios que irradian la implementación de la detención preventiva en el ordenamiento colombiano, posteriormente se propuso hacer una revisión sobre la naturaleza jurídica de dicha medida, y se realizó un análisis de las corrientes que prevalecen en la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional sobre las finalidades de su imposición. Ahora, es menester que en este punto se examinen las cifras que se presentan como consecuencia de ésta medida en el país.

DETENCIÓN PREVENTIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre El uso de la Prisión Preventiva en las Américas (Comisión, 2013), manifestó su preocupación sobre dicha medida, en razón a la posibilidad de vulnerar derechos humanos como la libertad personal, debido al posible desconocimiento de la presunción de inocencia. Datos como el emitido en el marco de la Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciarias Carcelarias revelan que cerca del 40% de las personas privadas de la libertad de la región lo están de forma preventiva (OEA, 2013), éstos no solamente evidencian el interés de los organismos internacionales respecto a la situación carcelaria en la región, sino una gran utilización de esta medida por los Estados parte.

Por otro lado, la Comisión demuestra intranquilidad respecto al hacinamiento que produce la utilización desmedida de la prisión preventiva. En ese sentido la OMS, a través del Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias, Prevención del Suicidio en Cárceles y Prisiones, ha concluido que las condiciones de hacinamiento que resultan deplorables, son un factor de aumento en los suicidios de los reclusos (OMS, 2012).

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el hacinamiento, puede ser violatorio al derecho de la integridad personal en los siguientes términos:

"Como ya ha destacado este Tribunal, bajo tal situación de hacinamiento se obstaculiza el normal desempeño de funciones esenciales en los centros, como la salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, la educación, el trabajo, la recreación y la visita íntima; se ocasiona el deterioro generalizado de las instalaciones físicas; provoca serios problemas de convivencia, y se favorece la violencia intra-carcelaria.

Todo ello en perjuicio tanto de los reclusos como de los funcionarios que laboran en los centros penitenciarios, debido a las condiciones difíciles y riesgosas en las que desarrollan sus actividades diarias". (Corte IDH, 2010).

En este orden de ideas, la Comisión no solamente manifestó su intranquilidad respecto al derecho de la libertad personal de las personas que son objeto de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, de igual forma, el derecho a la integridad personal y seguridad personal puede verse afectado por las condiciones a las que los reclusos son sometidos, como causa del excesivo uso de referida medida.

Delimitándonos al objeto del presente escrito, el Estado colombiano presentó, a través del Instituto Nacional Penitenciario de Colombia INPEC, las cifras generales en cuanto a personas privadas de la libertad para el año 2012. Para el año en cuestión, la totalidad de la población penitenciaria en Colombia oscilaba en 113.884 personas, de las cuales 34.571 no contaban con una condena en su contra. Es decir, que para el año 2012 el 30.35% de los reclusos y reclusas en el país, se encontraban privados de la libertad de forma preventiva. (INPEC, 2012).

En el año 2013 la cifra aumentó a 37.052 reclusos privados de la libertad sin una sentencia condenatoria en su contra, de un total de 120.032 reclusos, es decir que las personas sujetas a una prisión preventiva correspondían a un 30.86% (INPEC 2013). En los años próximos la cifra fue en aumento, en el 2014 el porcentaje de procesados privados de la libertad fue de un 33.52% entre 113.623 reclusos (INPEC 2014); posteriormente en el año 2015 aumentó a 42.753 sindicados, lo que representaba un 35.49% de la población carcelaria del país (INPEC, 2015); luego, en el año 2016, decayó a 41.956 reclusos con

medida preventiva privativa de la libertad, lo que representaba un 34.77% de la población (INPEC, 2016). Ahora bien, en el último informe realizado por el INPEC en el año 2017, la cifra de reclusos que carecían de una condena disminuyó a 35.650, lo cual representa el 31.17% de la población carcelaria (INPEC, 2017). En el año 2018, la población carcelaria carente de una sentencia condenatoria, oscila en 35.645, es decir, un 28.28% aproximadamente de la población total privada de la libertad (INPEC, 2018).

Lo anterior se encuentra ilustrado en las gráficas que se muestran a continuación:

(Cuadros basados en los datos aportados en los informes anuales del INPEC).

Como se dijo anteriormente, la anterior gráfica demuestra una cifra estable en cuanto al número de población carcelaria que no contaba con una sentencia condenatoria, desde el año 2012 hasta el año 2017.

No obstante, para el año en curso, en el mes de febrero del 2019, el INPEC emitió informe actualizando las estadísticas en lo concerniente a la situación jurídica de los reclusos en el país, como se mostrará a continuación:

Regional	Sindicados					Condenados					Población intramural
	H	M	Total	Participación por Regional	Participación por situación	H	M	Total	Participación por Regional	Participación por situación	
Central	11.139	963	12.102	30,4%	28,7%	28.191	1.936	30.127	37,8%	71,3%	42.229
Occidental	7.122	642	7.764	19,5%	33,9%	14.178	947	15.125	19,0%	66,1%	22.889
Norte	7.407	207	7.614	19,1%	53,7%	6.433	125	6.558	8,2%	46,3%	14.172
Oriente	4.140	340	4.480	11,3%	37,2%	7.114	450	7.564	9,5%	62,8%	12.044
Noroeste	4.129	655	4.784	12,0%	32,9%	9.025	729	9.754	12,2%	67,1%	14.538
Viejo Caldas	2.576	455	3.031	7,6%	22,4%	9.717	793	10.510	13,2%	77,6%	13.541
Total	36.513	3.262	39.775	100,0%	33,3%	74.658	4.980	79.638	100,0%	66,7%	119.413

Según la anterior gráfica, actualmente se encuentran privados de la libertad 39.775 sindicados a la espera de una sentencia que defina su situación jurídica. Lo que quiere decir que, con el cambio de año, más de cuatro mil sindicados fueron privados de su libertad, lo que demuestra una tendencia a la aplicación de la medida de aseguramiento en centro de reclusión, pero mostrando una tendencia en cuanto a la relación porcentual con los demás datos, tal y como se presentó en los pasados años.

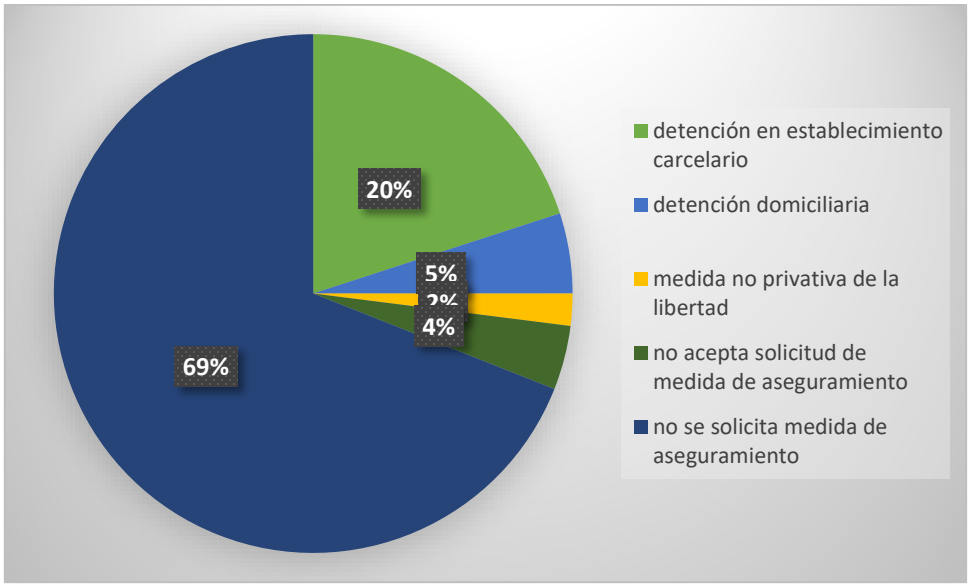
No obstante, si bien desde la presentación del informe por parte de la Comisión el porcentaje de personas procesadas privadas de la libertad se ha mantenido estable, lo cierto es que no deja de preocupar las cifras elevadas que se encuentran las estadísticas. A pesar de ello, cuenta con un porcentaje más bajo en comparación con Estados como Argentina, en el cual, según la Procuración Penitenciaria de la Nación, el 60% de los reclusos tienen

la calidad de procesados (PPN, 2017) o en Perú, en donde, según el Instituto Nacional Penitenciario, el 51.3% de los reclusos no cuentan con una sentencia condenatoria (INDE, 2017), Estados que cuentan con similar demografía y situación social que Colombia.

