

**LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD
LESIONAN LOS PRINCIPIOS DE DIGNIDAD HUMANA, PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD**

PABLO JOSE PEÑA REYES¹

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
TUNJA
2022**

¹ Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, Fiscalía General de la Nación, Especialista en Derecho Administrativo, correo electrónico pablojosepe@hotmail.com.

Resumen:

La medida de aseguramiento en centro de reclusión carcelario dentro el marco del estado social de derecho, implica un análisis dentro del cual, se debe establecer si en el ámbito del procedimiento penal colombiano, los principios y derechos contenidos en la Constitución Nacional, esta medida es adecuada jurídica y constitucionalmente. En consecuencia, este trabajo se ocupa de analizar en concreto los principios que rigen la privación preventiva de la libertad en el procedimiento penal, desde el punto de vista constitucional, legal y de instrumentos internacionales. El principio de proporcionalidad constitucional, los elementos desarrollados legalmente y los pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos sirven de fundamento a las interpretaciones que se proponen en el artículo, buscando proteger la libertad, sin renunciar a las necesidades básicas de justicia en un Estado social y democrático de derecho.

Palabras clave:

Dignidad Humana, presunción de inocencia, libertad, detención preventiva, proporcionalidad.

Abstract:

The measure of assurance in a prison detention center within the framework of the social rule of law, implies an analysis within which, it must be established whether, in the scope of Colombian criminal procedure, the principles and rights contained in the National Constitution, this measure is adequate legally, and constitutionally. Consequently, this work deals with specifically analyzing the principles that govern preventive deprivation of liberty in criminal proceedings, from the constitutional, legal and international instruments point of view, seeking to harmonize the criteria used by guarantees judges when time to resolve the prosecutor's request in this matter. The principle of constitutional proportionality, the legally developed elements, and the pronouncements of the inter-American human rights system provide the basis for the interpretations proposed in the article, seeking to protect freedom, without renouncing the basic needs of justice in a social and democratic State of right.

Keywords:

Human dignity, presumption of innocence, freedom, preventive detention, proportionality.

1. INTRODUCCIÓN

Los fines del Sistema Penal Acusatorio consisten en otorgar garantías procesales a las partes que están inmersas en un proceso penal logrando un nexo con la Constitución y los Tratados Internacionales dentro del marco de Bloque de Constitucionalidad. Los anteriores establecen límites en la expedición e interpretación de normas inferiores a la carta superior.

Es decir, que el principio de supremacía por el cual se rige Constitución Política de 1991 afecta la manera de “concebir, interpretar y aplicar el derecho ordinario, mediante el conocido efecto de la interpretación conforme con la Constitución” (CUELLAR JAIME, 2004, pág. 226).

En el marco de un Estado constitucional de derecho, la Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 29, como derecho fundamental, el principio de

inocencia, señalando que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

Así mismo la Constitución dispone, en su artículo 250, que al ciudadano procesado penalmente se le pueden imponer medidas preventivas para proteger la sociedad o la víctima, conservar la prueba u obligarlo a comparecer al proceso, llegando incluso a privar de la libertad a quien no ha sido penado. De esta manera, se privilegia el trámite penal o la mera posibilidad de atentar contra alguien o de fugarse frente al derecho inalienable del ciudadano de presumir que no ha cometido delito.

En reiteradas decisiones de la Corte Constitucional se ha hecho un llamado de atención en cuanto a lo que ha denominado un “uso excesivo de la detención preventiva”, el cual ha hecho aportes significativos a las condiciones que han dado lugar a las recientes declaraciones del Estado de Cosas inconstitucional (SENTENCIA, 2013).

El uso de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en establecimiento carcelario se encuentra en una relación de tensión entre al menos dos discursos subyacentes o implícitos. Por una parte, se trata de una lectura del procedimiento penal garantista que, retomando las posiciones más radicales del liberalismo para comprender al Estado Democrático y de Derecho aboga por la mayor restricción e incluso la supresión de las medidas de detención preventiva y, por otra parte, se encuentra la supuesta necesidad de un sistema penal eficiente, que parte de una noción de seguridad ciudadana equiparable a seguridad del Estado absolutamente abstracta y peligrosista, y que en ese sentido tiene como pretensión la extracción del cuerpo social y neutralización de los supuestos o presuntos delincuentes a través del encierro y el encarcelamiento masivo, como consecuencia de una serie de percepciones sociales construidas sobre el delito y la delincuencia.

Así las cosas, este trabajo pretende realizar un análisis desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial sobre las garantías que deben prevalecer desde el punto de vista convencional y constitucional, frente a la restricción de la libertad, para lo cual deberemos dar respuesta a la siguiente pregunta: **¿Vulneran las medidas de aseguramiento privativas de la libertad los principios constitucionales de dignidad humana, presunción de inocencia y libertad, en el Estado Social y Democrático de derecho Colombiano?**

En esta medida, y con el fin de dar respuesta al interrogante planteado, el objetivo general de este trabajo consiste en identificar si **las medidas de aseguramiento privativas de la libertad vulneran los principios constitucionales de dignidad humana, presunción de inocencia y libertad, en el Estado Social y Democrático de derecho Colombiano**, y como objetivos específicos analizar los principios Constitucionales de dignidad humana, presunción de inocencia y el derecho a la libertad en el marco de la Constitucionalización del derecho penal; determinar el concepto, los alcances y los requisitos de las medidas de aseguramiento; y finalmente, realizar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en torno a la constitucionalidad de las medidas de aseguramiento en el Estado social y democrático de derecho colombiano.

Para lo cual se adelantará una investigación desde el punto de vista teórico con un enfoque cualitativo atendiendo a que se tendrán en cuenta las posturas asumidas por diferentes doctrinantes frente al tema objeto de estudio; la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, y las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, en desarrollo del bloque de constitucionalidad. La investigación será de tipo analítico descriptiva ya que busca

descomponer fenómenos en sus múltiples elementos, con miras a describir sus principales características y a su vez lograr un cabal estudio del objeto de la investigación.

La técnica de recolección de datos es bibliográfica ya que se hará referencia a información contenida en textos jurídicos; como fuentes primarias se tendrán en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Constitución Nacional, Código Penal Colombiano, Código de Procedimiento Penal Colombiano, Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia de Colombia; y como fuente secundaria el desarrollo de la doctrina en materia de medidas de aseguramiento frente a los principios de dignidad humana, presunción de inocencia y derecho a la libertad.

1. La dignidad humana, la presunción de inocencia y el derecho de libertad en el marco de la Constitucionalización del derecho penal.

1.1 La Dignidad Humana:

Un principio con una naturaleza universal y humana, que compete a todos los individuos de las Naciones, se trata de un principio rector que ha sido protegido por las Naciones Unidas a través de diferentes herramientas constitucionales.

La Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de dignidad humana, señalando que se puede observar desde diferentes puntos de vista, es decir: Dignidad humana es un principio autónomo que tiene correlación con el plan de vida de la persona, la determinación y caracterización de las condiciones socioeconómicas, culturales, políticas, religiosas que son intangibles, no tiene relaciones con los bienes patrimoniales por ende lo que se desea es la integridad física y moral, no vivir con humillaciones de nadie que tenga algún tipo de poder o posición social alta. Es un valor que el Estado debe proteger en el ordenamiento jurídico, derecho fundamental, principio constitucional autónomo. (SENTENCIA, 2002)

Kant permite inferir que el hombre tiene un fin en sí mismo, por ser racional en sus acciones y direccionarlas, las cuales deben hacerse más humanas en todo el tiempo sin discriminación alguna. (SENTENCIA, 1995).

La dignidad como tal es parte esencial del ser humano, es previa a cualquier ordenamiento normativo y ella no requiere para su subsistencia reconocimiento jurídico alguno. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos que en forma expresa la reconocen otorgan con ello legitimidad a los mismos. El anterior reconocimiento permite hablar de la teoría del sujeto, la cual “no es otra que la consecuencia necesaria, inexorable e indefectible de aquella idea que definitivamente se ha impuesto en nuestra cultura: la dignidad humana como premisa antropológica, sentido y meta del orden político”. (HERRERA, 2014, pág. 81).

En Colombia la Dignidad Humana está señalada en el artículo primero de la Constitución Política, en el preámbulo y en diferentes estamentos normativos que deben protegerse en todo lugar o escenario “los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana”. (HERRERA, 2014, pág. 101).

El Proceso Penal es por su naturaleza un limitante de principios constitucionales, lo que conlleva a aplicar medidas que son lesivas de los conceptos supremos, sin embargo, son totalmente legales al observar incumplimiento de un deber frente a

la ley, es decir, que la aplicación de los mismos dará una tarea fundamental para el juez en función de control de garantías constituyéndose como un avalista de las actividades que realiza la Fiscalía.

