

**LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL  
COLOMBIANO**

**Materialización de los mandatos de optimización respecto de las medidas de  
aseguramiento privativas de la libertad**

**PRESENTADO POR:  
IGNACIO ARMANDO PLAZAS MOJICA<sup>1</sup>**

**PRESENTADO A:  
DR. JOSE RORY FORERO SALCEDO**

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



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS - FACULTAD DE DERECHO  
SEDE TUNJA BOYACÁ**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL  
OCTUBRE 2023**

---

<sup>1</sup> Profesor de Catedra en la universidad Unitrópico de Yopal Casanare; Abogado egresado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (sede Yopal Casanare); Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomas sede Tunja; Abogado litigante en Materia Penal.

## Tabla de contenido

PALABRAS CLAVE:.....	3
KEY WORDS: .....	3
INTRODUCCIÓN.....	3
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ....	5
PREGUNTA PROBLEMA. ....	5
HIPÓTESIS.....	5
OBJETIVO GENERAL:.....	5
Objetivos específicos:.....	6
Sobre El Hacinamiento Carcelario.....	6
Sobre los principios o mandatos de optimización previstos en el artículo 295 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004). ....	8
Sobre el control de legalidad de la formulación de imputación. ....	12
Sobre el control de legalidad y el razonamiento probatorio de la medida de aseguramiento. ....	17
Sobre el control de constitucionalidad de las medidas de aseguramiento en punto a sus fines como fundamentos legítimos para la imposición de una medida de aseguramiento.....	21
Sobre el control de convencionalidad de los fines de la medida de aseguramiento.....	27
Sobre la necesidad de prepararnos en materia de censuras de tipo casacional. ....	31
sobre la necesidad de prepararnos en materia de censuras de tipo constitucional, esto es, las causales generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.....	35
CONCLUSIONES .....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	37

**PALABRAS CLAVE:** Excepcional, interpretación restrictiva, idoneidad, necesidad, proporcionalidad, razonabilidad, fines de la medida de aseguramiento, Peligrosidad del imputado, Control de constitucionalidad, Control de Convencionalidad.

**KEY WORDS:** exceptional, restrictive interpretation, suitability, need, proportionality, reasonableness purposes of the security measure, danger of the accused, Constitutionality Control, Conventionality Control.

## INTRODUCCIÓN

El código de procedimiento penal colombiano (ley 906 de 2004), en el artículo 295 trae consigo una serie de principios (mandatos de optimización)<sup>2</sup> que en la realidad y en la práctica no se les está dando la importancia que ameritan a la hora de la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad en establecimiento carcelario.

Tales principios o mandatos de optimización son: la **afirmación de la libertad** (principio general de la libertad), **excepcionalidad; interpretación restrictiva, necesidad, adecuación idoneidad, proporcional (test de proporcionalidad) y razonabilidad frente a los contenidos constitucionales (fines de la medida de aseguramiento).**

Para que a una persona se le pueda imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento se debe realizar el siguiente recorrido de escalones:

LEGALIDAD →	CONSTITUCIONALIDAD →	CONVENCIONALIDAD →	=	MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
----------------	-------------------------	-----------------------	---	-------------------------

Entonces, es a la luz de estos principios o mandatos de optimización de que trata el artículo 295 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004) que se debe realizar el mencionado recorrido.

En pretérita ocasión tuve la oportunidad escribir sobre el ultimo escalón, es decir sobre la convencionalidad de la medida de aseguramiento y expuse la incompatibilidad que actualmente existe entre la jurisprudencia de la CorteIDH y la normatividad constitucional, legal y jurisprudencial del ordenamiento jurídico

<sup>2</sup> ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, página 83 “Los principios son mandatos de optimización, porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. ([fuente de información](#)).

colombiano, pues, por un lado, la CortelDH entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la CADH prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva: 1°) el riesgo de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia (riesgo de no comparecencia tanto al proceso como a la posible condena) y 2°) que el imputado intente obstaculizar la investigación judicial (riesgo de obstrucción a la justicia), sin embargo, en Colombia, además del riesgo de no comparecencia y riesgo de obstrucción a la justicia como fines legítimos para la imposición de las medidas de aseguramiento, se establece y se acepta que los jueces de control de garantías restrinjan la libertad de los procesados (particularmente con medidas privativas de la libertad) con fundamento en que la libertad del imputado deriva en un peligro, no solo para la seguridad de la víctima, sino que además para la seguridad de la sociedad.<sup>3</sup>

Sin embargo, en la práctica, se puede evidenciar que en la mayoría de casos el mencionado recorrido de escalones (legalidad → constitucionalidad → convencionalidad) no alcanza a pasar del primer escalon, esto es, la **LEGALIDAD** en punto a lo que es una teoría del caso bien estructurada con sus respectivos hechos jurídicamente relevantes y razonamiento probatorio.

La falta de aplicación de los principios rectores del régimen de la libertad y su restricción previstos en título IV (**RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN**), en su capítulo único, artículos 295 y 296 del código de procedimiento penal colombiano, por parte de algunos jueces de control de garantías ha conllevado a la reiterada violación de derechos humanos como es la **Libertad** y el **Debido Proceso**. Además, está indebida practica ha agudizado el problema del hacinamiento carcelario en Colombia, mismo por el cual ha generado que la Corte Constitucional colombiana haya declarado en repetidas ocasiones lo que denomina como un Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia.

Con el fin de dar respuesta a la pregunta problema del presente artículo, esto es, ¿Cómo materializar el mandato de optimización a fin de que la medida privativa de la libertad en establecimiento carcelario sea la excepción? se plantearan los principales problemas que han dado lugar a la no materialización de los principios o mandatos de optimización previstos en el artículo 295 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004). Además, se emprende una labor de reconstrucción de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y de la

---

<sup>3</sup> Ignacio Plazas. 06/10/2022. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/47542?show=full> El Control de Convencionalidad respecto a los Fines de las Medidas Privativas de La Libertad como Fundamentos Legítimos En Colombia,

Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se plantea la solución al problema.

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

Como bien se sabe, en Colombia existe y persiste un problema gravísimo de hacinamiento en las cárceles, y gran parte de este problema se ha venido agudizando debido a que algunos Jueces de Control de Garantías, al momento de decidir sobre las medidas de aseguramiento No están aplicando los principios que rigen la materia (medidas de aseguramiento), lo cual impacta de manera directa en los derechos humanos (Libertad y debido proceso) de los procesados.

### **PREGUNTA PROBLEMA.**

¿Cómo materializar los mandatos optimización de que trata el artículo 295 del CPP colombiano a fin de que la medida privativa de la libertad en establecimiento carcelario sea la excepción?