Por otro lado, basándonos en el informe sobre la prisión preventiva en Colombia de la *Due Process of Law Foundation* y los datos suministrados por el sistema SPOA de la Fiscalía General de la Nación, se obtuvo que desde el año 2008 – año en el cual entró a regir en todo el territorio nacional la ley 906 del 2005, actual Código de Procedimiento Penal- hasta el año 2012- año en el cual se estabilizaron las cifras sobre imposiciones de medida de aseguramiento intramuros- el número de imputaciones elevó de 56.000 a 89.000, es decir, un 53%. (DPLF, 2012).

No obstante, se generó una estabilización en cuanto a las imposiciones de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, dado que a la entrada en vigencia de la ley 906, los funcionarios judiciales discrepaban acerca de los criterios que debían tener en cuenta en estos casos, lo cual generaba que las solicitudes e imposiciones de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, fueran desmedidamente en ascenso. Sin embargo, a partir del 2011 y principios del 2012, los índices de medidas de aseguramiento intramuros dejaron de crecer desproporcionadamente para hacer una tendencia estable. Ello corresponde a que fiscales y jueces han unificado los criterios en los cuales una medida de seguridad intramuros puede ser procedente, gracias al desarrollo normativo y jurisprudencial que ha sido tratado a lo largo del presente escrito. Como consecuencia de lo anterior, las cifras muestran que, a raíz de esta estabilización de criterios, las medidas de aseguramiento solamente eran solicitadas en un 31% de las imputaciones, en las cuales,

20% corresponden a una medida de aseguramiento privativa de la libertad, como se puede ver en el siguiente cuadro (DPLF, 2012):



(Gráfico basado en el informe realizado por el Due Process of Law Foundation,2012)

Por ello, el informe emitido por el Due Process of Law Foundation en el 2012, entabló mediante los datos obtenidos por la Fiscalía General de la Nación que:

"Entre 2005 y el primer trimestre de 2012 casi en siete de cada diez imputaciones la FGN se abstuvo de solicitar medidas de aseguramiento. A su vez, una de cada 20 imputaciones corresponde a una detención domiciliaria, o a una negación de la medida de aseguramiento (margen que, como vimos en líneas anteriores, ha ido cerrándose). Y, como observamos anteriormente, dos de cada diez imputaciones, o cerca de siete de cada diez medidas de aseguramiento impuestas, corresponden a detenciones en establecimientos carcelarios." (DPLF, 2012).

Es así, como se concluye por parte del informe de la Comisión y del DPLF que en Colombia en términos cuantitativos no aplica como regla general la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, debido a que el porcentaje de aplicaciones en relación al número de imputaciones solicitadas y adicionalmente es uno de los países con las cifras más bajas en cuanto a la imposición de esta medida (Comisión, 2012).

Sin embargo, no deja de inquietar que las causas por las cuales el Estado colombiano haya visto un aumento en el número de procesados privados de la libertad preventivamente sean ajenas a el carácter cautelar, excepcional y temporal de la medida objeto de estudio. Es así como los informes del INPEC y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que además de la disparidad de criterios acerca de la implementación de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, una de las principales causas del aumento de la población carcelaria carente de sentencia condenatoria en el país se debe a las reformas legislativas adoptadas por el Estado colombiano en los últimos años. Al respecto, la Comisión afirma que:

"(…) muchos Estados han planteado como respuesta a los desafíos de la seguridad ciudadana, o al reclamo de la sociedad, medidas legislativas e institucionales que consisten fundamentalmente en un mayor uso del encarcelamiento de personas como solución al problema. Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución

de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad."(Comisión, 2012).

En el caso colombiano se presentaron leyes y reformas que aumentaron la imposición de medidas de aseguramiento intramuros como, por ejemplo:

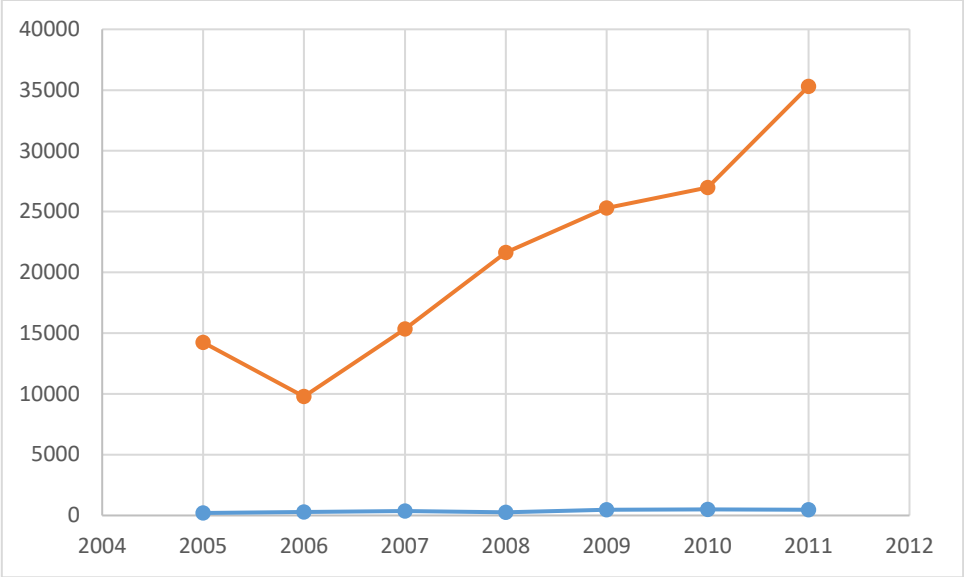
"(a) la Ley 890 de 2004, de reforma al Código Penal, por medio de la cual se crean nuevos delitos, se aumentan las penas mínimas y máximas de todos los delitos, y se modifica la posibilidad de acceder al subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena fijando su procedencia al cumplirse las dos terceras partes de la pena, cuando anteriormente requería el cumplimiento de las tres quintas partes, y se supeditó su concesión al pago total de la multa y de la reparación a la víctima. (b) la Ley 1142 de 2007, por medio de la cual se extiende la detención preventiva para doce delitos; se aumentan las penas para otros, y se imponen límites para la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por otras medidas de aseguramiento. Y, (c) la Ley 1453 de 2011, de "Seguridad Ciudadana", por medio de la cual se aumentan las penas de varios delitos, se crean nuevos delitos y facilita la imposición de medidas de aseguramiento, se aumenta los términos de detención preventiva, y se establecen exclusiones para beneficios y subrogados penales. De acuerdo con el INPEC, la Ley 1453 de 2011, ha generado el ingreso en promedio mensual de 3.000 internos a las cárceles. Además de otras disposiciones similares que en su conjunto han significado una marcada tendencia a un mayor uso de la privación de libertad como medio de control social". (Comisión, 2012).

Es así como nota la Comisión con preocupación que, en el Estado colombiano en cuanto a política criminal, opera un populismo punitivo, el cual impide que las normas

expedidas por el congreso sean producto de un proceso reflexivo y científico que procure garantizar los fines de la medida privativa de la libertad. En cambio, responden a satisfacer necesidades políticas o económicas del momento, satisfaciendo las exigencias de una coyuntura social causando así un fuerte impacto en los centros penitenciarios.