Por ende, es la Fiscalía la que debe acudir ante el juez en función de control de garantías asegurando la dignidad humana a todos los que hacen parte del proceso penal, actuaciones que pueden poner en riesgo dicho principio, como por ejemplo, una inspección corporal necesaria al imputado de sus genitales, lo que conlleva a tener una autorización judicial por medio de un juicio de ponderación, criterios de idoneidad que son relevantes en la investigación donde no existe ningún otro medio eficaz que limite los principios constitucionales. Es decir que el juez debe especialmente estudiar todos los medios según la gravedad del delito, la lesión causada y ponderar cada medida que se llegare a tomar en cuenta por parte del ente acusador. (...). (ROBERTO, 2012, pág. 72).

Adicional a lo anterior, no se encuentra ajustado a los principios constitucionales los incrementos desproporcionados de la penas de prisión y de los términos y el desborde en la imposición de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, ya que lo que se ha evidenciado es que el ente acusador las viene utilizando con el objetivo de presionar “lo suficiente al imputado para que acepte su responsabilidad o llegue a un acuerdo con la Fiscalía, a cambio de una rebaja de la pena, como ha sucedido en Colombia, entre otras, con las leyes 890 de 1994 y 1142 de 2007, la primera de las cuales ordenó para todos los delitos un incremento de la pena mínima en una tercera parte y de la máxima en la mitad, argumentando la necesidad de unas penas lo suficientemente altas para un “buen funcionamiento” del sistema acusatorio, como se reconoce en la propia exposición de motivos (Sotomayor, 2007, 2009). A tal efecto, se ha producido en Colombia un incremento desmesurado de las penas con el objetivo principal de constreñir al imputado a que renuncie al juicio y acepte los cargos por el temor de sufrir una pena de prisión extremadamente alta”. En este sentido la manifestación de allanamiento a cargos “hace que la pena se transforme en un mecanismo de tortura que en muy poco difiere de los ya denunciados por Beccaria (2011, pp. 165-173), Pavarini (2001), Sotomayor (2009) y Sentencia C-163 de 2015. (SOTOMAYOR ACOSTA JUAN OBERTO, 2017).

Ahora, con el aumento indiscriminado de penas, todos los delitos se han convertido en gravísimos y, objetivamente, a todos los imputados podría imponérseles una medida de aseguramiento privativa de la libertad, independientemente de que en efecto, por una parte se cuente con los suficientes elementos materiales probatorios para sustentarla y, por otra, se cumplan los fines para imponerla.

En este caso, la vulneración al principio de respeto a la dignidad humana no lo constituye propiamente la rebaja de penas por aceptación de cargos, ni los preacuerdos con la Fiscalía, sino que para ello se incrementa la pena más allá de la pena proporcional (cualquiera que esta sea), pues en el fondo se amenaza al individuo con una pena injusta (que no merece) para obligarlo a aceptar su responsabilidad (sin excluir la posibilidad de que sea inocente), y así, luego de la rebaja de pena, terminar imponiendo (por lo menos es así en el caso colombiano) la pena que desde un comienzo hubiera correspondido. En este caso, “la amenaza en realidad opera como un nuevo tormento que permite la imposición de penas sin un juicio previo”. (ACOSTA, 2016).

1.2 La presunción de inocencia:

Aquel que nace de la revolución francesa, inmerso en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art.11), Convención Americana de Derechos Humanos,

Pacto de San José de Costa Rica, intervenciones que las Naciones Unidas han ratificado, que para el caso de Colombia fue ratificado a través de la Ley 16 de 1974.

Para Orlandi Renzo, (ORLANDI, pág. 184) este principio se debe resolver con la fórmula del in dubio pro reo, lo que hace que el juez se ayude para resolver casos en medio de la incertidumbre, cuando no existen pruebas suficientes o estas se apoyan a favor del imputado.

Ello implica que, la carga de la prueba respecto a la culpabilidad corresponde a quien acusa, (Fiscalía General de la Nación), “no son admitidas inversiones de la carga de la prueba que hagan agravar sobre el imputado el peso de demostrar su propia inocencia” (ORLANDI, pág. 186).

Para el doctrinante Dr. Alfredo Vélez Mariconde, evocando los postulados del pasado de los pensamientos de GAROFALO, en donde la presunción de inocencia es atacada como en la actualidad por el conglomerado social, donde se argumentaba que, si el fiscal o el Juez tuvieron razones para imputar, desde ese momento un ciudadano que estaba sometido a una investigación no se le podía considerar inocente.

Para FERRI en sus postulados más humanitarios, indicó que la presunción de inocencia, será aplicable para quien tenga buenos antecedentes, es decir aquel que no haya cometido delitos que se denominaban perversos o no sea reincidente; este pensamiento del Maestro Italiano, es el mismo que se tiene en la actualidad cuando el mismo legislador y la aplicación de los operadores judiciales hablan de “Peligro Futuro para la comunidad”, basado en postulados como continuación de actividad delictiva o probable vinculación a organizaciones criminales, el número de delitos que se le imputa y la naturaleza de los mismos, la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delitos doloso o preterintencional, entre otras (Art. 310 del C. P. Penal, Modificado Ley 1760 de 2015).

En la Obra “Presunción de Inocencia”, el maestro Rodríguez Orlando Alfonso, indica que no existen derechos absolutos y que la presunción de inocencia no es la excepción, por lo tanto no se puede negar de plano, sino que ésta siempre debe permanecer. La jurisprudencia Constitucional, señala lo contrario, refutándose los planteamientos anteriores, donde se indicó que además de considerarse un derecho fundamental, la presunción de inocencia es un postulado del ordenamiento jurídico principal y no admite excepción alguna, por lo que se hace necesario la práctica del debido proceso dentro de los postulados constitucionales para desvirtuar su alcance. (SENTENCIA , 2013).

Lo anterior es base para decir que el Estado tiene la obligación de desvirtuar la inocencia del indiciado y probar la responsabilidad en la conducta punible, y que la misma no recae en cabeza del indiciado, acusado o procesado; es decir no es necesario que pruebe o que demuestre su inocencia. Se ha pronunciado la Corte Constitucional al indicar que la presunción de inocencia acompaña al indiciado desde el momento que se interpone la noticia criminal, o la investigación adelantada de oficio, hasta que se dicte sentencia sea condenatoria o absolutoria debidamente ejecutoriada.

FRANCESCO CARRARA, precisó que ante la sospecha de la comisión de un delito, se cubre a favor del indiciado la presunción de inocencia, no para detener las actividades legítimas del Estado a través de sus autoridades, sino para servir de muro al arbitrio, de obstáculo al error y protección de esa persona investigada.

La presunción de inocencia como derecho fundamental está consagrado en el artículo 29 Constitucional Colombiano y en otros instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad con fundamentos en la sentencia C-458 de 2015, señala el rango normativo del Bloque de constitucionalidad que en su parte pertinente dice:

“...La noción de “bloque de constitucionalidad” busca transmitir la idea de que la Constitución no solamente se circunscribe a lo que se encuentra escrito dentro de ella, sino que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas de la misma jerarquía...”

Por lo tanto, como lo indica el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que permite incorporar el bloque de constitucionalidad en nuestro derecho positivo, es que se acogen tratados y convenios internacionales ratificados por nuestro País.

Sobre el mismo tema se ha precisado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York), aprobado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968, y la Convención Americana de derechos humanos de 1969 (San José de Costa Rica), aprobada mediante la Ley 16 de 1972. Por su parte en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la organización de Naciones Unidas, se indica el mismo pronunciamiento materia de estudio. Como se infiere de la Carta superior en su artículo 29, de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la inocencia solo se logra desvirtuar con sentencia de Culpabilidad o responsabilidad. Lo absoluto de este derecho se logra hasta que un administrador judicial competente establezca la autoría de la conducta punible bajo el grado de responsabilidad (Art. 381 del C. P. Penal).

Al respecto la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, en el radicado 85126 del 20 de abril de 2016, indicó “... el Juez de tutela no es el único llamado a proteger los derechos fundamentales de las personas, sino que esa es la labor de todos los jueces de la República, como claramente lo expresa el artículo 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de justicia: La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargado por la Constitución Política y la Ley de hacer efectivo los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ella. Con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordancia nacional”.

Bajo estos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, se puede indicar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad y, por lo mismo tiene carácter superior o supralegal, reconocen y protegen a todo ciudadano que haya cometido una conducta punible que se presuma inocente hasta que no se le demuestre lo contrario en juicio y una sentencia que lo declare responsable.

Se viene confundiendo la Garantía de la Presunción de Inocencia, con la finalidad del proceso Penal, al considerar que la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva privativa de la Libertad, es un mal necesario que genera una grave intromisión del Poder del Estado en el ámbito del derecho a la Libertad del Individuo, sin que medie una sentencia penal que lo justifique. En las mismas condiciones lo ha sugerido LUIGI FERRAJOLI, quien indica que a pesar de tener un sinnúmero de opositores, la prisión cautelar termina siendo aceptada como ese mal necesario en aras de conseguir los fines de la jurisdicción y convirtiéndose en una defensa del orden social. (Ferrajoli, 1995).

1.3 Libertad:

Esencia de la vida, que se forma por ideas y teorías filosóficas que indican la necesidad del ser humano en administrar sus libertades porque sin esa administración la sociedad viviría en desorden.