### **HIPÓTESIS**

En la práctica jurídico penal se observa que la mayoría de delegados de la Fiscalía General de la Nación (que solicitan la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario) y los jueces de control de garantías (que decretan la medida) no están teniendo en cuenta el poder vinculante de los principios rectores del Código de Procedimiento Penal, y en especial de los principios que gobiernan el régimen de la libertad y su restricción y que están positivizados en los artículos 295 y 296 del CPP, lo cual conlleva a una indiscriminada imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad de carácter intramural, a un innecesario hacinamiento carcelario (lo que ha generado la declaratoria, de estado de cosas inconstitucional), y de paso a la violación de derechos humanos como lo es la libertad y el debido proceso.

### **OBJETIVO GENERAL:**

Analizar los principios del régimen de la libertad y su restricción, los cuales se erigen como potentes mandatos de optimización y suministrar fundamentos legales, constitucionales y convencionales al lector a fin de que estos principios se materialicen en la realidad y por consiguiente que la medida privativa de la libertad en establecimiento carcelario sea la excepción.

## OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Estudiar el desarrollo legal, constitucional, convencional, y jurisprudencial, de los principios del régimen de la libertad y su restricción, esto es, de los artículos 295 y 296 de la ley 906 de 2004.
2. Suministrar al lector herramientas de tipo legal, constitucional, convencional, jurisprudencial y doctrinal respecto de las medidas de aseguramiento para que, como juristas logremos materializar la vigencia real de las conquistas que se infieren de previsiones como las contenidas en los artículos 295 y 296 del código de procedimiento penal colombiano, de tal manera que los principios inmersos en esos artículos no se conviertan en una más de las declaraciones simbólicas.

## Sobre El Hacinamiento Carcelario

Según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), actualmente, la población carcelaria asciende a 102.430 personas privadas de la libertad, de las cuales 23.008 personas son detenidos sin condena (sindicados). Esto, sin embargo, sigue siendo algo inhumano y explica buena parte del hacinamiento carcelario que sobrepasa el 20% (INPEC, 2022, tablero estadístico. intramural).<sup>4</sup>

No obstante, estos datos presentados por el INPEC no son muy creíbles si se tiene en cuenta que más de la mitad de la población privada de la libertad está recluida en cárceles cuyos niveles de hacinamiento carcelario superan el 80%, el hacinamiento Colombia no puede ser del 20% por que a junio de 2020 más de 12000 personas estaban en los centros de detención transitoria<sup>5</sup>.

## ¿QUÉ HA DICHO LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL HACINAMIENTO CARCELARIO EN COLOMBIA?

En el año 1998 la Corte Constitucional por primera vez declaró que los procesados se encontraban en situación de hacinamiento carcelario en las cárceles colombianas y que esto constituía un estado de cosas inconstitucional. En esta sentencia la Corte Constitucional le atribuyó el problema del hacinamiento a la falta

---

<sup>4</sup>

[http://190.25.112.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j\\_username=inpec\\_user&j\\_password=inpec#/public/Intramural/Dashboards/Intramural\\_Nacional](http://190.25.112.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j_username=inpec_user&j_password=inpec#/public/Intramural/Dashboards/Intramural_Nacional)

<sup>5</sup> CENTRO DE DETENCIÓN TRANSITORIA: Entiéndase por centro de detención transitoria, todos aquellos espacios destinados para la detención preventiva de personas con medida de aseguramiento y condenadas, a cargo de la Policía Nacional, del Ejército Nacional y de la Fiscalía General de la Nación.

de **infraestructura carcelaria** y por consiguiente ordenó al gobierno nacional de turno la inclusión de presupuesto nacional para la construcción y refacción carcelaria (Corte Constitucional, sentencia T-153,1998, p. 48).

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

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

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

De Igual manera la Corte Constitucional encuentra que la etapa de criminalización secundaria guarda estrecha relación con el hacinamiento carcelario y tiene que ver con el **uso excesivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad**, que está directamente relacionado, además, con la falta de mecanismos de separación y trato diferenciado entre condenados y sindicados, que se abordará más adelante.<sup>6</sup> En este punto es importante señalar que existe una relación directa entre el mencionado uso excesivo de la prisión preventiva y el hacinamiento

---

<sup>6</sup> Considerando N° 45 de la sentencia T 762 de 2015.

carcelario. En términos del Ministerio de Justicia y del Derecho “*de las 119.378 personas privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios a cargo del INPEC, el 38% de la población, es decir 44.322 internos son detenidos preventivamente* (Corte Constitucional, sentencia T-762, 2015, parr. 45\_46).

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

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

### **Sobre los principios o mandatos de optimización previstos en el artículo 295 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004).**

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

*Ahora más que nunca, es una verdad irrefutable aquella según la cual la riqueza de principios de un ordenamiento está determinado no solo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico realizado por los juristas y por la jurisprudencia, obligados a luchar por la vigencia real de las conquistas que se infieren de previsiones como las contenidas en dichas “**normas rectoras**”, de tal manera que catálogos de axiomas como el del título I del Código no se conviertan en una más de las declaraciones simbólicas... En síntesis: en un país caracterizado por la cotidiana violación de los más elementales derechos humanos y por la impunidad, es obligación de los estudiosos del derecho penal continuar con la difusión de estos postulados y luchar porque el sistema penal venidero*

*los haga realidad, pues no basta con las consagraciones legislativas para lograr un sistema más o menos coherente de principios, sino que se requiere el trabajo académico, la jurisprudencia e incluso la lucha política para conseguirlo. Por supuesto, lo anterior muestra a las claras la importancia de esta materia, sin cuya debida comprensión es imposible abordar con rigor la exposición del derecho punitivo vigente, de tal manera que su ideario filosófico se vierta en todos y cada uno de los desarrollos llevados a cabo y se corresponda con la unidad que debe inspirar todo el sistema penal (Velásquez, Fernando (2017) (Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, pág. 33).*

#### **AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD**

El artículo 295 del CPP establece la **afirmación de la libertad** (principio general de la libertad) e indica que: “Las disposiciones de este código que **autorizan preventivamente** la privación o restricción de la libertad del imputado **tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.**

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

#### **EXCEPCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA:**

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

---

<sup>7</sup> Artículo 11 de la DUDH: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. – Artículo

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

#### **CRITERIO HERMENÉUTICO RESTRICTIVO:**

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

#### **REGLA APLICATIVA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD:**

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

En palabras de la Corte Constitucional:

*El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido***

*estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad (Corte Constitucional, sentencia T-575, 2009, par. 6).*

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

## **TIPOS DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

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

Por otro lado, el artículo 307 en su párrafo 2° (modificado por el artículo [1](#) de la Ley 1786 de 2016) establece que: “Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita **PRUEBE**, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.