En este aspecto, los informes presentados tanto por la Comisión como por la *Due Process of Law Foundation* han destacado factores como la presión mediática juegan un papel fundamental en la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, dado que existe un contexto en el cual no se distingue a una persona condenada con una persona imputada, por lo cual se presume su culpabilidad, exigiendo por parte de la sociedad una respuesta punitiva por parte del Estado. En ese sentido, los medios de comunicación al ejercer una presión contra los funcionarios judiciales generan un peligro bifronte: por un lado, divulgan los discursos políticos de ciertos sectores de la sociedad exigiendo consecuencias punitivas más severas e imposición de medidas de aseguramiento, por otro lado, promulgan posturas que alimentan dicha aseveración punitiva contra el indiciado. (Comisión, 2012).

Por otro lado, otra presión que altera la independencia judicial es la imposición de sanciones administrativas y disciplinarias en contra de los funcionarios judiciales encargados de decidir sobre una medida de aseguramiento privativa de la libertad. Lo anterior, dado a que si los funcionarios no imponen las medidas son susceptibles de ser denunciados ante las autoridades administrativas (DPLF, 2013). Tal situación se demuestra en el siguiente gráfico:



En ese sentido, la línea azul representa las sanciones en firme, que se impartieron por parte del Consejo Superior de la Judicatura a funcionarios judiciales. Mientras que la línea roja, representa el número de denuncias que se presentaron.

Las sanciones impuestas por el Consejo Superior de la Judicatura (azul), son sustancialmente inferiores a los procesos iniciados contra los funcionarios judiciales (naranja), lo cual indica que la probabilidad de tener procesos en contra de funcionarios judiciales por omitir una imposición de medida de aseguramiento intramuros es alta, y por lo tanto, ceden a dicha presión, y pierden su independencia judicial a la hora de dar una negativa a dichas medidas (DPLF, 2013).

Por otro lado, el informe presentado por la DPLF ha determinado que en Colombia, es común que la solicitud de la medida de aseguramiento sea solicitada por fiscales con fines investigativos. Al solicitar una medida de aseguramiento los procesados se ven forzados a acudir a la confesión o a declarar en contra de otros sospechosos, lo cual es

consecuencia de una presión mediática e institucional en contra de la impunidad y los resultados Estatales. (Comisión, 2012) (DPLF, 2013).

Sin embargo, cabe resaltar que el 7 de septiembre del año 2017 fue publicado por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el informe relativo al uso de medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas en el cual se exaltó la actuación legislativa del Estado Colombiano en cuanto a la promulgación de la ley 1760 del año 2015 en la cual acogía estrictamente el requisito de temporalidad de la prisión preventiva al establecer un término máximo de un año para la duración de la misma, y que sólo sería prorrogable en casos especiales relacionados con procesos de competencia de la justicia penal especializada; cuando son tres o más los acusados, respecto de investigaciones o juicios por corrupción; o por delitos contra la libertad, integridad y "formación sexual del niño (Comisión, 2017) como fue explicado en párrafos anteriores.

Por otro lado, en materia jurisdiccional, la Comisión resaltó la labor de la Corte Suprema de Justicia del Estado Colombiano, quien mediante providencia con radicado 85126 de 20 de abril de 2016, en la cual establece que los términos de duración de la prisión preventiva deben ser aplicados a todo tipo de delitos, y no responder a criterios subjetivos como la alarma social, la peligrosidad o la repercusión social (Corte Suprema de Justicia, 2016), contrariamente a lo dispuesto en la ley 1121 del 2006 que excluía a los acusados de extorsión, secuestro o terrorismo de los beneficios carcelarios (Comisión, 2017).

Ahora, una decisión que puede ser polémica por parte de la Corte Suprema, que fue aplaudida por parte de la Comisión, fue la emitida el día 11 de Mayo de 2016 en la cual

otorga la posibilidad de libertad provisional por vencimiento de términos a los acusados por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes (Corte Suprema de Justicia, 2016).

No obstante, la Comisión manifestó su intranquilidad respecto la adopción de la ley 1786 del 2016, la cual modifica la mencionada ley 1760 del 2015. Dicha modificación consiste en el aumento de los términos para delitos relativos a justicia especializada, cuando sean tres o más los acusados; delitos de corrupción, y delitos contra la libertad, integridad y formación sexual del niño (Comisión, 2017). Esto generó un término doblemente mayor para solicitar libertad provisional por vencimiento de términos, cuando la ley 1760 inicialmente no hacía distinción alguna para su aplicación y solicitud, atrasando así los esfuerzos por parte de la Corte Suprema de mantener un plano de igualdad y presunción de inocencia dentro de las decisiones de los operadores de la justicia en el Estado Colombiano.

Después de una lectura del nuevo informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es claro que el Estado Colombiano a pesar de que ha mostrado esfuerzos y resultados legislativos en cuanto a la debida implementación de la reclusión en establecimiento carcelario como medida, sigue cayendo en posiciones sustantivistas al relativizar los términos de la prisión preventiva respecto a delitos que son generalmente objeto de populismo punitivo y presión social, alejándose así del carácter netamente cautelar de esta medida y así aumentando el riesgo de una violación a al derecho de la presunción de inocencia.

En conclusión, los informes presentados anteriormente, tanto nacionales, como internacionales demuestran que Colombia, cuantitativamente ha respetado el criterio de

excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar, dado que se encuentra en un índice bajo respecto a algunos países de la región, y, además de ello, se ha mantenido estadísticamente en el porcentaje de reclusos sin una sentencia condenatoria en su contra, como consecuencia de unos criterios definidos por la jurisprudencia y la ley aplicada tanto por los jueces como por los fiscales.

Sin embargo, cualitativamente los funcionarios judiciales, y ahora, el Congreso de la República, se ven presionados por distintos factores y prácticas que desvían la finalidad de dicha medida de aseguramiento, vulnerando su carácter cautelar, temporal y excepcional. Dichos factores son la presión mediática, que a su vez genera una alteración normativa basada en el populismo punitivo, los procesos iniciados en contra de los funcionarios judiciales y las técnicas de los fiscales inescrupulosos que usan esta medida como método investigativo. Ello, demuestra que la tendencia en el sistema judicial del país, si bien esta irradiado por las teorías procesalistas, anteriormente expuestas, posee factores netamente sustantivistas, en la medida que "estas asumen que la prisión preventiva contiene un cierto carácter de pena, considerando así su legitimación aun independientemente de los fines procesales.

Si bien lo anterior es preocupante, en la medida que se vería desconocido el derecho de libertad personal al vulnerar la presunción de inocencia, no debe ser óbice de una regla general en el sistema penal colombiano. Sin embargo, resulta necesario pensar en nuevas estrategias de implementar las garantías constitucionales y legales en el día a día de la justicia penal.

Capítulo V

Medidas Alternativas a la Detención en Establecimiento Carcelario

Una vez evacuado el estudio y el análisis de lo concerniente a la imposición de una medida de aseguramiento en un centro penitenciario, es importante aclarar que no es la única medida que se puede imponer a los procesados en cumplimiento de los fines constitucionales que se explicaron en acápites anteriores.

Existe una gran variedad de medidas que garantizan la comparecencia al proceso y la protección a la sociedad y las víctimas, que si bien son menos gravosas de los derechos del procesado, lo cierto es que cumplen con los propósitos correspondientes, dependiendo de lo probado en cada caso, y las necesidades del mismo.

Es así, como el artículo 307 de la ley 906 del 2004, dispone respecto a las medidas de aseguramiento lo siguiente:

"Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.

2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.

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 la autoridad que él 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 o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas 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.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria."

Se puede concluir afirmativamente de la simple lectura del anterior artículo, que la legislación contempla otras medidas de aseguramiento más allá de la privativa de la libertad en un centro penitenciario.