Es un pilar esencial en la vida del ser humano, de una sociedad democrática presuntamente civilizada, que debe ser protegida al interior del sistema penal en especial cuando el ius puniendi está delegado al ejercicio del Estado en el establecimiento de penas a delitos que son de fundamental control.

Un control que debe contener límites por tener especial cuidado al vulnerar derechos y principios constitucionales como la libertad. “Es por ello, que desde la misma constitución se protege este derecho en aras de garantizar el respeto a éste, en acatamiento al bloque de constitucionalidad, se pueden invocar instrumentos internacionales establecidos para ello, los que deberán ser tenidos en cuenta por el juez de control de garantías especialmente, cuando ante él acuda un fiscal a solicitar la legalización de una captura.

En el Código de Procedimiento Penal actual en Colombia, la libertad es entendida como un derecho inalienable, que contiene diferentes características señaladas en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo séptimo. Sin embargo, en algunos eventos es necesaria su restricción por mandato de la ley. Los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos son:

- Derecho a la libertad personal y seguridad
- Nadie podrá ser restringido o privado de su libertad física (salvo por defraudar la ley penal, principios constitucionales entre Estados, comunidades o individuos)
- Nadie puede ser detenido o encarcelado arbitrariamente
- Cuando se diere la detención o encarcelamiento, se debe informar de las razones que causaron la misma, sin demora o dilaciones
- La persona detenida debe ser llevado inmediatamente al funcionario y juez competente para conocer del caso, con el fin de observar los hechos, calidades y causas de la misma, en especial identificar que las garantías constitucionales se hubieren respetado, identificar la legalidad de la privación de la libertad.
- Nadie podrá ser detenido por deudas, a excepción de las obligaciones alimentarias.

Por su parte, el artículo 2º de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, establece lo siguiente:

- El respeto de la libertad
- El impedimento de ser privado de la libertad, salvo escrito por autoridad competente que cumpla con las formalidades legales.
- El juez en función de control de garantías por solicitud de la Fiscalía ordenara la restricción de la libertad cuando sea necesaria para asegurar la comparecencia en el proceso penal, asegurar la protección de la sociedad y las pruebas
- Aunque las partes pueden solicitar la modificación o revocación de las medidas que restringen la libertad, por la variación de la gravedad o por desproporción.

- La legalidad de la captura debe ponerse en conocimiento del juez en función de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la detención.²

Al igual que la dignidad humana, la libertad opera como un derecho y un principio a favor de todo tipo de libertad, o medida que restrinja el mismo, salvo excepciones descritas en el Código Penal o en normas que son restrictivas de la libertad por necesidad de protección a la sociedad, comunidad, víctimas, manipulación de material probatorio o evidencia física que pueda ser adulterado en contravía del idóneo desarrollo de la investigación y sanción al culpable o autor de la conducta punible.

Existen parámetros y límites para el ejercicio o ejecución de una medida de aseguramiento que restrinja el derecho a la libertad, por una simple y presunta razón fundada por el ente acusador que determine la comisión de una conducta punible.

Sin embargo, hay prácticas que en la actualidad han incrementado alarmantemente el uso de esta medida de aseguramiento obteniendo como resultado el hacinamiento en cárceles, es decir, existen 11 formas distintas de aplicarlas y solo se emplea la privativa de la libertad en establecimiento carcelario o penitenciario. Si observamos para el año 2019, según cifras aportadas por el INPEC (INPEC, 2019), se contaba con 187.477 personas en conflicto con la ley penal producto de la restricción de la libertad a través de la imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, lo que ha hecho que existan en curso un altísimo porcentaje de demandas en contra del Estado y en cabeza de la Fiscalía General de la Nación por restricción arbitraria al derecho a la libertad.

Bajo estos términos la Corte Constitucional a través de la Sentencia T 388 de 2013, expuso su preocupación frente a la desmedida utilización de las medidas de aseguramiento por parte de funcionarios judiciales, así: *“Como parte de una política criminal y carcelaria respetuosa de un estado social y democrático de derecho, las entidades del Estado, sin importar la rama a la cual pertenezcan, deben tomar las medidas adecuadas y necesarias para evitar un uso indebido o excesivo de las medidas de aseguramiento que impliquen la privación de la libertad de una persona. El Estado tiene que tomar todas las acciones que correspondan para evitar que sea una realidad el adagio popular según el cual ‘la condena es el proceso’. Los abogados expertos en el litigio advierten que las medidas de aseguramiento mal administradas convierten el proceso penal en una manera de imponer una pena privativa de la libertad, hasta que se constate que no se pudo demostrar la culpabilidad de la persona. Bajo el orden constitucional vigente el proceso penal no puede convertirse en una manera de imponer, de facto, una condena arbitraria a una persona”*.

El antecedente de la anterior decisión está contenida en los argumentos señalados en la sentencia T-153 de 1998, donde la Corte Constitucional resolvió declarar y notificar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario a las diferentes autoridades públicas; revocar las sentencias de instancia y en su lugar tutelar los derechos de los accionantes; y, finalmente, adoptar nueve (9) órdenes adicionales dirigidas a las diferentes autoridades y entidades encargadas del sistema penitenciario y carcelario (por ejemplo: diseñar un plan de construcción y refacción carcelaria e implementarlo; un lugar especial para los miembros de la fuerza pública; separar a los sindicados de los condenados; investigar la falta de presencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a las cárceles de Bellavista y la Modelo, en

Medellín y Bogotá; adoptar medidas de protección urgentes mientras se adoptan las medidas de carácter estructural y permanente.

Así las cosas además de la afectación del derecho fundamental a la libertad, en la desbordada utilización de las medidas de aseguramiento, también se está dejando en entre dicho la afectación del principio de la presunción de inocencia, el cual reviste de gran importancia en todo proceso judicial, “La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. Desde otro punto de vista y cuando son simples presunciones de hombre, son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones, sino reglas para el criterio del Juez”. (HERNANDO, TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL , 2014)

2. Concepto, Alcances y Requisitos de las Medidas de Aseguramiento privativas de la libertad en establecimiento carcelario.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto, sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.

Las medidas de aseguramiento adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debido, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal. El agente sufre un temporal, preventivo y, sin embargo, ostensible impacto en el derecho a su libertad. Por estos innegables efectos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte, la creación de las medidas de aseguramiento debe ser estrictamente excepcional y se encuentra sometida a un conjunto de límites, diseñados en orden a salvaguardar el principio de la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización.

La Corte Constitucional ha elaborado una doctrina sólida y consistente acerca de los límites a la creación irrazonable e indiscriminada de las medidas de aseguramiento que afectan las personas sometidas a la acción penal del Estado. En la jurisprudencia de la Corte es posible visualizar un conjunto de límites formales y un grupo de límites de carácter sustancial que sujetan la potestad del diseño normativo del Congreso en la materia.

Según la Corte pueden identificarse dos límites formales, ambos derivados del artículo 28 C.P.: la reserva de ley en la creación de las medidas que privan o restringen la libertad personal y la reserva judicial en la imposición de la

respectiva medida cautelar. Los límites formales de las medidas de aseguramiento consisten en la reserva de ley en la creación de sus supuestos y la reserva judicial en su imposición. La reserva de ley implica la atribución exclusiva al legislador del diseño de las medidas de aseguramiento y, como correlato, la prohibición de delegar esta función a otra autoridad. La reserva judicial, por su parte, limita al legislador al establecer el funcionario competente para decretar las medidas de aseguramiento, que no puede ser uno diferente que el juez.

Así mismo la Corte ha fijado unos límites sustanciales frente a la imposición de las medidas de aseguramiento, entre ellos, la determinación inequívoca de los motivos por los cuales procede la restricción de la libertad (estricta legalidad de las medidas de aseguramiento), la excepcionalidad, proporcionalidad y gradualidad de las medidas afflictivas de la libertad personal.

Dentro de dichos límites, unos de los más importantes a nuestro criterio, y que más se vulnera, es la excepcionalidad; este límite proviene de mandatos constitucionales y de normas internacionales en materia de derechos humanos. La Corte ha sostenido:

“Según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos consagrados en la Carta “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” y, en lo que se refiere a la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, señala, en su artículo 9º, que “no debe ser la regla general”, pero que “su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo”, al paso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada mediante ley 16 de 1972, indica en su artículo 7º que “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 y por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales a los que se acaba de aludir 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 , 1997).

El amparo y la prevalencia de las que goza el derecho a la libertad personal en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos obligan, así, a que el legislador prevea afectaciones a la libertad personal del imputado solo de manera extraordinaria. Si bien son medidas provisorias y preventivas, dado que materialmente conllevan una drástica intervención en los derechos del investigado, el Congreso únicamente está habilitado para crearlas en observancia de un régimen de prevalencia de la libertad dentro del proceso y, por ende, solo con carácter estrictamente excepcional.