En este punto es importante recordar que, quien solicita una medida de detención preventiva debe probar en estricto sentido porqué las medidas de aseguramiento previstas en el literal B del artículo 307 del CPP no resultan suficientes para alcanzar los fines de la medida.

Por otro lado, respecto de la **URGENCIA** no se puede pasar por alto que, hay eventos en los que la etapa de indagación dura meses y hasta años, sin embargo,

al momento de formular imputación, la fiscalía, solicita orden de captura y como si fuera poco solicita la restricción de la libertad sin probar en realidad de verdad cual es la urgencia, por lo tanto, en una medida de aseguramiento se deben exigir los elementos de conocimiento necesarios que demuestren la urgencia.

Esto también lo ha exigido la Corte Constitucional en la sentencia C 695 de 2013:

*es claro que la solicitud y decreto de una medida de aseguramiento, en este caso invocando que el imputado o acusado no cumplirá la sentencia, debe estar acompañada de (i) los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia;*

### **Sobre el control de legalidad de la formulación de imputación.**

A continuación, se desarrollarán las principales causas del problema (violación del derecho a la libertad y el debido proceso y hacinamiento carcelario) y se abordarán las posibles soluciones para dar respuesta a la pregunta problema.

Es una realidad que en Colombia algunos (por no decir que la mayoría) jueces de control de garantías No están dando aplicación a la teoría de Rober Alexy que indica:

***“Los principios son mandatos de optimización, porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pueden por tanto cumplirse en diferente grado. Las reglas son mandatos definitivos, pues contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Deben cumplirse o no. Las reglas se aplican mediante la subsunción, mientras que los principios mediante la ponderación.”***<sup>8</sup>

Es decir que, algunos jueces de Control de Garantías están incurriendo en una especie de desobediencia (legal, constitucional y convencional) al NO aplicar ni materializar los principios establecidos en el artículo 9° del código penal colombiano (ley 599 de 2000) y el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal colombiano (ley 906 de 2004), esto es, legalidad, excepcionalidad, criterio de interpretación restrictiva y juicio de proporcionalidad y razonabilidad, (y convencionalidad) los

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, página 83. ([fuente de información](#)).

cuales se erigen como la base o piedra angular de todo el régimen de la libertad y su restricción.

Para entender este trabajo es necesario tener en cuenta que, para que un juez de control de garantías pueda imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad es necesario que realice el siguiente recorrido:

LEGALIDAD →	CONSTITUCIONALIDAD →	CONVENCIONALIDAD →	=	MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
----------------	-------------------------	-----------------------	---	----------------------------

En primer lugar, uno de los problemas radica en que muchos funcionarios del Ente Acusador no cuentan con la capacitación necesaria, en materia penal (específicamente en teoría del delito) para llevar a cabo la instrucción, indagación o investigación que les permita abrazar una teoría del caso, sustentar ante juez de control de garantías, y formular una imputación bien fundamentada.

A manera de ejemplo, algo tan sencillo, al momento de imputarle cargos a una persona por determinada conducta es indicarle las circunstancias de tiempo, modo y lugar<sup>9</sup> ¡**circunstanciación!** Sin embargo, esto no está sucediendo en la práctica y prueba de esto es que la Corte Suprema de Justicia en el año 2011 tuvo que recordarle a la Fiscalía General de la Nación, la importancia de que al procesado se le comunique, de manera detallada, la conducta delictiva que en realidad de verdad realizó:

*Además, según los Tratados Internacionales citados, desde el inicio de cualquier investigación penal, toda persona ostenta el derecho a tener conocimiento de los hechos que la involucran en la misma. Así lo consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al establecer que en todo proceso penal se tiene derecho a la “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada” (artículo 8º, numeral 2º, literal b); y en el mismo sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al preveer que toda persona acusada de un delito tendrá derecho “a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la*

<sup>9</sup> Conforme al artículo 8º literal h del CPP que indica: En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan

*naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella” (artículo 14, numeral 3º, literal a).<sup>10</sup>*

Posteriormente en el año 2016, la Corte Suprema de Justicia, le llamó la atención a la Fiscalía General de la Nación para que adoptara mecanismos tendientes a capacitar a sus delegados fiscales en punto a lo que es una teoría del caso, así:

*“no puede la Corte dejar de llamar la atención al órgano de persecución penal para que adopte los mecanismos de instrucción y formación académico necesarios en aras de que la actividad constitucional que le ha sido encomendada -artículo 250 de la C.P.- se desarrolle con sujeción a los deberes que la ley procesal penal le impone. Por tal motivo, se remitirá copia de esta decisión al señor Fiscal General de la Nación.”<sup>11</sup>*

No obstante, lo anterior, el Ente Acusador no ha cumplido con el mandato previsto en el artículo 250 de la constitucional en el que se le impone el deber de investigar los hechos que revistan las características de un delito.

Es de resaltar que, en este punto, la situación es mucho mas crítica, pues desde el año 2017, la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada, ha tenido que explicarle a los delgados del ente acusador **qué es un hecho jurídicamente relevante,<sup>12</sup> la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes “hechos indicadores y medio de prueba y como es que se debe realizar “La estructuración de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía General de la Nación”.**<sup>13</sup>

¿Y por qué la Corte Suprema de Justicia ha tenido que explicar a los operadores jurídicos tales conceptos?

La respuesta a la anterior pregunta la tiene la misma corporación en la misma sentencia cuando indica:

---

<sup>10</sup> Proceso con radicado N° 34022 del año 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

<sup>11</sup> Proceso con radicado N° 48200 del año 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

<sup>12</sup> El artículo 288 de la ley 906 de 2004 indica que: Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente: (...) N° 2 Relación clara y sucinta de los **hechos jurídicamente relevantes**, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

<sup>13</sup> Proceso SP3168-2017 Radicación N° 44599 M.P. Patricia Salazar Cuéllar en considerandos 1.1; 1.2 y 1.3.