Ahora, si bien es cierto que son mucho menos lesivas para los derechos fundamentales de los procesados, lo cierto es que no son excluyentes de un control por parte de un Juez de Control de Garantías, en el cual se debe realizar un control de proporcionalidad y razonabilidad en los términos que se expusieron anteriormente. De igual forma, se debe justificar por parte de quien solicite la medida, y haciendo uso de elementos materiales probatorios, la necesidad para evitar una obstrucción a la justicia, una no comparecencia o un eventual peligro para la sociedad o la víctima.

Lo anterior como causa del ya citado artículo 306 del CPP, el cual indica que "el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento (…)". Adicionalmente a lo anterior, los apartados siguientes referentes a los requisitos de la medida de aseguramiento en la ley 906, los cuales ya han sido citados y explicados exhaustivamente en el presente escrito, no hacen ningún tipo de distinción sobre unas y otras medias, por lo tanto se concluye que cuentan con las mismas condiciones

argumentativas y probatorias a cargo de la Fiscalía General de la Nación, o quien la solicite, que la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, en lo correspondiente a probar un peligro para la víctima o la sociedad, una obstrucción a la justicia o una no comparecencia al proceso.

No obstante, las medidas privativas y no privativas de la libertad tienen algunas divergencias en lo que respecta a sus condiciones de procedibilidad, como se verá a continuación**:**

1. **Detención Domiciliaria Como Medida De Aseguramiento.**

La detención Domiciliaria es una medida de aseguramiento privativa de la libertad, y consiste en tener de lugar de reclusión la residencia del procesado, siempre y cuando esta ubicación no altere con el normal funcionamiento del proceso.

No obstante, la medida no es aplicable en todos los supuestos. El artículo 314 del CPP en sus cinco numerales, enuncia unos casos concretos en los cuales se estaría facultado para solicitar la sustitución de una medida de aseguramiento en centro penitenciario, por una en el lugar de residencia:

> *"1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.*
>
> *2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.*
>
> *3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.*

4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufriere incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio."

Adicionalmente, el artículo en su parágrafo, indica un listado de los delitos que no pueden ser susceptibles de una medida de aseguramiento en el lugar de residencia, una vez se haya concedido la reclusión en centro penitenciario.

Por otro lado, si bien en el imaginario colectivo se encuentra la idea que la detención domiciliaria es un tipo de medida premial, lo cierto es que se reconoce como una verdadera limitación a los derechos fundamentales de movilidad y libertad. En ese sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 47984 del 2016, Magistrado Ponente Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, dispuso:

> *"Para abordar el estudio, resulta oportuno precisar en primer lugar, que el beneficio de la prisión domiciliaria si bien no se cumple en un sitio tradicional de reclusión, comporta de igual manera la privación de la libertad y limitación de derechos fundamentales de la persona beneficiaria de la prerrogativa, la cual se concede por razones tácitamente consagradas en la ley, y, en los casos en que lo permitan y aconsejen las particulares circunstancias del condenado.(...)"* (Corte Suprema de Justicia, 47984).

Es por ello, que al ser una medida en la cual efectivamente se logra limitar los derechos fundamentales al procesado en miras de preservar fines constitucionalmente reconocidos, resulta ser una medida idónea, además de ser menos gravosa de la situación personal de los acusados.

No obstante, resulta ser una medida que ayuda a la situación personal del procesado, al evitar que sufra los vejámenes de la prisión, hasta que se llegue a una sentencia que resuelva su situación jurídica.

2. Medidas No Privativas de la Libertad.

Contrario a las explicadas previamente, estas medidas no recaen en una intromisión del Estado en la libertad o en la movilidad del procesado, pero ello no quiere decir que no se comprometan derechos fundamentales.

Como causa de lo anterior, de igual forma estas medidas deben ser objeto de un análisis de proporcionalidad y razonabilidad por parte del operario judicial. Adicionalmente, el CPP prevé unos casos concretos en los cuales se puede disponer de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Es así como el artículo 315 de la ley 906 del 2004 dispone:

> *"Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal B, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas."* (Subrayado fuera del texto).

En palabras de la profesora Whanda Fernández León, en el contexto colombiano, de cara a la posibilidad de implementar medidas de aseguramiento no privativas de la libertad:

> *"Es de lamentar la creencia generalizada de que la única medida de aseguramiento es la detención preventiva, la inclinación de algunos funcionarios a encarcelar a toda costa y lo regresivo de la cultura que difunde la falacia de que "si no hay cárcel y condena, no hay justicia", hayan permitido la subutilización de estos mecanismos y/o su defectuosa aplicación."* (Fernández, 2017).

No obstante, es necesario cuestionar la anterior afirmación, dado que la misma legislación hace una restricción considerablemente drástica sobre la aplicación de estos mecanismos alternativos, haciendo que sea restringido poder acudir a ellos. Reforzado a lo anterior, los supuestos en los que se plantea la posibilidad para la aplicación de estos mecanismos son tan específicos, que complica lograr un sistema acusatorio que entienda la prisión preventiva como una excepción a la regla.

3. Estadísticas sobre implementación sobre otros tipos de medida de aseguramiento.

Con base en lo anterior, es menester en este momento observar en qué medida se da aplicación a la implementación de medidas de aseguramiento diferentes a la reclusión en centro penitenciario. Para tal fin, se analizará el informe presentado por el INPEC en el mes de febrero del 2019, en el cual se presentaron las siguientes estadísticas en lo que respecta a dicho tópico:

Regional	Detención			Prisión			Población en domiciliaria			Participación
	H	M	Subtotal	H	M	Subtotal	H	M	Total	
Central	4.139	1.246	5.385	6.931	1.586	8.517	11.070	2.832	13.902	23,0%
Occidente	3.150	733	3.883	5.995	966	6.961	9.145	1.699	10.844	17,9%
Norte	11.486	1.953	13.439	4.991	707	5.698	16.477	2.660	19.137	31,7%
Oriente	2.104	406	2.510	2.802	424	3.226	4.906	830	5.736	9,5%
Noroeste	1.901	488	2.389	3.429	772	4.201	5.330	1.260	6.590	10,9%
Viejo Caldas	903	378	1.281	2.412	526	2.938	3.315	904	4.219	7,0%
Total	23.683	5.204	28.887	26.560	4.981	31.541	50.243	10.185	60.428	100,0%
Participación	82,0%	18,0%	100,0%	84,2%	15,8%	100,0%	83,1%	16,9%	100,0%	
	47,8%			52,2%			100,0%			

(INPEC, 2019)

De una lectura detallada de la anterior gráfica, se tiene que en total son 60.428 reclusos que se encuentran privados de la libertad en su lugar de domicilio, de los cuales 28.887 se encuentran bajo medida de aseguramiento, es decir, el 47.8 % del total.

Ahora bien, en lo que respecta al uso del brazalete electrónico, el cual es una medida que no es privativa de la libertad, se tienen los siguientes datos:

Regional	Sindicados			Condenados			Población con vigilancia electrónica			Participación
	H	M	Subtotal	H	M	Subtotal	H	M	Total	
Central	156	34	190	1.644	251	1.895	1.800	285	2.085	40,1%
Occidente	38	11	49	454	36	490	492	47	539	10,4%
Norte	568	68	636	288	33	321	856	101	957	18,4%
Oriente	46	2	48	288	23	311	334	25	359	6,9%
Noroeste	72	10	82	551	83	634	623	93	716	13,8%
Viejo Caldas	57	29	86	329	134	463	386	163	549	10,5%
Total	937	154	1.091	3.554	560	4.114	4.491	714	5.205	100,0%
Participación	85,9%	14,1%	100,0%	86,4%	13,6%	100,0%	86,3%	13,7%	100,0%	
	21,0%			79,0%			100,0%			

Como se evidencia en las estadísticas, el número de sindicados que cuentan con esta medida de aseguramiento consistente en la vigilancia electrónica es de 1.091 personas, lo cual constituye un 21.0% del total de ciudadanos que cuentan con éste método de vigilancia por parte del Estado.