2.1. Antecedentes normativos de las medidas de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como antecedentes normativos de las medidas de aseguramiento en Colombia podemos mencionar que las mismas emanan de la imperiosa necesidad de establecer unos parámetros mínimos que permitieran garantizar por un lado (i) el respeto de la dignidad humana, el derecho a la libertad y presunción de inocencia de todos los coasociados y, por otro, (ii) unos límites al poder punitivo del Estado.

En Colombia con la Ley 105 de 1931, se estableció un procedimiento penal que hacía parte de la Legislación común, es decir regulaba varias ramas del derecho entre ellas, el civil y penal. Posteriormente el Congreso expidió la Ley 94 de 1938, que en su artículo 379 se ocupaba de las exigencias para proferir una medida de “detención”, esta ley daba la facultad al operador jurídico de imponerla cuando se contara con declaración de testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad, o en su defecto existiera un indicio grave sobre responsabilidad penal, ya se tratara de autor o participe del injusto penal. Posteriormente, se promulgó el Decreto 1345 de 1970, el cual se ocupó de la detención preventiva en sus artículos 427 y 429. Más tarde se expide el Decreto 409 de 1971 el cual frente a la detención preventiva señaló que la misma era procedente “cuando la infracción porque se proceda tuviere señalada pena privativa de la Libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el Art. 226 de este código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o participe del hecho que se investiga”. Surge luego para el año 1981 el Decreto 181, a través del cual se crea un Código de Procedimiento Penal, en éste ordenamiento jurídico se le da el nombre de “medida de aseguramiento e Inferencia razonable” bajo varias modalidades (conminación, caución y privación de la libertad), señaladas en el Art. 324 del citado código.

Posteriormente se expide la Ley 2ª de 1984, que le dio vida al Código del Decreto 409 de 1971, y como consecuencia a ello quedaron en vigencia las medidas de aseguramiento que se mencionaban en éste. Mediante el Decreto 050 de 1987, se promulgó el Código de Procedimiento Penal, donde se habló de las medidas de aseguramiento en el Art. 414 que en su parte pertinente decía: “Son medidas de aseguramiento para los imputables la Conminación, la caución y la Detención Preventiva”, las cuales se aplicaban cuando en contra del procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente aportadas o producidas en el proceso. Luego se expide el Decreto 2700 de 1991, que nace a la par con la Constitución de 1991, en donde se hace referencia a la existencia de la Fiscalía General de la Nación y en el Art. 120 establece como una de las funciones asignada a dicha entidad la de “Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento” y el Art. 397 establecía las causales por las cuales procedía la detención preventiva. Con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 se habla igualmente de las medidas de aseguramiento, y conforme el Art. 114 es competencia de la Fiscalía General de la Nación adoptar las medidas de aseguramiento para lograr la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal y en el Art. 355 se establecen los fines de la imposición de la medida de aseguramiento y a su vez el Art. 356 fija como única medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Teniendo en cuenta que con el sistema inquisitivo regido por la Ley 600 de 2000, se presentaron múltiples demandas contra la Nación por error judicial, cometido en su gran mayoría por la Fiscalía General de la Nación, se expidió el Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Nacional, se modifican los Artículos 250 y 251 Constitucionales y, en tal sentido, se restringe la competencia de la Fiscalía General de la Nación para adoptar las medidas de aseguramiento y, en su lugar, se le asigna la función de decretar medidas de aseguramiento al juez

que ejerza las funciones de control de garantías previa solicitud elevada por la Fiscalía.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se modificó el tratamiento de los imputados, a quienes solo se les podía restringir la libertad en forma excepcional conforme lo prevé el artículo 295 de la citada normatividad. En relación con las medidas de aseguramiento el nuevo código de procedimiento Penal en el Art. 307, establece dos clases de medidas de aseguramiento, Privativas de la Libertad y No privativas. En el mismo sentido que en las legislaciones anteriores, la Ley 906 de 2004 también utilizó el concepto de medida de aseguramiento, en donde se introducen en el campo jurídico medidas no privativas de la libertad, diferentes a la privativas intramural y domiciliaria. En el Nuevo procedimiento se menciona otra forma de investigar aspectos de responsabilidad al hablar de “Inferencia razonable” y no de dos indicios como las legislaciones pasadas.

Debido a presiones más que todo de los medios de comunicación en el malentendido de que la mayoría de los Jueces de Control de Garantías dejaban en libertad a gran número de personas capturadas, el Congreso de la República expidió la Ley 1453 de 2011 (Ley de Seguridad Ciudadana) norma que se convirtió en el nuevo fantasma de la Ley 600, buscando el legislador volver a privar de la libertad a la mayoría de imputados. Finalmente, y en buena hora, el Fiscal EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y el entonces Ministro de Justicia YESID REYES, promovieron la expedición de la Ley 1760 de 2015, norma que adicionó el parágrafo 2° del artículo 307 del C.P.P., imponiendo una carga adicional a la Fiscalía General de la Nación (FGN) en el sentido de que solo se podrían imponer las medidas privativas de la libertad cuando la FGN probara al Juez de Control de Garantías que las no privativas resultaran insuficientes, introduciendo con esto una carga argumentativa mucho más exigente para la Fiscalía a la hora de sustentar una solicitud de medida de aseguramiento privativa de la libertad permitiendo con esto que el Juez de Control de Garantías ejerciera de manera más clara el test de proporcionalidad de la medida de aseguramiento y, con ello, logrando en mejor medida el cumplimiento de los fines perseguidos con la misma.

2.2 Privación de la libertad sin que medie una sentencia condenatoria.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el artículo 14.2 expresa “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, consagra en el artículo 6.2: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada”; en este mismo Convenio en el artículo 5.3 se hace alusión a la presunción de inocencia. En el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se ratifica la forma fundante de la presunción de inocencia, por virtud del cual: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16/1974 dispone en su artículo 8: “Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hay tres artículos que recogen los principios fundamentales en materia de legislación criminal. Uno de ellos, el artículo IX, refiere directamente la presunción de inocencia del imputado. Acoge la noción principal de la crítica que existía por parte de los pensadores ilustrados al duro tratamiento que recibía el imputado en el proceso inquisitivo. Según el cual el imputado no debe ser tratado como culpable, y el resto del precepto trata sobre las consecuencias que de esta premisa se derivan en el ámbito de la prisión provisional.

La culpabilidad es por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga. En esos términos, resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, tan solo por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad. También se opone a la Constitución, y de manera flagrante, la norma legal que presuma la culpabilidad del imputado.

La detención preventiva es privar de la libertad al indiciado, imputado o acusado durante el proceso penal; esto quiere decir, antes de la sentencia condenatoria que decida sobre la responsabilidad penal por la actuación contraria a derecho. El sujeto sobre quien se decida la solicitud de imposición estará privado de la libertad durante el transcurso del proceso penal; a menos que se revoque la detención preventiva (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 318) o que se le otorgue la libertad provisional en virtud de alguna de las causales establecidas en el Código de Procedimiento Penal (art. 317). El concepto claro de detención preventiva es cardinal en lo que respecta a este asunto. Así, sabiendo el significado de la restricción de la libertad antes de juicio, es más palpable identificar dentro de la imposición de la medida de aseguramiento los riesgos para el Estado social, en especial para ciertos principios constitucionales y derechos fundamentales que carecen de protección en el proceso penal, cuando no se tiene certeza de la responsabilidad penal, ni de la comisión efectiva del delito.

Al no tener claridad de los hechos, ni de la participación real de la persona en el presunto hecho punible, y así aplicársele la restricción de la libertad, se estará en presencia de la privación injusta de la libertad antes de sentencia condenatoria, ocasionada por la falta de garantías legales, constitucionales y fundamentales de todo individuo involucrado en un proceso penal, implicado por razones indeterminadas en la comisión de un presunto delito; además de las herramientas jurídicas inexistentes que permitan garantizar el goce de los derechos del procesado mientras se compruebe su real participación.

Desde la perspectiva formal definida por el procedimiento penal colombiano se considera una medida de aseguramiento (Código de Procedimiento Penal, 2004, arts. 306 y ss.) y por lo tanto, como una medida procesal cautelar. Aunque esta óptica es discutible teniendo en cuenta el punto de vista material, esto es, que suple la realidad social, la cual no debería entenderse como una pena de prisión sin sentencia condenatoria; pues esto la convertiría en una figura inconstitucional, por atentar contra los principios constitucionales del derecho penal como lo es el derecho penal de acto (Código de Procedimiento Penal, arts. 6 y 9; Constitución Nacional, art. 29), la presunción de inocencia (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 7; Constitución Nacional, art. 29) y la libertad penal (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 2; Constitución Nacional, art. 28).