*Sí, como suele suceder, en la imputación y/o la acusación la Fiscalía se limita a exponer los medios de prueba del hecho jurídicamente relevante, o los medios de prueba de los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, equivale a que hiciera el siguiente planteamiento: "lo acuso de que María asegura haberlo visto salir corriendo del lugar de los hechos, y de que un policía judicial dice que le encontró un arma, etcétera".<sup>14</sup>*

Respecto de lo que es un hecho jurídicamente relevante, la Corte Suprema de Justicia de manera sencilla, indicó:

*"Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales.*

*(...)*

*Así, por ejemplo, en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, uno de los hechos jurídicamente relevantes puede consistir en que el acusado fue quien le disparó a la víctima.*

*"<sup>15</sup>*

No obstante, para mejor comprensión respecto de lo que es un hecho jurídicamente relevante me permito traer a colación la didáctica explicación que trae la doctrina autorizada en el tema, así:

*"La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo". NÓTESE que solo puede investigar hechos que revistan las **CARACTERÍSTICAS DE UN DELITO**, es decir, que sean típicos, antijurídicos y culpables, por cuanto son estas las características de un delito según el artículo 9 del C.P. y de igual manera **SOLO PUEDE IMPUTAR** "cuando de los elementos materiales*

<sup>14</sup> Proceso SP3168-2017 Radicación N° 44599 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

<sup>15</sup> Proceso SP3168-2017 Radicación N° 44599 M.P. Patricia Salazar Cuéllar en considerandos 1.1 pág. 14.

*probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga (art. 287 del C.P. P). **¿Y cuándo se puede inferir razonablemente que hay un DELITO?** pues cuando identifico los hechos jurídicamente relevantes, es decir, **LOS HECHOS QUE SE ADECÚAN A TODOS LOS REQUISITOS DE LA TIPICIDAD (OBJETIVA Y SUBJETIVA), ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.**<sup>16</sup> (negritas, cursivas fueras de texto)*

Ahora bien, se preguntarán ustedes ¿qué tiene que ver el tema de los hechos jurídicamente relevantes en la imputación con las medidas de aseguramiento?

La respuesta al anterior interrogante es que, en virtud del principio de antecedente consecuente, la imputación es un acto procesal que tiene incidencia o impacto directo en garantías fundamentales de los procesados. Además, por qué la imputación es una audiencia necesaria y previa para la realización de audiencias posteriores, puesto que, sin imputación, el ente acusador no se puede solicitar medida de aseguramiento y sin la imputación sencillamente no se pueden llevar a cabo el resto de audiencias.

Es necesario indicar que, la capacitación no solo debe estar en cabeza del ente acusador, pues es deber de la defensa, saber sobre la teoría del delito y exigir el derecho a ser oído en la audiencia de imputación, y además exigir una imputación clara, precisa y detallada de conformidad con el artículo 8° de la convención americana y el artículo 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Obviamente que la persona que mas debe saber sobre la teoría del delito y hechos jurídicamente relevantes es el Juez de control de Garantías, pues es quien finalmente es quien toma la decisión.

Al respecto la corte suprema indicó:

*En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u*

---

<sup>16</sup> Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal construcción y aplicación práctica, escrito por NELSON SARAY BOTERO Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA Docente Investigador de la Universidad Libre de Cúcuta

*omisión que conduce a ello. Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.<sup>17</sup>*

## **Sobre el control de legalidad y el razonamiento probatorio de la medida de aseguramiento.**

La lucha por la materialización de los mandatos de optimización de los que habla Robert Alexy y que los encontramos el artículo 9° del código penal (ley 599 de 2000) y el artículo 295 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004) se debe mantener en la formulación de imputación, pero más en la audiencia de solicitud de medidas de aseguramiento, pues es en esta audiencia donde se decide si el procesado continúa en libertad o en prisión preventiva.

En este punto se recuerda, nuevamente el recorrido que se debe seguir para que se pueda imponer una medida de aseguramiento, esto es:

LEGALIDAD →	CONSTITUCIONALIDAD →	CONVENCIONALIDAD →	=	MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
----------------	-------------------------	-----------------------	---	----------------------------

A continuación, se plantearán algunos aspectos que son de vital importancia para dar respuesta a la pregunta problema, cual es, **¿Cómo materializar el mandato de optimización a fin de que la medida privativa de la libertad en establecimiento carcelario sea la excepción?**

Materializar los mandatos de optimización significa que, el juez de control de garantías y las partes estén capacitados en materia penal (teoría del delito y hechos jurídicamente relevantes) como ya se indicó y en materia de fundamentos constitucionales y convencionales del derecho penal.

Materializar los mandatos de optimización entonces, significa que la defensa haga uso de lo previsto en el inciso primero del artículo 306 de código de procedimiento

<sup>17</sup> Proceso SP4792-2018 Radicado N° 52507 M.P. Patricia Salazar Cuéllar

penal (ley 906 de 2004), esto es, **realizar las controversias pertinentes** en la audiencia de medida de aseguramiento.<sup>18</sup>

¿y cuáles son o en qué consisten las controversias pertinentes?

Como ya indicamos, la audiencia de formulación de imputación incide de manera directa en la solicitud de medida de aseguramiento y en tal sentido, la discusión o controversia sobre la teoría del delito y hechos jurídicamente relevantes, no acaba en aquella audiencia, sino que se debe reiterar en esta y con más potencia, toda vez que se trata de la legalidad del delito como presupuesto para la imposición de la medida de aseguramiento. En tal sentido, en la audiencia de medida de aseguramiento la controversia también podrá versar sobre la legalidad del delito.

Para materializar los mandatos de optimización en punto a la medida de aseguramiento privativas de la libertad se debe permitir a la defensa fundamente las controversias pertinentes y además es necesario que el juez de control de garantías y las partes estén capacitados en materia de **RAZONAMIENTO PROBATORIO**.

¿y porque nos debemos capacitar en materia de razonamiento probatorio? Porque tal y como lo indica el profesor Jordi Ferrer Beltrán el razonamiento probatorio: “es algo absolutamente novedoso en nuestro ámbito cultural (Colombia no es la excepción) y que por tal motivo es necesario adoptar estándares más objetivos de la prueba, abandonar la concepción persuasiva de la prueba y acoger una concepción racional de la prueba”<sup>19</sup>

Respecto del Razonamiento Probatorio, el profesor Jordi Ferrer Beltrán distingue tres momentos de la actividad probatoria, así:<sup>20</sup>

1. *El momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas.*
2. *El momento de la valoración de elementos de juicio o pruebas.*
3. *El momento de la adopción de la decisión sobre los hechos probados.*

---

<sup>18</sup> El artículo 306 de la ley 906 de 2004 indica: El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la **defensa la controversia pertinente**

<sup>19</sup> Manual de Razonamiento Probatorio de Jordi Ferrer Beltrán

<sup>20</sup> Capítulo II del manual de Razonamiento Probatorio de Jordi Ferrer Beltrán

Para el caso que nos ocupa, es necesario indicar que estos tres momentos aplican perfectamente respecto de las medidas de aseguramiento en establecimiento carcelario, pues como lo indica el profesor Jordi Ferrer Beltrán:

*Es importante destacar que las decisiones sobre los hechos que hay que adoptar en un procedimiento judicial no se reducen a la decisión final, a los efectos de la sentencia. Habrá que decidir, por ejemplo, si los elementos de juicio disponibles son suficientes para ordenar la entrada en domicilio a los efectos de un registro domiciliario, si son suficientes **para adoptar una medida cautelar**, si lo son para abrir juicio y si lo son para condenar.*

En otras palabras, lo que indica el profesor Jordi es que, cuando se valla a adoptar una decisión, como lo es la imposición de una medida cautelar consistente en privación de la libertad en establecimiento carcelario, se debe permitir que el procesado, materialice todos los derechos de los que habla el artículo 8° de la ley 906 de 2004 (Derecho a la Defensa) y en este sentido lo que se debe es realizar una especie de *minijuicio* en el que se agoten los tres momentos de la actividad probatoria.