Luego de darle un vistazo a las estadísticas, es preocupante la abismal diferencia entre las personas que cuentan con una medida de aseguramiento privativa de la libertad como la reclusión en el lugar de domicilio, a métodos tecnológicos menos invasivos como la vigilancia electrónica. Lo anterior denota una tendencia, como se dijo en acápites anteriores, de los funcionarios públicos a la limitación de la libertad de los indiciados.

Ello puede que tenga explicación en el acervo normativo sobre las medidas de aseguramiento, y es que, como se vio en el principio del presente capítulo, los funcionarios judiciales e incluso los defensores, se encuentran altamente restringidos en el momento de solicitar medidas menos gravosas a los derechos de los imputados. Ello, gracias a los estándares legislativos vigentes, que excluyen un extenso número de delitos en los que se puede aplicar dichas medidas no privativas de la libertad, o incluso, en las medidas privativas de la libertad en el lugar de residencia, las cuales son significativamente menos gravosas.

Lo anterior, da miras a una tendencia en nuestro sistema penal acusatorio, consistente en acudir a la limitación de la libertad de los procesados, como medio más idóneo para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos, existiendo métodos menos

invasivos y que pueden llegar a ser igualmente eficaces, como el rastreo electrónico o una limitación en la movilidad geográfica. Ello, deriva de un incremento preocupante de la población carcelaria, y sin miedo a una equivocación, se puede afirmar que la implementación de medidas no privativas de la libertad, o el fortalecimiento y la flexibilización del acceso a la detención domiciliaria, es positivo no sólo para los derechos de los procesados, si no para la realidad carcelaria del país.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente exposición se han desarrollado los fundamentos teóricos y legales que caracterizan la detención preventiva como medida de aseguramiento en el marco del procedimiento penal colombiano. En este sentido se han señalado y desarrollado las diversas características que diferencian esta institución jurídica de la pena como sanción penal.

Así, la exposición ha iniciado señalando que la detención preventiva limita derechos fundamentales como lo es la libertad personal y su vez genera tensión en relación con otros como el debido proceso. En cuanto al derecho a la libertad, se definió que en nuestro ordenamiento jurídico ésta reviste una triple dimensión, a saber, como valor fundante del Estado, principio rector del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental que le asiste a toda persona en el territorio nacional.

No obstante, la especial relevancia que tiene la libertad como derecho fundamental, es claro que no por ello es un derecho de carácter absoluto, siendo por ende legitima su limitación por parte del poder público bajo los principios de reserva legal y reserva jurisdiccional, ello tal como se desprende del artículo 28 de la Constitución nacional. Uno de los fundamentos que en el ejercicio de la proporcionalidad justifican esta limitación lo es la imposición de medidas de aseguramiento en cuanto estas en efecto apuntan a satisfacer otros principios, valores y derechos constitucionalmente protegidos.

De esta forma, la libertad, desde su perspectiva negativa como libertad personal, se define como la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona, condicionándose la legalidad de su restricción a: primero, que medie orden escrita de autoridad judicial competente; segundo, que ésta sea dada con las formalidades legales; y tercero, que se dé por motivos definidos de manera previa en la Ley.

La privación de la libertad se ha constituido como la principal forma de sancionar la comisión de conductas definidas por la ley penal como delitos. No obstante, la detención previa a la declaratoria de responsabilidad penal, esto es, la detención preventiva, es igualmente legítima no obstante que además de restringir la libertad personal genere tensión con el derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido, se debe señalar que la imposición de una pena de prisión ha de estar precedida del adelantamiento de un debido proceso penal, siendo una de las principales y más caras garantías constitucionalmente consagradas el principio de presunción de inocencia, principio éste del que se derivan de manera principal tres consecuencias: la primera, que la carga de la prueba para demostrar la responsabilidad penal le corresponde al estado; la segunda, que en caso de surgir duda la decisión debe ser a favor del procesado; y la tercera, que el procesado durante la actuación y hasta tanto no se declare penalmente responsable debe ser considerado inocente y ser tratado de acuerdo con dicha condición.

Es precisamente en el último aspecto referido de donde se deriva la cuestión problemática respecto de la detención preventiva, en tanto esta institución jurídica acepta que se prive al ciudadano del derecho que después de la vida le es de mayor valía, esto es,

de su la libertad, con el agravante de no mediar sentencia condenatoria, es decir siendo considerado inocente.

De dicha tensión surge la imperiosa necesidad de limitar conceptualmente dos instituciones jurídicas como los son, de un lado, la pena de prisión y de otro, la detención preventiva, instituciones que en lo único que han de coincidir es en el hecho de que privan de la libertad a un ciudadano.

A efectos de diferenciar la detención preventiva de la sanción penal y conciliar su existencia en el ordenamiento jurídico con el principio de presunción de inocencia, se ha logrado establecer que su naturaleza no es sancionatoria, es decir, no se funda en el castigo del autor de un delito, sino que es de carácter cautelar.

Esta primera caracterización de la detención preventiva ha de repercutir en los criterios que se deben atender para su implementación, así al no pretender castigar a quien ha cometido una conducta descrita como delictiva, la detención debe fundamentarse en otras finalidades. En nuestro ordenamiento esta obligación de fundamentación jurídica se ha concretado en tres principales: primero, evitar que el procesado estando en libertad pueda emprender la fuga logrando asegurar su comparecencia al acto de juicio y al cumplimiento de la eventual pena; segundo, evitar que el procesado estando en libertad obstruya el adelantamiento de la investigación; y tercero, evitar que durante el lapso que dure el proceso se cometan por parte del enjuiciado nuevas conductas delictivas.

Atendiendo estas finalidades se ha de tener en consideración que además de ser de carácter cautelar, la detención preventiva y en general todas aquellas disposiciones que de una u otra forman afectan la libertad y que se imponen al procesado como medidas de

aseguramiento, son excepcionales, es decir que por regla general el procesado debe permanecer en libertad hasta tanto se resuelva respecto de su responsabilidad penal lo que solamente se determina en virtud de la sentencia.

Así mismo y como tercera característica que diferencia la detención preventiva como medida de aseguramiento de la pena privativa de la libertad como sanción penal, debe mencionarse su carácter eminentemente temporal, es decir, no se trata de una disposición definitiva. De ello surge en primer lugar que su existencia solo se justifica en tanto subsista la necesidad que condujo a su imposición y segundo que su duración no puede ser indeterminada ni llegar a coincidir con el tiempo de la pena imponible.

De esta forma se han venido delimitando los presupuestos que permiten la imposición de la detención preventiva en nuestro ordenamiento procesal penal. Si bien la institución objeto de estudio se encuentra arraigado en nuestras instituciones jurídicas desde antaño, su aplicación se ha ido limitando cada vez más. Así, anteriormente bastaba que por disposición legal el delito investigado ameritara la detención preventiva del procesado y que existiera un mínimo de elementos de convicción en relación con la responsabilidad penal. Es entonces sólo a partir de la Sentencia C-774 de 2001 que se empiezan a delinear los fundamentos que hoy, en el sistema acusatorio, permiten la afectación de la libertad previa al juicio.

De acuerdo con la normativa actualmente vigente se requiere para la imposición de medida de aseguramiento en primer lugar un mínimo de elementos materiales probatorios que comprometan fundadamente la responsabilidad del procesado, a diferencia de legislaciones pretéritas hoy no se determina cual debe ser ese mínimo que constituye el

mérito sustantivo, señalándose a partir del artículo 308 que debe existir una "inferencia razonable de autoría o participación" que se derive de los elementos materiales probatorios recaudados por la fiscalía en su investigación, elementos estos que desde luego deben ser puestos en conocimiento de la defensa para su controversia y valorados por el Juez.