En los centros carcelarios de Colombia se vulnera y viola con demasiada frecuencia los derechos fundamentales y el derecho internacional, con las

medidas que se toman durante el proceso penal antes que se decida y/o se determine sobre el hecho, materia de investigación. El control de legalidad de las medidas de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de los bienes, previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), que fue declarado exequible por la Corte Constitucional con la sentencia C-805 del 1 de octubre de 2002, bajo el entendido que el control no solo puede ser invocado por el interesado, su defensor y el Ministerio Público, sino además por la parte civil cuando el funcionario judicial se abstiene de adoptar medida de aseguramiento; presenta las siguientes particularidades: Es llevado a cabo por el juez de conocimiento, para garantizar los derechos y garantías constitucionales de los sujetos procesales, y puede ser formal y material. El material recae sobre la existencia de la prueba mínima para asegurar y se presenta por errores de hecho y de derecho en que haya podido incurrir la Fiscalía al apreciar la prueba. Los errores de hecho pueden ser falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio, y los de derecho por falsos juicios de legalidad y de convicción. Equivocaciones que además de ser demostradas deben dar como resultado la desaparición de la prueba mínima para asegurar que prospere el control de legalidad; este control material también puede ser solicitado en relación con la valoración de la necesidad de imponer la medida de aseguramiento frente a los fines constitucionales y legales que persigue, esto es, garantizar la comparecencia del procesado al trámite y a la eventual ejecución de la pena, y evitar que continúe delinquiendo y que ejecute actos atentatorios contra la intangibilidad de la prueba.

Frente a la normativa internacional, y teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad consagrado en el Art. 93 de la Constitución Nacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa en su artículo 11 que: “1. 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. 2. 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”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 9 expresa que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Y el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia manifiesta: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Este derecho constitucional fundamental deriva cuatro consecuencias que son: a) carga de la prueba por el Estado, “corresponderá al órgano de la investigación penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal [...] en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria” (Ley 906/2004, art. 7); b) prohibición de la confesión, “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (Constitución Nacional, art. 33), en armonía con el artículo 8 de la Ley 906/2004; c) in dubio pro reo, “La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”; y d) libertad del acusado como regla y no como excepción. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser regla general, pero su libertad podrá subordinarse a que aseguren su comparecencia en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo/numeral 3 del artículo 9 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en línea con el artículo 2 de la Ley 906/2004. En el artículo 295 de la misma ley se dice: “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 y proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. Por lo tanto, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse la carga de la prueba. Para dictar sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”. A pesar de que en el Congreso de la República se suprimió la expresión “razonable”, algunas normas de desarrollo del artículo 7 (norma rectora), conservan el término suprimido, por ejemplo, en el artículo 372 se dice: “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez más allá de duda razonable”. Lo dispuesto en el artículo 381 declara que “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio [...]”. Aquí no se utiliza el vocablo “razonable”, por lo cual esta institución de la duda, se debe interpretar en el contexto de la norma rectora dispuesta en el artículo 7 de la Ley 906/2004.

La duda razonable se conoce como la falta de conocimiento de las circunstancias o hechos informados dentro de un proceso, es decir, que la prueba debe generar dos tipos de finalidades, la primera es que la prueba tiene que hacer una fijación real de los hechos, la segunda que la obtención de la prueba y la práctica de la misma debe convencer al juez.

Es relevante que exista el convencimiento del juez para determinar la responsabilidad o culpabilidad del imputado, por ende, el órgano judicial debe contar con la mayor formación y experiencia para evitar estar inmerso en error que perjudique la seguridad en el sistema procesal penal. Requiere de una valoración razonable, de una interpretación idónea a partir de los hechos conocidos y de los que existen duda, una relación causal entre el material probatorio y evidencia física, testimonios, etc., para endilgar una responsabilidad que conlleva a una sanción penal que resulte en la pena privativa de la libertad. Duda razonable no solo para el juez de conocimiento sino también para aquel que garantiza y observa el cumplimiento de derechos constitucionales como la presunción de inocencia.

Si bien el legislador autoriza la aplicación al inicio del proceso penal (etapa de indagación e investigación) de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, es decir, una vez empieza a actuar al respecto meramente procesal del derecho a la presunción de inocencia, puede llevarnos a error, y estimar que estas medidas no son límites del derecho, sino elementos definitorios del contenido del derecho. Desde la teoría constitucional de los derechos fundamentales, no podemos tomar las medidas de aseguramiento “como delimitadoras del derecho” a la presunción de inocencia. Primero, no son garantías procesales similares a “la garantía de la prueba de cargo”, a la de “mínima actividad probatoria”, a la de “pruebas practicadas en el juicio oral”, etc., que calificamos como “garantías contenido del derecho”. Todas estas protegen la libertad y demás derechos fundamentales del inculcado frente al proceso. Protegen al inculcado del proceso en sí. Mientras que las “medidas de aseguramiento” salvaguardan el “proceso” o un buen funcionamiento de la justicia, o el orden público, o la paz social frente al inculcado. El objeto de protección no es tan solo de la sociedad o de la víctima, sino del procesado en sí. Las medidas de aseguramiento adelantan los efectos de la sentencia judicial, e incluso antes de la celebración del juicio. Y no sería lógico que aquello contra lo que se enfrenta el derecho a la presunción de inocencia, sea a su vez la que le define. La presunción de inocencia impone una regla de tratamiento a favor del acusado durante la

sustanciación del proceso penal que implica la reducción al mínimo de cualquier medida restrictiva de derechos del imputado durante el proceso. Cualquier medida que altere esta regla debe considerarse una excepción y no un elemento constitutivo de derecho. Las garantías procesales que definimos como “contenido del derecho” se establecen por el legislador para asegurar el tratamiento de la inocencia del acusado durante el proceso. Sin embargo, las medidas cautelares parten de una concepción diferente del procesado.

Así las cosas, la única manera de poder vencer la presunción de inocencia de un ciudadano que fue objeto de imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, no es precisamente a través de una audiencia preliminar que decide sobre su libertad, sino, por el contrario, ésta debe obedecer al resultado de una actividad probatoria rigurosa que se desarrolla y adelanta a través de un juicio oral público y contradictorio que permita al Juez de conocimiento, en aplicación de los principios de inmediación y concentración de la prueba, proferir un fallo condenatorio.

2.3 El plazo razonable para delimitar la temporalidad de la vigencia de una medida de aseguramiento.

En cuanto al plazo razonable para delimitar la temporalidad de la vigencia de una medida de aseguramiento, que a nuestro criterio también vulnera el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, haremos referencia a una sentencia de la Corte Constitucional.

En Sentencia C-221/17, a través de la cual se adelanta una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 1786 de 2016, “por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015”, la Corte Constitucional frente al término de un año consagrado en el artículo 1 de la ley 1786 de 2016 (parágrafo 1 del art. 307 del CPP), parte de la idea de que la persona ha estado privada de la libertad desde la vinculación al proceso a través de una medida de aseguramiento que generalmente se da al inicio de la investigación, luego de que se adelanta formulación de imputación o, en su defecto, posterior al traslado de escrito de acusación para los delitos que cobija la ley 1826 de 2017; en tal sentido deja de lado casos en los cuáles, verbi gracia, se adelantó formulación de imputación luego de una declaratoria de contumacia, y dentro de dicha investigación se solicitó y decretó una orden de captura, la cual se hace efectiva cuando ya nos encontramos en audiencia de juicio y precisamente se profiere sentencia condenatoria la cual es apelada por la defensa y es allí donde, a pesar de que ya nos encontramos en la fase final del proceso, la persona capturada y a quien (para el ejemplo) se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión debe esperar un año para poder alegar la causal de libertad contenida en el Parágrafo 1 del Art. 307 del CPP, cuando perfectamente para este tipo de situaciones podría haberse señalado un término en el numeral 6 del Art. 317 del CPP (Art. 2 de la Ley 1786 de 2016- causales de libertad), ello en acatamiento de los principios pro libertate y pro homine que consagra, entre otros compendios normativos supranacionales, la Convención Americana sobre derechos Humanos.

La corte en su sustentación señala que los plazos están debidamente establecidos teniendo en cuenta que el término de la medida de aseguramiento se encuentra determinado *“dentro de un sistema de reglas dispuestas a partir de las etapas procesales diseñadas por el legislador y no con base en normas aisladas”* y que, en tal sentido, frente a la norma demanda el *“artículo 1 de la misma ley 1786 de 2016, el tiempo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Como se indicó, el citado plazo ha sido legislativamente estimado como razonable, desde la audiencia de formulación de*

la imputación, hasta la decisión de la impugnación en segunda instancia. 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.”

En tal sentido, desde el punto de vista constitucional, la corte parte de un supuesto de un término de un año para la vigencia de una medida de aseguramiento, pero es consciente, y lo liga precisamente con un “**plazo razonable**”, dentro del cual se desarrollaría en circunstancias “normales” un proceso penal, es decir, medida de aseguramiento impuesta “desde la audiencia de formulación de la imputación, hasta la decisión de la impugnación en segunda instancia”, desconociendo que existen circunstancias como las ya anotadas en las cuáles este término de un año se hace excesivo, cuando se insiste, por ejemplo, la persona es capturada en cumplimiento de una orden de captura vigente, el fiscal solicita la imposición de una medida de aseguramiento consistente en la privación de libertad en establecimiento carcelario (art. 307 del cpp, literal a) No. 1), la cual es decretada por el juez de control de garantías, el proceso ya se encuentra en etapa de juicio, posterior a ello se profiere sentencia condenatoria, la defensa apela la decisión de primera instancia y se encuentra a la espera de la decisión de segunda instancia, lo cual hace que, por la omisión del legislador al no contar con un término definido, verbi gracia, desde el momento de la audiencia de lectura de fallo y hasta que se profiera la decisión de alzada, la persona deba someterse incluso a permanecer un año privada de su libertad por cuanto como lo señalaban los demandantes, en muchas ocasiones la decisión de segunda instancia dura más de un año en dictarse, lo cual hace que para ese capturado se le someta a un término de privación de libertad injustificado ya que al encontrarnos, para el ejemplo en concreto, en la etapa final del proceso (audiencia de juicio oral), los términos de privación de libertad, con ocasión de la imposición de una medida de aseguramiento, deberían ser más cortos.