Entonces, respecto de la **inferencia razonable** sobre la autoría o participación en el delito y aplicando el razonamiento probatorio, en cuanto al primer momento de la actividad probatoria, esto es, el momento de la **conformación** del conjunto de elementos de juicio o pruebas para la imposición de una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario se debe permitir la controversia sobre si los elementos materiales probatorios o evidencia físicas (elementos de juicio o pruebas) fueron recogidos en forma legal y lícita.

De igual manera, se debe permitir a la defensa, en audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, el debate que se da en audiencia preparatoria, y, por lo tanto, se debe permitir a la defensa realizar solicitudes de inadmisión, rechazo o exclusión. En este punto es necesario recordar que, en el ordenamiento jurídico colombiano la solicitud de inadmisión se realiza cuando la prueba es impertinente, inconducente o inútil, que la solicitud de rechazo se realiza cuando la prueba no ha sido descubierta oportunamente y que la solicitud de exclusión se realiza cuando la prueba ha sido obtenida de manera ilegal o ilícita. Un ejemplo de solicitud de inadmisión (por inconducente) de un elemento probatorio en audiencia de medida de aseguramiento podría ser cuando la fiscalía ha fundamenta su solicitud de imposición de medida

de aseguramiento en establecimiento carcelario con una prueba anónima que puede ser un documento o un testimonio de referencia o de oídas indeterminados, un ejemplo de solicitud de rechazo se puede dar cuando no corren traslado de los elementos materiales probatorios con los que fundamentan la solicitud.

En cuanto al segundo momento de la actividad probatoria, esto es, el momento de la valoración de los elementos materiales probatorios o evidencia física (elementos de juicio o pruebas) se debe permitir la controversia en punto que las pruebas sean valoradas por el juez de control de garantías, primero de manera individual y posteriormente de manera conjunta.

Ahora bien, la controversia pertinente y el razonamiento probatorio continúa en este estadio procesal y con más fuerza, ¿Por qué? porque estamos hablando nada más y nada menos que del principal fundamento constitucional para la imposición de una medida de aseguramiento.

Entonces, materializar los mandatos de optimización implica que, se le exija al ente acusador (ya sea el juez o la defensa) no solo solicitar la medida de aseguramiento de manera argumentativa, sino que se le debe exigir que **pruebe** no solo los fines de la medida de aseguramiento, sino que además su **urgencia**.

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

Respecto de la exigencia de probar los fines de la medida de aseguramiento, la Corte suprema de Justicia indicó:

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

*En este orden de ideas, frente a la ausencia de elementos de conocimiento -que permitan advertir que el imputado obstruirá el debido*

*ejercicio de la justicia, o que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia-, la Fiscalía debe abstenerse de pedir la restricción preventiva (rad. 46148 de 2016, parr. 6.4.1).*

Finalmente, respecto del tercer momento de la actividad probatoria (*adopción de la decisión sobre los hechos probados*) se debe verificar que el Juez de control de garantías haya tomado una decisión debidamente motivada y por supuesto respetando el derecho a la presunción de inocencia e *indubio pro reo* los cuales también se erigen como mandatos de optimización.

### **Sobre el control de constitucionalidad de las medidas de aseguramiento en punto a sus fines como fundamentos legítimos para la imposición de una medida de aseguramiento.**

Una vez agotado el tema de la legalidad del delito (teoría del delito, hechos jurídicamente relevantes y razonamiento probatorio) se debe continuar con la constitucionalidad de la medida de aseguramiento (fines de la medida de aseguramiento) y para esto, a continuación, se procede a realizar un recorrido sobre los fundamentos normativos sobre los Fines de la Medida de Aseguramiento.

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

Respecto del contexto de aplicación de los Fines de la Medida de Aseguramiento, hay que indicar que en la actualidad, existen funcionarios y operadores jurídicos que desconocen la diferencia entre los fines de la medida de aseguramiento y los fines (funciones) de la pena, y es por esto que en algunas audiencias preliminares de medida de aseguramiento se confunden los Fines de la Medida de Aseguramiento con los fines (en realidad funciones) de la pena y es por esto que aún se puede escuchar a algunos fiscales argumentar que se debe afectar la libertad de una persona con medida de aseguramiento en establecimiento carcelario “para enviar un mensaje a la sociedad”, como si estuvieran haciendo referencia a la función o fin

de la prevención general de que trata el artículo 4° del código penal, ley 599 de 2000.

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

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

En primer lugar, se debe dejar claro que los fines de la medida de aseguramiento son de **naturaleza constitucional** y en el ordenamiento jurídico colombiano este aspecto se encuentra consagrado en el numeral 1° del artículo 250 de la Constitución Política en su contenido clausular que indica:

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

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

*El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.” igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada<sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup> (Ley 906 de 2004, art. 2°, Diario Oficial No. 45.658)

Respecto del artículo 2° de ley 906 de 2004 hay que resaltar que se trata no de cualquier norma, sino que se trata de una norma rectora o principio rector de todo Código de Procedimiento Penal y para entender su importancia es necesario traer a colación el concepto de norma rectora emitido por el Dr. Fernando Velásquez quien señala que:

*Con las normas rectoras se designan las disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo los postulados básicos del conocimiento jurídico; **son, pues, los mismos principios inspiradores de esta parcela del saber vertidos en los textos legales respectivos, que los dota de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete o administrador de justicia, tanto en su labor doctrinaria como judicial, sobre todo si se tiene en cuenta su rango constitucional.***<sup>22</sup>

Frente al anterior concepto se debe hacer énfasis en la frase “**sobre todo si se tiene en cuenta su rango constitucional**” pues, como es de público conocimiento, el juez de control de garantías fue ingresado a la constitución a través del Acto Legislativo 03 de 2002 y si bien es cierto los jueces que ejercen funciones de control de garantías se sitúan o se encuentran dentro de la estructura de la rama ordinaria de la Corte Suprema de Justicia, cuando de imponer medidas de aseguramiento se trata, estos deben, como lo indica el profesor Velásquez, aplicar, sin miedo, los principios rectores del régimen de procedimiento penal, por la sencilla razón de que ellos (los jueces de control de garantías) no dependen jerárquicamente de la Corte Suprema de Justicia sino de la Corte Constitucional.