De otro lado, se requiere igualmente la coocurrencia del presupuesto objetivo determinado por el quantum punitivo señalado por el correspondiente tipo penal o alguno otro de los requisitos que señala el artículo 313 de la Ley 906 de 2004.

Con todo, es en efecto el carácter cautelar y no punitivo, requerimiento que comporta la exigencia de una finalidad constitucionalmente admisible, lo que hoy por hoy en el sistema acusatorio determina si es procedente o no la privación de la libertad como medida de aseguramiento.

Para efectuar el test de proporcionalidad que se exige para toda medida que limite derechos de rango fundamental lo primero a determinar es si en efecto se trata de una medida adecuada. Para ello se hace imperioso demostrar que en efecto existe una finalidad constitucional, es decir, que en caso de que el procesado sea juzgado en libertad, se demuestre que éste podrá o bien interferir indebidamente en la investigación o emprender la fuga o continuar con la comisión de conductas delictivas. Establecido lo anterior, la necesidad de la detención preventiva se fundamental en que ninguna otra de las medidas de aseguramiento existentes puede cumplir la finalidad propuesta y finalmente acreditar cómo y por qué la afectación a la libertad personal es proporcional estricto sensu frente a otros valores, principios o derechos fundamentales.

Ahora bien, atendiendo la cuestión cuya resolución es objeto del presente trabajo, corresponde entrar a analizar si estas finalidades que se han consagrado originariamente por la jurisprudencia constitucional y que se han recogido tanto desde la Constitución como desde la Ley procedimental penal son acordes con los criterios que a nivel internacional se ha venido fijando.

Debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico a través de las Altas Cortes ha venido acogiendo los criterios que los tribunales internacionales adoptan sobre diversos asuntos. Muestra de ello es que cada vez con más frecuencia encontramos referencias a jurisprudencia internacional, especialmente de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este sentido, se anotó que una vez aceptada la coherencia de la detención preventiva con el principio de presunción de inocencia se han asumido dos posiciones doctrinales. Una primera que fundamenta la necesidad de la detención preventiva únicamente en fines procesales, es decir, riesgo de obstrucción y riesgo de fuga y una segunda, que además de éstas, considera admisibles finalidades de derecho penal material como lo es el evitar la continuación de la actividad delictiva.

Las teorías procesalistas se fundamentan en la premisa según la cual, siendo la detención preventiva una medida cautelar que se adopta de manera excepcional en el proceso penal, sólo es justificable en cuanto existan riesgos de naturaleza procesal, es decir, que no persigan recabar finalidades diversas a la protección de la prueba y el aseguramiento de la efectividad de la sentencia. Con esto se pretende asegurar la prevalencia del debido proceso concretado en el principio de presunción de inocencia, ello atendiendo a que siendo la

prevención especial negativa una finalidad que de acuerdo a las teorías relativas solo le corresponde a la pena, admitir una detención preventiva fundada en el riesgo de reiteración implica tratar al procesado como un presunto culpable.

Igualmente, se considera que una medida de aseguramiento fundada en el riesgo de reiteración comporta una afectación al derecho penal de acto, toda vez que al procesado se le priva de su libertad no como responsable de un comportamiento delictivo sino por encarnar un peligro para la sociedad.

Contrario sensu, las teorías que asumen la prevención frente a nuevas conductas delictivas que el procesado pueda cometer como un fin legítimo de la detención preventiva, se fundamentan en la prevalencia del interés general y en la necesaria protección de la sociedad frente al delito, en especial de cara a aquellas personas que constituyen delincuentes habituales.

Es claro que tanto nuestra jurisprudencia constitucional como nuestra legislación han asumido la segunda posición, es decir, considerar el peligro para la sociedad como finalidad constitucional admisible para la imposición de una medida de aseguramiento. Por el contrario, la jurisprudencia internacional, en especial la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha asumido que admitir como sustento de la detención preventiva la posible continuación del delito comporta una afectación tanto al derecho a la libertad como a las garantías judiciales, en cuanto se rompe la presunción de inocencia.

Como se observa en el capítulo III, ha sido por demás reiterada la jurisprudencia de la Corte Interamericana en considerar que sólo los riesgos procesales constituyen finalidades

legítimas para la privación de la libertad previa al desarrollo del juicio y a la determinación de responsabilidad penal.

Una vez delimitadas las características de la medida de aseguramiento de detención preventiva y consideradas las dos posiciones alrededor de las finalidades que se considera debe perseguir su imposición, se puede presentar una solución propuesta al problema planteado dentro del presente trabajo, así como los argumentos que, habiendo sido ya presentados, considerados y fundamentados a lo largo de la presente exposición, permiten sostenerla.

Vale señalar en primer lugar que más que una solución a la problemática planteada, lo que se persigue es sentar una posición fundamentada en el reconocimiento y garantía de los principios constitucionales que rigen el debido proceso penal, sin desconocer el ámbito de política criminal que frente a estas cuestiones sigue siendo inescindible.

Así las cosas, debemos acudir en primer lugar a una de las características de la medida de aseguramiento que más se ha mostrado como relevante a lo largo de la exposición, ello es, el carácter de medida cautelar. En este sentido, por su propia naturaleza, las medidas cautelares no buscan la resolución de la controversia jurídica, vr. gr. El embargo en un proceso ejecutivo pretende asegurar el pago más no es el pago de la obligación, en idéntico sentido la detención preventiva no puede tenerse como legítimamente fundada en una finalidad que de vieja data se ha atribuido a la pena, esto es la prevención especial negativa.

Así el encarcelamiento preventivo fundado en el riesgo de reiteración en la comisión de conductas delictivas desnaturaliza el carácter eminentemente cautelar que se le ha venido

atribuyendo a la medida de aseguramiento generando con ello una verdadera anticipación de la pena.

En segundo lugar, se acude a la excepcionalidad que igualmente se ha señalado como característica esencial de la detención preventiva, ello conmina a que sea la libertad la regla general y que el encarcelamiento preventivo tenga un uso limitado en el ejercicio de la persecución penal.

El considerar como fin legítimo de la medida de aseguramiento el prevenir la comisión de conductas delictivas es ampliar el margen de aplicación de esta clase de medidas y por ende conduce a su generalización. Una muestra de ello es que la finalidad a la que de manera más seguida se acude como soporte de la detención preventiva lo es el riesgo que la libertad del procesado encarna para la sociedad.

La fundamentación del peligro para la comunidad, tal como la consagra nuestra codificación permite un amplio margen para la imposición de medidas de aseguramiento que son verdaderas penas anticipadas y con las que se persigue, desde el inicio del proceso penal, el encarcelamiento del procesado. Sin embargo, según la lógica que se ha venido desarrollando, el encarcelamiento sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria y la imposición de una pena.

Así mismo, el acudir de manera reiterada al peligro para la sociedad como fundamento de la medida de aseguramiento ha enviado un mensaje errado a la sociedad que hoy por hoy entiende esta institución como un castigo dirigido a quien ha sido judicializado, generándose la falsa expectativa de que toda persona sujeta a un proceso penal debe ser

objeto de encarcelamiento desde las primeras instancias procesales y con ello la igualmente errada concepción de que afrontar un proceso penal en libertad es equivalente a impunidad.

Un tercer aspecto relevante lo es que si se observa detenidamente la vigente redacción del artículo 310 de la Ley 906 de 2004 la mayoría de comportamientos delictivos pueden ser allí enmarcados sin siquiera atender la existencia de un verdadero riesgo de reiteración. Muestra de ello lo es que varios de los numerales allí consagrados describen como circunstancias modales de la conducta punible, tal es el caso del uso de armas blancas o de fuego o el empleo de medios motorizados, e incluso a conductas que por su propia naturaleza llevarían aparejadas de manera automática la detención preventiva, por ejemplo, el que se trate de conductas atentatorias a la libertad integridad y formación sexuales de menores.