En el caso que estamos planteando, a nuestro juicio, el plazo “razonable” de privación de libertad, se torna injustificado desde el punto de vista constitucional contrariando el artículo segundo constitucional debido a que las decisiones segunda instancia al no proferirse dentro del término legal establecido (15 días una vez se somete a reparto, de conformidad con lo señalado en el art. 179 del CPP), implica la no efectivización del derecho a la libertad de un ciudadano; el 4º constitucional, al no darse prelación a los principios constitucionales y a la optimización de los derechos fundamentales, en este caso a la igualdad y libertad (artículos 13 y 28 de la constitución); el Art. 29 frente al debido proceso, la presunción de inocencia, y especialmente el principio del plazo razonable.

En esta ocasión la Corte, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, debió haber observado que, el término de un año contenido en la ley 1786 de 2016, es un plazo **máximo** razonable para personas que están privadas de la libertad con ocasión de la imposición de una medida de aseguramiento desde el inicio de la etapa de investigación, per se, luego de la formulación de imputación o en audiencias concentradas con ocasión de una captura en flagrancia; pero no es razonable para el caso que se ha puesto de ejemplo o para situaciones donde el juez de conocimiento ha dado aplicación al contenido del inciso segundo del art. 450 del cpp; de ahí que en estos eventos, verbi gracia, debió la Corte declarar exequible de manera condicionada la norma en el entendido que por el término “equivalente” que trae la norma (Art, 2 ley 1786 de 2016) se entiende la decisión de segunda instancia para efectos de alegar una causal de la libertad; plazo que

podría fijarse desde la audiencia de lectura de sentencia de primera instancia y hasta la audiencia de lectura de fallo de segunda instancia. En cuanto al plazo se considera que incluso 150 días no es razonable frente a las garantías y derechos fundamentales del procesado y a la etapa en la cual ya nos encontraríamos (sentencia condenatoria de primera instancia, donde, entre otras situaciones, se supone ya se ha evacuado etapa probatoria y se han presentado alegatos de conclusión) por lo que éste debería ser menor.

La anterior decisión podría ser sustentada precisamente a la luz de criterios de convencionalidad y de bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 93 y 94 de la constitución nacional, y aunado a que en este caso se configura, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la existencia de una omisión legislativa relativa donde se requiere constatar: “(i) que existe una norma sobre la cual se predique el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad injustificada frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.”

3. Jurisprudencia relativa al principio de dignidad humana y el derecho a la libertad frente a la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

La libertad y la dignidad humana son valores fundamentales de la estructura democrática del estado social de derecho; por tratarse de derechos fundamentales estos no se pueden limitar bajo ninguna consideración de orden legal por supremacía constitucional que predica su absoluta prevalencia, como se observará en el siguiente análisis jurisprudencial:

Sentencia C - 276 de 2019: Específicamente, el artículo 28 de la Constitución consagra el derecho a la libertad personal en los siguientes términos: “Toda persona es libre. 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”.

Sentencia T - 007 de 2019. Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión ‘dignidad humana’ como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. 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 diferenciados: (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 - 012 de 2019. Es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. (...) “Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

En ese pronunciamiento, la Corte sostuvo que el entendimiento de la persona y de la sociedad en clave del Estado Social de Derecho debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, ya no es la libertad sino la dignidad humana el fin supremo de la persona. En ese contexto, es, pues su prestación esencial para garantizar a cada individuo un nivel de vida digno que dé acceso al agua y al saneamiento básico, los cuales se elevan para adquirir la connotación de derechos fundamentales permitiendo su pleno desarrollo en la sociedad.

Sentencia C- 137 de 2019. El derecho a la libertad personal también fue desarrollado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 7 indica que toda persona detenida debe ser informada de las razones que dieron origen a esa decisión, y notificada sin demora, del cargo o los cargos formulados contra ella. Asimismo, 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. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

De lo anterior se puede denotar el actuar inoperante del estado, ya que vemos como se exponen una serie de derechos conculcados como los son la dignidad humana y la vida, los cuales se ven aún más expuestos ante el gran hacinamiento dentro de las cárceles debido al “Estado de cosas inconstitucionales”, ampliamente reiterado por la Corte Constitucional Colombiana, y que pese a ello, la imposición de las medidas se siguen aplicando de manera ineficaz en relación a los derechos de los asegurados por el poder que adquieren los funcionarios, no exploran los aspectos más relevantes al momento de la imposición restrictiva, entre otras cosas por la ausencia de una verdadera política criminal, y el cambio de paradigma en relación a una forzada medida, en gran parte de visión vengativa y no proteccionista.

De igual manera se evidencia un retroceso en cuanto a la naturaleza garantista del sistema, el cual también constituye un fracaso en el entendido que éste híbrido sistema, predica una serie de garantías que a la postre no fueron bien planificadas y que hoy por hoy, no reduce en nada la problemática de la justicia, haciendo que las decisiones sean muy mecanizadas y poco analizadas, pues la simple idea, de protección del proceso al margen de garantías constitucionales, choca con ese sistema garantista de corte acusatorio.

Las personas que están vinculadas a un proceso penal, bajo una medida de aseguramiento, y que obviamente no han sido condenadas, no deberían necesariamente incorporarse a centros de reclusión carcelaria, a menos que sea de una manera muy excepcional y sin que su ingreso o internamiento, atente de manera flagrante sus más inmediatos derechos y su dignidad humana; sin embargo podemos observar cómo el tema de hacinamiento emplea una relación con la misma problemática que soporta la población carcelaria del País, sin ningún tipo de distinción. Ha dicho la Corte Constitucional: “En las condiciones de hacinamiento y deterioro de la infraestructura penitenciaria y carcelaria, así como de los servicios que se presentan en cada establecimiento, la posibilidad de que

se den tratos crueles, inhumanos e indignos aumenta notoriamente” (SENTENCIA, 2013).

Así las cosas, la imposición de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, de momento se torna inadmisibile por ausencia de políticas públicas concretas, que obedezcan a un verdadero análisis de la problemática carcelaria en Colombia que garantice la dignidad humana en la población privada de la libertad.

3.1 Fines constitucionales para la imposición de una medida de aseguramiento conforme pronunciamientos de la Corte Constitucional.

El artículo 250 de la Constitución Política, asigna a la Fiscalía General de la Nación la carga de solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

El artículo 295 *ídem*, indica que las disposiciones que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado (i) tienen carácter excepcional; (ii) solo podrán ser interpretadas restrictivamente y (iii) su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Por lo anterior, se debe demostrar la satisfacción de los siguientes requisitos contenidos en los artículos 306 a 316 del Código de Procedimiento Penal de 2004, los cuales fueron organizados por la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera (SENTENCIA, 2019):

i) La inferencia razonable de participación del imputado en la conducta. Para tales efectos, deben presentarse y explicarse las evidencias físicas y otra información legalmente obtenida, con la que se acredite, en el nivel de conocimiento establecido en la ley, que el delito ocurrió y que el imputado es autor o partícipe.

ii) La necesidad de la medida contra el imputado. Para ello, tanto el solicitante al formular la petición, como el juez al resolverla, deben evaluar los siguientes factores:

a. Factores no procesales, que desarrollan los arts. 310 y 311 del Código de Procedimiento Penal, que disponen la imposición de la medida restrictiva de la libertad cuando el imputado represente un peligro para la seguridad de la comunidad (posibilidad de reiteración de la conducta o comisión de otras), o pueda inferirse razonablemente que atentará contra la víctima, sus familiares o sus bienes.

b. Factores procesales, previstos en los cánones 309 y 312, que disponen la procedencia de la restricción de la libertad cuando existan «motivos graves y fundados» que den cuenta de que el imputado podría no comparecer al proceso y/o afectar la actividad probatoria.

iii) La elección del tipo de medida a imponer. En esta etapa, es carga de los involucrados en la diligencia indicar cuál de las medidas de aseguramiento previstas en el art. 307 del Código de Procedimiento Penal se habrá de imponer

(privativa o no privativa de la libertad), y luego exponer los motivos por los que dicha medida es la procedente.

Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el art. 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).

En este proceso, es necesario llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, orientado a que se evalúe si la medida solicitada resulta adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, a través de un balance de los intereses que se confrontan, esto es, el derecho fundamental que se afecta con la imposición de la medida y el fin constitucional que se busca proteger al decretarla (Art. 295 y 296 de la Ley 906 de 2004).