Lo anterior tiene respaldo en la sentencia C 591 de 2005 que indicó:

*En este orden de ideas, la Corte considera que las importantes funciones constitucionales que tiene asignadas el juez de control de garantías, no implican ni interfieren la labor propia que realizar el juez de juzgamiento, la que, de conformidad con el Acto legislativo 03 de 2002, debe estar a cargo de un funcionario distinto. Cabe recordar, además, que el juez de control de garantías es de creación constitucional y por lo tanto cumplen una función determinada por la norma Superior, y en este sentido **no pueden ser considerados subalternos o jerárquicamente***

---

<sup>22</sup> (Velásquez, Fernando (2017). Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, pág. 41).

***dependientes de la Corte Suprema de Justicia. (negritas y cursivas fuera de texto)***

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

El cuarto fundamento normativo es el artículo 296 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004), este artículo también es de gran importancia toda vez que, se erige como principio rector, no de todo el proceso penal, pero sí del régimen de la libertad y su restricción, pues estatuye cuales son los fines para que proceda la restricción de la libertad.

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

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

*1) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.<sup>23</sup>*

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

---

<sup>23</sup> (Ley 906 de 2004, art. 2°, Diario Oficial No. 45.658).

Finalmente, la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el criterio de necesidad de aplicación de los fines de las medidas de aseguramiento, así:

*El artículo 250 de la Constitución (modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 3º de 20102) que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación, dentro del numeral 1º especifica que al ente investigador le corresponde solicitar al juez de control de garantías la adopción de las medidas necesarias (privativas de la libertad o de otros derechos y libertades) que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de los elementos materiales y la evidencia física, al igual que la protección de la comunidad y especialmente de las víctimas.*

Todo lo anterior es supremamente importante porque como se puede observar, lo que hace el legislador no es más que forjar un recorrido transicional que va desde lo predominantemente constitucional y desciende de manera escalonada. Es decir, existe una cláusula constitucional (Numeral 1º del artículo 250 superior), que para volverse regla tuvo que convertirse en principio rector del procedimiento penal (Art. 2º del CPP); que para volverse regla tuvo que volverse principio del régimen de la libertad y su restricción (Art. 296 del CPP); que para volverse regla además tuvo que establecerse cuales son los requisitos de la medida de aseguramiento y que para volverse regla se define de manera inequívoca uno a uno cuales son esos fines constitucionales para la imposición de una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario (Arts. 309, 310, 311, 312):

#### **ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CADA UNO DE LOS FINES.**

##### **RESPECTO DEL FIN DENOMINADO OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA:**

Establece el artículo 309 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004 lo siguiente:

*Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, **cuando existan 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.(negritas y cursivas fuera de texto).*

Frente al enunciado “**cuando existan motivos graves y fundados** que permitan inferir” surge la pregunta: ¿y cuando existen motivos graves y fundados?

La respuesta a la anterior pregunta la tiene el artículo 221 de la misma ley 906 de 2004 que indica:

**ARTÍCULO 221. RESPALDO PROBATORIO PARA LOS MOTIVOS FUNDADOS.** *Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.*

Entonces, materializar los mandatos de optimización implica que el ente acusador demuestre mediante, al menos, informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física con los que se pueda inferir que el procesado 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*

#### **RESPECTO DEL FIN DENOMINADO NO COMPARECENCIA AL PROCESO:**

Frente a este fin se debería aplicar la misma técnica y es que se debe exigir al ente acusador la demostración, mediante, al menos, informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física con los que se pueda inferir que el procesado no tiene arraigo familiar no social, que el indiciado puso resistencia al procedimiento de captura mediante actos violentos contra el funcionario o servidor que la realice, o intentó de emprender la huida, o dificultar su individualización.

Respecto del fin denominado peligro para la comunidad y para la víctima (el cual está proscrito por CorteIDH) me referiré en el siguiente capítulo.

## **Sobre el control de convencionalidad de los fines de la medida de aseguramiento.**

Sería del caso realizar un análisis del Control de Constitucionalidad respecto de los fines de la medida de aseguramiento, sin embargo, como se indicó anteriormente tanto la Constitución Nacional y el estatuto procesal penal avalan el peligro para la comunidad. La Corte Constitucional por su parte, de manera amplia y pacífica ya estableció que, para imponer una medida de aseguramiento, además de los requisitos legales se deben acudir a los fines de la medida de aseguramiento (Corte Constitucional, 2001). No obstante, al adicionar el peligro para la comunidad, se puede decir que hay control de constitucionalidad, pero no hay control de convencionalidad.

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

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

Como si fuera poco, en el año 2016, el ciudadano Salustiano Fortich Molina mediante acción de inconstitucionalidad solicitó se declarara la inexistencia de los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° del artículo 310 del CPP por considerar que esta norma iba en contra de los artículos 28 y 93 de la Constitución Política de Colombia y 7 (núm. 2, 3 y 5) y 8 (núm. 1 y 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

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

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

Es decir, la Corte Constitucional, de manera grosera desconoció toda una multiplicidad de fallos Jurisprudenciales emitidos por la CorteIDH en la que deja claro que la misma NO ACEPTA el peligro para la comunidad (teoría de la peligrosidad) como un fin de la medida de aseguramiento y que a continuación se relacionan:

**Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador Sentencia de 12 de noviembre de 1997<sup>24</sup>**

**Considerando N° 77**

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

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Tibi Vs. Ecuador Sentencia de 07 de septiembre de 2004: **Considerando N° 180.**<sup>25</sup>

<sup>24</sup> ver sentencia completa (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)