Sin embargo, cabe recordar las estadísticas presentadas, en las cuales se pudo notar que, si bien el marco normativo para la imposición de una medida de aseguramiento es amplio, en la práctica no consta que sea una medida que se aplique como una regla general en todos los procesos penales. Es decir que, si bien las medidas de aseguramiento son aplicables, una vez la fiscalía ha demostrado las causas existes en la ley, esto no significa que sea un elemento necesario en todos los procesos penales llevados a cabo, dándole un carácter excepcional.

En cuarto lugar, corresponde destacar el desconocimiento del derecho penal de acto como fundamento del derecho penal moderno. En este sentido, se advierte que nuestra legislación penal advierte que la sanción se impone como consecuencia de la comisión de

una conducta delictiva, es decir, que al condenado se le sanciona por lo que hizo más no por lo que es. Contrario sensu, la fundamentación de la medida de aseguramiento en el peligro para la comunidad se muestra como una privación de la libertad que se le impone al procesado por lo que es: por ser un "peligro para la sociedad".

Igualmente se ha hecho generalizado tener como determinante en la imposición de una detención preventiva el criterio de gravedad y modalidad de la conducta delictiva que se impute. Es indiscutible que dicha consideración es en efecto relevante a la hora de resolver respecto de la procedencia de imponer una medida restrictiva al derecho a la libertad. No obstante, esta valoración no puede ser considerada como criterio autónomo y suficiente, de hecho una interpretación acorde con los principios que se han venido reiterando permite afirmar que la gravedad de la conducta delictiva es una limitante, es decir, que lo que se pretende impedir es que frente a conductas que no revistan tal criterio de "gravedad y modalidad" no se impongan medidas de aseguramiento, constituyéndose de esta manera en un criterio necesario pero no suficiente.

Así la prevención del delito que es indudablemente una legítima necesidad de la sociedad que debe satisfacer el Estado a través del proceso penal no se persigue ya con la pena, si no que se alcanza mediáticamente a través de las medidas de aseguramiento. De esta forma, resulta más relevante para la opinión pública que un procesado sea encarcelado preventivamente a que se llegue al establecimiento de la responsabilidad penal por medio de una sentencia. Como corolario, se desnaturalizan dos instituciones que según hemos visto se deben diferenciar, esto es, la medida de aseguramiento y la pena, llegando al punto en que hoy son prácticamente indistintas una de la otra.

Así las cosas, se puede concluir razonablemente que la finalidad de prevención del delito, o lo que es igual, que la protección de la comunidad es un criterio que conduce inexorablemente a desconocer características propias de la medida de aseguramiento como son su carácter cautelar y su excepcionalidad permitiendo así su desnaturalización. Esta situación conlleva a que no exista un criterio diferenciado de esta con la pena como sanción penal y de manera correlativa al desconocimiento del debido proceso por vía del principio de presunción de inocencia.

En estos términos, si bien es indiscutible hoy en día que las medidas de aseguramiento y en especial la detención preventiva, son constitucionalmente admisibles y pueden coexistir en el ordenamiento jurídico con el principio de presunción de inocencia, atendiendo sus características definitorias, la finalidad de "brindar protección a la comunidad" no obstante su consagración constitucional, conduce a su desnaturalización y por ende debiera ser excluida del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, se debe considerar que el Estado colombiano como parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene la obligación de adecuar su derecho interno a las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, se encuentra vinculado por la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana como intérprete autorizada del referido instrumento internacional. Por esta vía es dable considerar que nuestro ordenamiento jurídico debe estar acorde con las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, so pena de incurrir en incumpliendo las obligaciones que ha asumido el Estado.

En ese sentido, y para dar respuesta a la pregunta de investigación, podemos concluir, que si bien el ordenamiento jurídico colombiano, mediante su cuerpo normativo y su jurisprudencia, cuenta con un catálogo amplio de garantías y estándares para evitar la violación de derechos humanos, en la medida de lo posible, a la hora de imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad, la causal de protección a la comunidad presenta disparidades con las teorías procesalistas que pretenden dotar de carácter cautelar a tal medida, y de esa forma, respetar la presunción de inocencia del procesado. Lo anterior, dado que se presentan criterios subjetivos y anticipados, propios de la sanción penal, y no de una medida cautelar. Adicionalmente a ello, se pudo observar situaciones concretas, como la presión mediática, que altera la independencia judicial y se aleja de los fines y parámetros de la prisión preventiva. Por lo tanto, el sistema jurídico colombiano no presenta absoluta garantía a la presunción de inocencia a la hora de imponer medidas de aseguramiento intramuros.

REFERENCIAS

1. Doctrina nacional e internacional

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Ayala, C. A. (2009). *Medidas de aseguramiento.Análisis constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Juridica.

Beccaria, C. (1774). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Joachin Ibarra.

Berlín, I. (1958). *Dos Conceptos de Libertad*. Conferencia dada como «Inaugural lecture» en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958.

Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bigliani, P., & Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Defensoría General de la nación, Argentina.

Carrara, F. (1977). *Programa de Derecho Criminal. Parte general* (Vol. II). Bogotá: Temis.

Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad.* Buenos Aires*:* Ed. Ábaco de Rodolfo Depalama

Fernández, J. (2007). *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Bogotá: Ibáñez.

Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.

Fiore, P. (1927). *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Madrid: Reus.

Freund, G. (2004). *Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal.* En*El Sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal* (pp. 91-128). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Fried, C. (2009). *La Libertad Moderna y los Limites del Gobierno*. Madrid: Katz Editores.

Gómez Velásquez, G. (2009). *De la libertad y medidas de aseguramiento*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Guastini, R. (2001). La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Estudios de Teoría Constitucional* (J. M. Lujambio, Trad., pp. 153-164). Méjico D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea.

Hassemer, W. (1998). Los Presupuestos de la prisión preventiva. En *Crítica al derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hélie, F. (1867). *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du código de instrucción criminelle* (Vol. V). Paris: H. Plon.

Hobbes, T. (1994). Leviatan*: La materia, forma y poder de un Estado eclesiastico y civil*. Madrid: Atalaya S.A.

Ibañez, P. A. (2003). El juez y prisión provisional. En *Critica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo* (pp.15-29). Cuenta: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha

Kant, M. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Méjico: Porrua.

Maier, J. B. (1996). *Derecho procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Marcos, E. C. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores.

Martínez Rave, G. (2006). Procedimiento penal Colombiano. Bogotá: Temis

Matías Pinto, R. (2007). Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera.*Revista Latinoamericana de Derecho*, 305-337.

Montesquieu. (2003). *El espíritu de las leyes*. Barcelona: Origen.

Mouchet, C., &ZorraqiuinBecu, R. (1987). *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

O' Donnell, D. (1989). *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

O´Donell, D. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Pastor, D. R. (2010). Garantias de la Libertad del Imputado. En *Garantismo y Crisis de la Justicia* (pp. 127-160). Medellín: Universidad de Medellín.

Pujadas Tortosa, V. (2008). *Teoria general de la medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons.

Rave, G. M. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Temis. S.A.

Rodriguez, J. L. (2009). La prisón preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, 114-148.

Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.

Sánchez Gil, R. (2007). *El principio de proporcionalidad*. Méjico: Universidad Nacional Autónoma de Méjico.

Suárez, A. (2001). *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valdes García, C. (1974). Historia de la prisión. En*Suplementos de Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 7.

Valencia, H. V. (2003). *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*. Bogotá: Espasa.

Velásquez, G. G. (2009). *De la Libertad y Medidas de Aseguramiento*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte Peneral*. Buenos Aires: Ediar.

1. Jurisprudencia Nacional.

Radicado 36.926, Corte Suprema de Justicia Colombia (M.P. Alfredo Gómez Quintero 22 de julio de 2011).

Sentencia C-024 de 1994, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Alejandro Martínez Caballero 27 de enero de 1994).