Como tercer aspecto, habrán de evaluarse los problemas jurídicos atinentes a las particularidades del caso, como por ejemplo, la posibilidad de imponer una medida más o menos grave que la solicitada por la Fiscalía o la víctima.

En consecuencia, el examen o juicio de proporcionalidad abstracto o concreto, requiere: (i) previamente verificar que tanto el medio como el fin en sí mismos sean constitucionales, es decir que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el Ordenamiento a la autoridad competente para su imposición, y (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación – o proporcionalidad en sentido estricto-. La idoneidad exige que el medio –restrictivo del derecho individual- sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad; la necesidad demanda que, de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los derechos; y la ponderación impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación analizaremos varias sentencias de Constitucionalidad de la Corte Constitucional que, a nuestro criterio, son relevantes frente al tema de los fines constitucionales que se persiguen a través de la imposición de las medidas de aseguramiento, así:

Sentencia C-774 de 2001. En esta sentencia la Corte señala de manera explícita y categórica la obligación del funcionario judicial a efectos de la imposición o revocación de la medida en el caso concreto, en cuanto a valorar tanto los requisitos formales y sustanciales, como las finalidades constitucionales de la misma. Por ello, para imponerla y mantenerla es necesario comprobar la existencia de esas tres clases de requisitos. Además, con fundamento en la jerarquía constitucional que ostentan los postulados de la dignidad humana, la presunción de inocencia y la libertad personal, también resulta relevante que en forma expresa y categórica se afirme el carácter de ultima ratio de la detención preventiva, por lo que no podrá imponerse, cuando existan otros medios menos gravosos para estos derechos y que sean idóneos para cumplir con las finalidades de la medida; así mismo, procede su revocatoria, cuando las finalidades aducidas para su imposición han perdido vigencia. Así las cosas, ésta sentencia hace hincapié en un doble aspecto altamente positivo que puede contribuir a la

proscripción de prácticas institucionales de la jurisdicción consistentes en la imposición automática de la detención preventiva, cual es no sólo el de obligar al funcionario o intérprete a valorar -al lado de los requisitos formales y sustanciales- los fines que se aducen para su legitimación, sino el de darle prioridad a alternativas procesales a la detención preventiva cuando éstas cumplen con las mismas finalidades.

El primero de los fines que la Corte Constitucional reputa justificante de la detención preventiva es la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictiva, con el cual, según la sentencia comentada, la detención preventiva hace posible que el Estado pueda cumplir con su razón de ser y su fundamento, esto es, garantizar la prevalencia del interés general (Art. 1 de la Constitución Nacional), y asegurar la convivencia pacífica de la comunidad (Art. 2 *ibídem*).

La Corte Constitucional reconoce que la Libertad es derecho fundamental, con diversos amparos normativos (Preámbulo, Arts. 2, 28 y 29 de la Constitución Nacional) y, como todo derecho, no tiene el carácter de absoluto y, por lo tanto, es susceptible de limitación. Pero las restricciones al derecho a la libertad también están reguladas, para lo cual la Corte vincula dos criterios: el primero, que las restricciones obedezcan a factores que satisfagan los principios de proporcionalidad y razonabilidad; y el segundo, que tengan un carácter excepcional, satisfagan el principio de ultima ratio, y que estén definidas por la ley en forma clara e inequívoca.

Finalmente, esta sentencia tiene el mérito de referirse a supuestos en que la ley no ha regulado el límite temporal para obtener la libertad provisional, como es el caso del transcurrido entre la calificación de la instrucción y la ejecutoria de la resolución de acusación y el existente entre la celebración de la audiencia de juzgamiento y la sentencia definitiva. Para estos supuestos la Corte considera que el juez debe establecer en cada caso "un plazo razonable, justo y proporcional" con el fin de evitar que la medida se convierta en un "anticipado cumplimiento de la pena".

Sentencia C-318 de 2008. En esta se adelanta un estudio de Constitucionalidad del párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, "Por la cual se reforman parcialmente las leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. La Corte señala que las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad, a saber: (i) deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán; (ii) con carácter eminentemente provisional o temporal; y (iii) bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén. Adicionalmente, (iv) deben estar fundamentadas en alguna de las finalidades constitucionalmente admisibles para su imposición. El artículo 250 numeral 1° de la Constitución destaca el criterio de necesidad como guía que debe orientar la imposición de una medida de aseguramiento, parámetro que se encuentra a su vez vinculado a las tres finalidades allí establecidas: (i) asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; (ii) la conservación de la prueba; y (iii) la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

Al lado de la naturaleza excepcional de la detención preventiva y de su vinculación a fines (necesidad), se ha desarrollado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, introducido por el propio legislador al establecer un plexo de posibilidades para el aseguramiento de los fines del proceso, que va desde la privación de la libertad en establecimiento carcelario, o en la residencia del

imputado, pasando por otra serie de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar más idóneas y menos gravosas, para los fines cautelares de aseguramiento de la comparecencia del imputado, de la prueba, o de la protección de la comunidad y de la víctima. De acuerdo con este principio 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.

Según esta sentencia la determinación sobre las medidas de aseguramiento, los requisitos y los supuestos en que ellas resulten procedentes, así como las condiciones para su cumplimiento, son decisiones que involucran consideraciones de política criminal, de conveniencia y de oportunidad que caen bajo la órbita de competencia legislativa. Sin embargo, no se trata de una potestad absoluta sino que ella encuentra su límite en los fines constitucionales y en los derechos fundamentales, y debe estar guiada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Frente al tema de la sustitución de la detención preventiva, se habla de un criterio teleológico y de necesidad previsto en el numeral primero del artículo 314 de la Ley 904 de 2006, justificando la sustitución de la reclusión preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia del imputado, en el cumplimiento de los fines propios de la medida de aseguramiento. Esto es, en el principio de *necesidad* inferido a partir de valoraciones relativas a la *suficiencia* de la medida para la satisfacción de los fines que la misma debe cumplir en el caso particular. El juicio de suficiencia que debe preceder a la sustitución de la medida debe fundarse en datos empíricos como la vida personal, laboral, familiar o social del imputado; mediante este criterio se sienta una regla general de apreciación vinculada a fines, que debe efectuar el juez de control de garantías en todos los eventos en que deba adoptar una determinación sobre la *sustitución* de la detención preventiva.

Como criterios especiales, basados en exigencias constitucionales de protección reforzada en relación con determinados sujetos merecedores de especial protección, tales como la edad, la proximidad del parto, estado de gravedad, cabeza hogar de familia, etc.

Como criterios negativos, es decir aquellos cuya concurrencia excluye el beneficio de la sustitución de la medida, el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, que adicionó el 314 del C.P.P., introdujo el del impacto de la conducta en la afectación de la tranquilidad y la percepción de seguridad de la comunidad.

Se atribuyó al juez la potestad de valorar adicionalmente y en concreto algunas circunstancias tales como: (i) La continuidad de la actividad delictiva o la probable vinculación del imputado o acusado con organizaciones criminales; (ii) el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; (iii) la existencia de una acusación, medida de aseguramiento o mecanismo sustitutivo de pena anterior por delito doloso o preterintencional; (iv) ó la existencia de una sentencia condenatoria vigente por delito doloso o preterintencional.

El juicio de *suficiencia* acerca de la sustitución de la medida de aseguramiento, previsto en el numeral primero del artículo 314, siempre estará precedido del juicio de *necesidad* de la medida de detención contemplado en el artículo 308 del C. de P.P., mediante el cual el Juez, en todos los eventos, aún en los que contempla el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1123 de 2007, efectuará no solamente la valoración probatoria que le impone aquel precepto (308 C.P.P.) sobre la existencia de elementos probatorios de los que razonablemente se infiere la

participación del imputado en el hecho investigado, sino el juicio de necesidad que le imponen los numerales 2, 3, y 4 de esta misma disposición, para la adopción de la medida

En este orden de ideas, la limitación del umbral de discrecionalidad del juez (numeral 1° del artículo 314) se ubica en el campo del juicio de *suficiencia* propio del momento de la *sustitución*, no en el ámbito de la valoración de la *necesidad* el cual pertenece al momento de la imposición de la medida. La limitación que introduce el precepto no desconoce en consecuencia, el principio de necesidad de la medida derivado de los postulados constitucionales de afirmación de la libertad, y de excepcionalidad de las medidas que la restringen con fines cautelares.

En virtud de la *necesidad* las medidas sólo pueden imponerse si concurre algunos de los *finés* que las justifican como son los de asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad con énfasis en las víctimas. En razón de la gradualidad el juez debe elegir, entre el abanico de posibilidades que le suministra la ley, aquella que resulte más adecuada a los fines de la medida, atendidas las circunstancias personales, laborales, familiares y sociales que rodean a su destinatario, así como las particularidades del caso.