<sup>25</sup> ver sentencia completa (Caso Tibi Vs. Ecuador) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador Sentencia de 24 de junio de 2005: <b>Considerando N° 111.</b> <sup>26</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Palamara Iribarne Vs. Chile Sentencia de 22 de noviembre de 2005: <b>Considerando N° 198.</b> <sup>27</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso López Álvarez Vs. Honduras Sentencia de 1 de febrero de 2006: <b>Considerando N° 69.</b> <sup>28</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Servellón García y otros vs. Honduras - sentencia de 21 de septiembre de 2006: <b>Considerando N° 90.</b> <sup>29</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador Sentencia de 21 de nov de 2007: <b>Considerando N° 93.</b> <sup>30</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Yvon Neptune vs. Haití Sentencia de 6 mayo de 2008: <b>Considerando N° 98.</b> <sup>31</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Bayarri vs. Argentina Sentencia de 30 de octubre de 2008: <b>Considerando N° 74.</b> <sup>32</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Barreto Leiva vs. Venezuela sentencia de 17 de noviembre de 2009: <b>Considerando N° 111.</b> <sup>33</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Usón Ramírez vs. Venezuela sentencia de 20 de noviembre de 2009: <b>Considerando N° 144.</b> <sup>34</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Vélez Loo vs. Panamá sentencia de 23 de noviembre de 2010: <b>Considerando N° 171.</b> <sup>35</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras sentencia de 27 de abril de 2012: <b>Considerando N° 106.</b> <sup>36</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso J. Vs. Perú - sentencia de 27 de noviembre de 2013: <b>Considerando N° 157.</b> <sup>37</sup>
Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Argüelles y otros vs. Argentina sentencia de 20 de noviembre de 2014: <b>Considerando N° 120.</b> <sup>38</sup>

<sup>26</sup> ver sentencia completa (Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

<sup>27</sup> ver sentencia completa (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)

<sup>28</sup> ver sentencia completa (caso López Álvarez Vs. Honduras) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

<sup>29</sup> ver sentencia completa (caso Servellón García y otros vs. Honduras): [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf)

<sup>30</sup> ver sentencia completa (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador): [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>31</sup> ver sentencia completa (Caso Yvon Neptune vs. Haití) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_180\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf)

<sup>32</sup> ver sentencia completa (Caso Bayarri vs. Argentina) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf)

<sup>33</sup> ver sentencia completa (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf)

<sup>34</sup> ver sentencia completa (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf)

<sup>35</sup> ver sentencia completa (Caso Vélez Loo vs. Panamá) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)

<sup>36</sup> ver sentencia completa (Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras)) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_241\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf)

<sup>37</sup> ver sentencia completa (Caso J. Vs. Perú) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf)

<sup>38</sup> ver sentencia completa (Caso Argüelles y otros vs. Argentina) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_288\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf)

Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: **i)** que su finalidad sea compatible con la Convención, como lo es asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; **ii)** que sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; **iii)** que sean necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido; **iv)** que sean estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida; **v)** cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile - sentencia de 29 de mayo de 2014: **Considerando 307 y S.S.:<sup>39</sup> (Relevante)**

Corte Interamericana de Derechos Humanos\* caso WONG HO WING vs. Perú sentencia de 30 de junio de 2015: **Considerando N° 250.<sup>40</sup>**

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador sentencia de 1 de septiembre de 2016: **Considerando N° 143.<sup>41</sup>**

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Pollo Rivera y otros vs. Perú sentencia de 21 de octubre de 2016: **Considerando N° 121.<sup>42</sup>**

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

Finalmente, en el año 2018 la CorteIDH expidió una nueva providencia, esto es, la sentencia del caso mujeres víctimas de tortura sexual en ATEMCO v/s MÉXICO de 2018 y aplicó la misma tesis en el considerando 251:

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

<sup>39</sup> ver sentencia completa (Caso Norín Catrimán vs. Chile) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)

<sup>40</sup> ver sentencia completa (Caso WONG HO WING vs. Perú) en el siguiente enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_297\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_297_esp.pdf)

<sup>41</sup> ver sentencia completa (Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador): [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_316\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_316_esp.pdf)

<sup>42</sup> ver sentencia completa (Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf)

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

Por otra parte, la CIDH<sup>43</sup>, ha puesto, en el informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas lo siguiente:

CONSIDERANDO 319.

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

## **Sobre la necesidad de prepararnos en materia de censuras de tipo casacional.**

---

<sup>43</sup> La sigla **CIDH** significa "Comisión Interamericana de Derechos Humanos". La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS).

Materializar los mandatos de optimización implican que el juez de control de garantías y las partes estén capacitados en materia de técnica casacional.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, en Auto del 5 de febrero de 2021, Rad. AEP 0012-2021, 0030, se refirió a la naturaleza y objeto del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, en los que tienen cabida **errores de hecho derivados de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad, falso raciocinio y errores de derecho**. Al respecto dijo:

*“En relación con los errores de apreciación probatoria en que puede incurrir el instructor al imponer la medida de aseguramiento, pueden consistir:*

*en falso juicio de existencia cuando omite apreciar una prueba válidamente recaudada y que materialmente obra en el proceso,*

*o porque la supone existente sin realmente estarlo; **en falso juicio de identidad**, cuando al apreciar la prueba, pese a considerarla legal y oportunamente recaudada al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella;*

*en **falso raciocinio** cuando sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, pese a existir la prueba y ser apreciada en su exacta dimensión fáctica, al asignarle mérito persuasivo transgrede los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria.*

*“En esta dirección, plausible resulta precisar que cuando la petición se funda en falso juicio de existencia por suposición de prueba, compete al libelista indicarle al juzgador la parte correspondiente de la decisión censurada donde por parte del instructor se menciona la prueba que materialmente no obra en el proceso y que sirvió de fundamento a la imposición de la medida;*

*y si lo es por omisión de ponderar alguna prueba que material y válidamente obra en la actuación, es deber del peticionario concretar la parte del expediente donde se ubica ésta, demostrar que fue válidamente recaudada, indicar qué objetivamente se establece del referido medio, cuál es el mérito que le corresponde siguiendo los*

*postulados de la sana crítica, y cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar la conclusiones de instructor, y, por tanto, a revocar o anular la medida de aseguramiento.*

*“Ahora, si lo pretendido es denunciar que el funcionario de instrucción incurrió en errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el peticionario debe indicar de manera precisa que específicamente dice el medio probatorio, qué exactamente dijo de él el instructor, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él y, lo más importante, la repercusión definitiva que un tal desacierto pudo tener en la adopción de la medida de aseguramiento cuya revocación o anulación se demanda.*

*“Y si lo que se pretende poner de presente es la configuración de un falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, el peticionario debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador, cuál fue el mérito persuasivo otorgado, señalar el postulado de la lógica, la ley de la ciencia o la máxima de experiencia que fueron desconocidas, así como el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir una decisión sustancialmente distinta y opuesta a la que se cuestiona.*

*“Los errores de derecho, entrañan, por su parte, la apreciación material de la prueba por el instructor, quien la acepta no obstante haber sido aportada al proceso con violación de las formalidades legales para su aducción, o la rechaza porque a pesar de estar reunidas considera que no las cumple (falso juicio de legalidad); también, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el instructor desconoce el valor prefijado a la prueba en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al peticionario, en todo caso, indicar las normas procesales que reglan los medios de prueba sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su transgresión.*