Sentencia C-1001 de 2005, Corte Constitucional. Colombia (M.P. Álvaro Tafur Galvis 03 de octubre de 2005).

Sentencia C-1024 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. (Corte Constitucional 26 de Noviembre de 2002).

Sentencia C-1056 de 2004, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Clara Inés Vargas Hernández 28 de octubre de 2004).

Sentencia C-106 de 1994, Corte Constitucional, Colombia (M.P. José Gregorio Hernández Galindo 10 de marzo de 1994).

Sentencia C-1154 de 1994, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 15 de noviembre de 2005).

Sentencia C-1198 de 2008, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Nilson Pinilla Pinilla 4 de diciembre de 2008).

Sentencia C-121 de 2012, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 22 de febrero de 2012).

Sentencia C-123 de 2004, M.P. Constitucional, Colombia (Marco Gerardo Moroy Cabra 17 de febrero de 2004).

Sentencia C-1287 de 2001, Corte Constitucional Colombia (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 05 de Diciembre de 2001).

Sentencia C-148 de 2005, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Álvaro Tafur Galvis 22 de febrero de 2005).

Sentencia C-150 de 1993, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Fabio Morón Díaz 22 de noviembre de 1993).

Sentencia C-1514 de 2000, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez 08 de noviembre de 2000).

Sentencia C-163 de 2008, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Jaime Córdoba Tribiño 20 de febrero de 2008).

Sentencia C-176 de 2007, Corte Constitucional Colombia (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 14 de marzo de 2007).

Sentencia C-200 de 2002, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Álvaro Tafur Galvis 19 de Marzo de 2002).

Sentencia C-205 de 2003, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Clara Inés Vásquez 11 de marzo de 2003).

Sentencia C-209 de 2007, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 21 de marzo de 2007).

Sentencia C-239 de 2012, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Juan Carlos Henao Pérez 22 de marzo de 2012).

Sentencia C-252 de 2003, Corte Constitucional Colombiana (M.P. Jaime Córdova Triviño 25 de marzo de 2003).

Sentencia C-301 de 1993, Eduardo Cifuentes Muñoz (Corte Constitucional 2 de agosto de 1993).

Sentencia C-316 de 2002, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 30 de abril de 2002).

Sentencia C-318 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño (Corte Constitucional 9 de abril de 2008).

Sentencia C-327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz (Corte Constitucional 10 de julio de 1997).

Sentencia C-355 de 1994, Corete Constitucional, Colombia (M.P. Antonio Barrera Carbonell 11 de agosto de 1994).

Sentencia C-392 de 2000, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Antonio Barrera Carbonell 6 de abril de 2000).

Sentencia C-395 de 1994, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Carlos Gaviria Díaz 8 de septiembre de 1994).

Sentencia C-406 de 2004, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Clara Inés Vargas 04 de mayo de 2004).

Sentencia C-425 de 1997, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Fabio Morón Díaz 4 de noviembre de 1997).

Sentencia C-456 de 2006, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Alfredo Beltrán Sierra 7 de junio de 2006).

Sentencia C-549 de 1997, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Carlos Gaviria Díaz 30 de noviembre de 1997).

Sentencia C-578 de 1995, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz 04 de diciembre de 1995).

Sentencia C-591 de 2005, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Clara Inés Vargas Hernández 9 de junio de 2005).

Sentencia C-591 de 2005, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Clara Inés Vargas Hernández 9 de junio de 2005).

Sentencia C-620 de 2001, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Jaime Araujo Rentería 13 de junio de 2001).

Sentencia C-622 de 2003, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Álvaro Tafur Galvis 29 de julio de 2003).

Sentencia C-633 de 2012, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Mauricio González Cuervo 15 de agosto de 2012).

Sentencia C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa (Corte Constitucional 31 de mayo de 2000).

Sentencia C-689 de 2000, Corte Constitucional, Colombia (M.P. José Gregorio Hernández Galindo 5 de diciembre de 1996).

Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional 25 de julio de 2001).

Sentencia C-802 de 2002, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Jaime Córdoba Triviño 2002 de octubre de 2002).

Sentencia C-805 de 2002, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 1 de octubre de 2002).

Sentencia C-846 de 1999, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Carlos Gaviria Díaz 27 de octubre de 1999).

Sentencia C-879 de 2011, Corte Constitucional Colombia (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 22 de noviembre de 2011).

Sentencia T-1085 de 2006, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Álvaro Tafur Galvis 14 de diciembre de 2006).

Sentencia T-1263 de 2001, Corte Constitucional Colombia (M.P. Jaime Córdoba Triviño 29 de noviembre de 2001).

Sentencia T-1625 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez (Corte Constitucional 23 de noviembre de 2000).

Sentencia T-227 de 2003, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 17 de marzo de 2003).

Sentencia T-234 de 2012, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 21 de marzo de 2012).

Sentencia T-280 de 1998, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Alejandro Martínez Caballero 05 de junio de 1998).

Sentencia T-386 de 2002, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Rodrigo Escobar Gil. 20 de mayo de 2002).

Sentencia T-490 de 1992, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz 13 de agosto de 1992).

Sentencia T-719 de 2003, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 20 de agosto de 2003).

Sentencia T-881 de 2002, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Eduardo Montealegre Lynett 17 de octubre de 2002).

Sentencia T-051 de 2016, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 10 de febrero de 2016).

Sentencia C-181 de 2016, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 13 de abril de 2016).

Sentencia C-496 de 2015, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 5 de agosto de 2015).

Sentencia C-469 de 2016, Corte Constitucional, Colombia (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 31 de agosto de 2016).

Sentencia C-221 de 2017, Corte Constitucional, Colombia (M.P. José Antonio Cepeda Amarís 19 de abril de 2017).

Sentencia 85126, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia (M.P. José Luis Barceló Camacho 20 de abril del 2016).

Sentencia 84957, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya 11 de mayo del 2016).

2. Jurisprudencia Internacional

Caso Gonzáles Medina y familiares Vs. República Dominicana (Corte interamericana de Derechos Humanos 27 de febrero de 2012).

Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador (Corte Interamericana De Derechos Humanos 24 de junio de 2005).

Caso Cantoral Benavides Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de agosto de 2000).

Caso Castillo Páez Vs. Perú, Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Caso García Asto Y Ramírez Rojas Vs. Perú (Corte Interamericana De Derechos Humanos 25 de noviembre de 2005).

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de enero de 1997).

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de junio de 2002).

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso c. República Oriental del Uruguay (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007).

Caso López Álvarez Vs. Honduras (Corte Interamericana De Derechos Humanos 1 de febrero de 2006).

Caso Mukong c. Camerún (Comite de Derechos Humanos 1994).

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).

Caso Tibi Vs. Ecuador (Corte Interamericana De Derechos Humanos 7 de septiembre de 2004).

Caso W.B.E. c. Paises Bajos (Comite de Derechos Humanos 1992).

Comité de Derechos Humanos. (1984). Observación General N° 13. Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

Informe 17/89, Caso 10.037 Firminech c. Argetina (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 13 de abril de 1989).

Informe Nº 5/96, Caso 10.970 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1 de marzo de 1996).

Informe No. 02/97, Caso 11.205 y otros (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 11 de marzo de 1997).

Informe No. 11/98, Caso 10.606, Samuel de la Cruz Gómez Vs. Guatemala (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 7 de abril de 1998)

3. Otros instrumentos

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1988)

Caso Bronstein y otros c. Argentina (Informe de fondo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997).

Caso Garcés Valladares c. Ecuador (Informe de fondo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999).

Caso Giménez c. Argentina (Informe de fondo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996).

Caso Hill y Hill c. España (Comite de Derecho Humanos 1995).

Informe El uso de la Prisión Preventiva en las Américas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Informe Medidas para reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial (Due Process of Law Foundation, 2013).

Informes estadísticos 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 (Instituto Nacional Penitenciario de Colombia).