Sentencia C-425 de 2008. Por la cual se realiza control constitucional a los artículos 2°, 4°, 18, 21, 24, 25, 26, 30 y 32 de la Ley 1142 de 2007 “Por la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. En esta sentencia la Corte señala que “la detención preventiva en establecimiento carcelario es una medida cautelar de tipo personal que adopta el juez en el curso de un proceso penal y consiste en la privación de la libertad de manera provisional, pues su objetivo es realizar los derechos y deberes constitucionales que, en sentido estricto, consisten en asegurar el cumplimiento de las decisiones que se adoptan en el proceso y garantizar la presencia del sindicado en el mismo para que sea más efectiva, de una parte, la investigación y el juzgamiento y, de otra, los derechos de las víctimas. La detención preventiva, tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y asegurar el resultado exitoso del proceso penal”.

En cuanto a que si vulnera la presunción de inocencia del imputado la regulación legal que autoriza a decretar la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario cuando el aprehendido fue objeto de otra captura dentro del año anterior. Cuando se dicta como medida de aseguramiento detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la persona sigue gozando de la presunción de inocencia mientras no se pruebe su responsabilidad.

Según la Corte es lógico suponer que dos capturas en el mismo año a la misma persona podría ser un indicador de la necesidad de la medida privativa de la libertad no sólo para evitar la multiplicación del delito o la dedicación asidua a la realización de conductas reprochables penalmente que implican un claro peligro para la sociedad, sino para evitar la fuga o la obstrucción de la justicia por parte de quién ha demostrado tener cierto desprecio por la administración de justicia.

Por otra parte, señala la Corte que no debe olvidarse que la norma acusada regula casos válidos de privación legítima de la libertad, la cual sólo puede producirse en dos situaciones: la primera, cuando el autor o partícipe de un delito fue capturado en flagrancia y, la segunda, por orden escrita del juez de control de garantías con

las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Luego, el juez de control de garantías evalúa una situación objetiva y verificable que consiste en la "repetición" de conductas reprochables penalmente en un término bastante reducido, la cual puede ser valorada por el juez como un elemento relevante de la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva.

Sentencia C-904 de 2008. En esta sentencia la Corte señala que los cargos de inconstitucionalidad presentados contra el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 modificadorio del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, que fueron analizados y decididos en la Sentencia C-318 de 2008, y los aducidos en esa oportunidad, coinciden, y por tanto, con respecto a ellos operó el fenómeno de cosa juzgada constitucional, toda vez, que unos y otros se fundamentaron en el desconocimiento de la especial protección que le debe el Estado a ciertos sujetos, dentro de los cuales se encuentra la mujer en estado de embarazo o lactante, de lo cual se deriva una violación a los principios de dignidad humana, presunción de inocencia, de necesidad de la medida restrictiva de la libertad, de excepcionalidad de la detención preventiva y de igualdad.

El alto Tribunal de lo Constitucional concluyó que la única interpretación del parágrafo demandado acorde con los principios constitucionales, es que no se aplica la prohibición absoluta de sustitución establecida en la norma acusada, a las causales previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, es decir, cuando se trata de (i) personas de la tercera edad, (ii) de mujeres embarazadas e niños menores de seis meses, (iii) de enfermos graves, y (iv) de hijos menores de edad o discapacitados al cuidado de su padre o madre cabeza de familia, ya que todas estas condiciones constituyen posiciones jurídicas que exigen especiales imperativos de protección por parte de las autoridades, los cuales surgen de la propia Constitución, y que por ende no pueden ser desconocidos.

Sentencia C-1198 de 2008. La Corte indica que “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 y 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. Empero, para evitar ambigüedad en su lectura e interpretación serán declaradas exequibles, 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 ibídem. La expresión “en especial” del artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, según la cual la modalidad y la gravedad de la conducta y de la pena a imponer serán los factores a los cuales el funcionario judicial le dará preponderancia para determinar la eventual no comparecencia del imputado al proceso, no son los criterios especiales y únicos para determinar si permitirá la acción estatal, por el contrario, es necesario que se analicen “además” los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su

comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia, todo bajo el criterio de necesidad y razonabilidad que constituyen sus presupuestos, al igual que la interpretación restrictiva que sobre las mismas se debe efectuar.”

La Corte encuentra entonces que la forma como se presentó el comportamiento o la gravedad del mismo no son los criterios especiales y únicos para determinar si permitirá la acción estatal, por el contrario, es necesario que se analicen **“además”** los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia, todo bajo el criterio de necesidad y razonabilidad que constituyen sus presupuestos, al igual que la interpretación restrictiva que sobre las mismas se debe efectuar.

CONCLUSIONES:

En un Estado Social de Derecho como en el que impera en nuestro País, el derecho a la libertad y la dignidad humana, junto con sus más inmediatos derechos, consagra la necesidad de ponderar su prevalencia en aras de las mejores condiciones de la persona humana, a efectos de que su vida sea llevadera y al menos equilibrada en medio de la dificultad generada por el aislamiento y la desvinculación de la sociedad que lo acogía.

El Estado colombiano no está en la capacidad de brindar las condiciones mínimas de protección a las personas privadas de la libertad en centros carcelarios, lo anterior dada la situación de Estado de cosas inconstitucionales, declarada por la Corte Constitucional al interior de su reiterada jurisprudencia desde hace 20 años aproximadamente, por consiguiente, es de imperiosa necesidad dar aplicación al principio de gradualidad decretado por la misma Corte, y buscar la medición gubernamental para que por vía administrativa, se incrementen los establecimientos carcelarios y se mejoren las instalaciones físicas ya existentes para evitar los factores de degradación de los derechos de los internos, o al menos mejorar las ya existentes.

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales a la dignidad humana y la libertad de las personas, constituyen principios fundantes del Estado Social y democrático de Derecho, su prevalencia no se puede suspender, ni siquiera en los estados constitucionales de excepción; es indudable que la medida de aseguramiento privativa de la libertad es una excepción a la regla general, pero esa excepción no desplaza la primicia constitucional de la dignidad humana, como un derecho fundamental materializado de manera alguna y sin mediación excepcional para su limitación.

La condición actual en las cárceles no brinda una vida digna para su población ya que todos sus derechos son restringidos o negados. Por consiguiente, la aplicación de una medida de aseguramiento sería inoperante bajo esta premisa de imperiosa prevalencia de la dignidad como presupuesto ineludible y de aplicación material, inmediata y permanente de los derechos fundamentales que puedan verse comprometidos.

El Legislador al crear las Leyes obliga al operador jurídico (entiéndase Juez con funciones de Control de Garantías) a la imposición de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad indiscriminadamente. No se encuentran razones para privar de la libertad a un ciudadano que no ha sido declarado responsable penalmente, por lo tanto debe respetarse el derecho Universal de Inocencia, hasta cuando se demuestre lo contrario con la sentencia condenatoria,

y de esta manera respetar dos derechos fundamentales que están dentro de la Dignidad Humana, la primera que es la Libertad individual y la segunda que es la Presunción de Inocencia, igualmente reconocidos por los Convenios internacionales ratificados por nuestro País.

El operador judicial debe tener en cuenta las garantías que representan para el procesado, la posibilidad de lesionarlo lo menos posible, el derecho que les asiste, como por ejemplo el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, ya que en él se consagran varias posibilidades para asegurar los fines propios de la medida, a través de unas menos restrictivas, como limitación a la libertad en su lugar de residencia, o aquellas contenidas en el literal B, del artículo 307, de la ley 906 del 2004, las cuales corresponden a las medidas no privativas de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, S. M. (2016). CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO . *NUEVO FORO PENAL* , 297.
- CUELLAR JAIME, M. L. (2004). *FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA ACUSATORIO*. BOGOTA: UNIVERSIDAD EXTERNADO.
- HERNANDO, D. E. (2014). *TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL* (Vol. TOMO 1). BUENOS AIRES.
- HERNANDO, D. E. (2014). *TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL* . BOGOTA : BUENOS AIRES .
- HERRERA, S. (2014). *EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA* . BOGOTA: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA .
- INPEC. (2019). *INFORME ESTADISTICO* . BOGOTA : INPEC.
- ORLANDI, R. (s.f.). EL RESPETO POR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. *SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y NUEVOS RETOS*, 186.
- ROBERTO, S. G. (2012). *SISTEMA ACUSATORIO Y GARANTIAS PROCESALES* . BOGOTA : EDICIONES NUEVAS JURIDICAS .
- SENTENCIA , C-327 (CORTE CONSTITUCIONAL 1997).
- SENTENCIA , C-695 (CORTE CONSTITUCIONAL 2013).
- SENTENCIA , T 338 (CORTE CONSTITUCIONAL 2013).
- SENTENCIA , 104439 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 11 de 06 de 2019).
- SENTENCIA, T 211 (CORTE CONSTITUCIONAL 12 de 05 de 1995).
- SENTENCIA, T881 (CORTE CONSTITUCIONAL 17 de 10 de 2002).
- SENTENCIA, T 388 (CORTE CONSTITUCIONAL 2013).
- SOTOMAYOR ACOSTA JUAN OBERTO, T. A. (2017). DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO OENAL. *REVISTA DE DERECHO* , 21-53.