*“Como cada una de estas especies de error, obedece a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria no resulta coherente*

que, frente a la misma prueba, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

*“Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que el artículo 392 de la Ley 600 de 2000 establece, en la petición se hace necesario concretar el tipo de yerro probatorio en que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que predica el desacierto, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el instructor, la incidencia de éste en las conclusiones para imponer la medida y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido de la decisión habría sido sustancialmente distinto y opuesto al contenido en la resolución objeto de cuestionamiento.*

*“Tal cual ha sido anteriormente precisado por esta Corporación en el pronunciamiento que en esta ocasión se reitera, la Sala no pierde de vista que pese a que los errores de apreciación probatoria sustento de la solicitud de control de legalidad han sido tomados del recurso extraordinario de casación, esto en manera alguna significa que la solicitud se halle cobijada por su mismo rigor lógico y conceptual, lo pretendido es dotar de herramientas al peticionario para facilitar la postulación de este tipo de solicitudes, así como su definición por el juez de conocimiento, pues mientras más claro y preciso sea el reclamo se facilita su identificación y trascendencia en la resolución del pedido. Tal sentido ha sido reconocido por la Sala de Casación Penal de la Corte:*

*“Es imprescindible aclarar, que lo expuesto no puede conducir a una rígida y cerrada concepción en punto de la presentación formal de la solicitud de control de legalidad, dado que no se han postulado fórmulas o palabras sacramentales taxativas que de no ser anunciadas excluyan el acceso a este mecanismo de control externo, en cuanto lo que pretende la Sala dentro de su función unificadora y pedagógica es fijar los alcances de la figura y hacer más expedita tanto su propuesta por los interesados y legitimados, como su respuesta por parte de los funcionarios judiciales a quienes corresponde efectuar al referido control.”*

*“Lo anterior resulta aún más claro, si se considera que la solicitud de control de legalidad también es procedente cuando se acredite algún otro error que al valorar la prueba conduzca a la desaparición del mínimo requerido para asegurar.*

**sobre la necesidad de prepararnos en materia de censuras de tipo constitucional, esto es, las causales generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.**

La primera vez que, La Corte Constitucional habló de manera expresa sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales (en punto a las medidas de aseguramiento privativas de la libertad) fue en el año 2001 con la Sentencia C-774/01 en la que indicó que si la medida de aseguramiento no tenía una fundamentación constitucional, es decir, si la medida cautelar no se fundamentaba en los fines de riesgo de obstrucción al proceso, riesgo de no comparecencia, era procedente el mecanismo constitucionalmente previsto para la defensa de los derechos fundamentales, esto es, la gloriosa Acción de Tutela.

Al respecto la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

*Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o **hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte.** (negritas y cursivas fuera de texto).*

Posteriormente, en año 2005 Corte Constitucional, con la sentencia C 590 de 2005 indicó que las solicitudes de amparo por violación de los derechos fundamentales por medio de providencias judiciales, deben ser sometidas a un doble escrutinio que les permita establecer el cumplimiento de las causales tanto generales como especiales de procedencia de la tutela contra autos, sentencias y resoluciones judiciales.

Las causales generales de procedibilidad contra providencias judiciales son la siguientes:

1. Que la cuestión que se discuta, sea de evidente relevancia constitucional.
2. Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.
3. Que se cumpla con el requisito de inmediatez.
4. Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna.
5. Que la parte accionante identifique los hechos que generaron la vulneración, los derechos vulnerados y que se hubiese alegado tales violaciones durante el proceso.
6. Que la acción no se interponga contra sentencia de tutela.

Las causales especiales de procedibilidad contra providencias judiciales son la siguientes:

1. Defecto orgánico.
2. Defecto procedimental.
3. Defecto factico.
4. Defecto sustantivo.
5. Error inducido.
6. Decisión judicial sin motivación.
7. Desconocimiento del precedente.

## CONCLUSIONES

El camino recorrido en el presente artículo suministra fundamentos legales, constitucionales y convencionales eminentemente contundentes para lograr que en la práctica o en la realidad se materialicen los principios o mandatos de optimización previstos en el artículo 295 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004)., esto es, la **afirmación de la libertad** (principio general de la libertad),

**excepcionalidad; interpretación restrictiva y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.**

Es deber de todos penalistas, ya sean fiscales, jueces, representantes del ministerio público y obviamente defensores, velar porque los principios o mandatos de optimización previstos en el artículo 295 del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004), sean respetados y aplicados al momento de la imposición de medidas de aseguramiento.

## **BIBLIOGRAFÍA**

(s.f.). Obtenido de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/convencionalidad.pdf>

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

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (01 de 01 de 2019). *ABC DE LA CIDH*. Obtenido de ¿QUE ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/26/>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (01 de 01 de 2019). *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. Obtenido de ABC DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/6/>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (s.f.). *CIDH*. Obtenido de ¿QUE ES LA CIDH?: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp>
- Corte Suprema de Justicia. (2016). *Sentencia SP-134 de 2016, rad, 46.806*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csji/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sentencia Rad, 44.599*. Bogotá. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/03/SP3168-201744599.pdf>
- Corte Suprema De justicia. . (12 de 10 de 2016). *Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de Sentencia AP7109-2016, Rad. 46148.: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PROCEDENCIA2.pdf>
- INPEC. (06 de 07 de 2022). *Tableros Estadísticos*. Obtenido de INPEC: <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>
- Mejía, N. S.-J. (2022). *Los hechos Jurídicamente Relevantes en el Porceso Penal* . Bogotá : Leyer Editores .
- Merino., J. P. (07 de 07 de 2018). *DEFINICIÓN.DE*. Obtenido de HACINAMIENTO.: <https://definicion.de/hacinamiento/>
- Ruiz, O. J. (2012). *Hermenéutica Jurídica*.
- Secretaría del Senado. (s.f.). *Ley 906 de 2004*. Obtenido de Secretaría del Senado.: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html#2](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#2)
- Secretaría del Senado. (s.f.). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de Secretaría del Senado.:

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr008.html#250](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#250)

Uprimny, R. (08 de 02 de 2022). *Dejusticia*. Obtenido de preguntas para entender el estado de cosas inconstitucional por la inseguridad de excombatientes: [www.dejusticia.org/5-preguntas-para-entender-el-estado-de-cosas-inconstitucional-por-la-inseguridad-de-excombatientes](http://www.dejusticia.org/5-preguntas-para-entender-el-estado-de-cosas-inconstitucional-por-la-inseguridad-de-excombatientes)

Velásquez, F. V. (2017). *Undamentos de De Drecho Penal Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andres Morales.