

**AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD POR
EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS**

MONICA ANDREA ALVAREZ CORTES-

42092189

ANA MARIA SANCHEZ ALBARRACIN-

42092129

CHRISTIAN QUIRLEY SIERRA ARANGUREN-

42092266

ALVARO SANTIAGO SOLANO ORTEGA-

42092179

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.**

2014

**AFECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD POR
EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS**

MONICA ANDREA ALVAREZ CORTES-42092189

ANA MARIA SANCHEZ ALBARRACIN-42092129

CHRISTIAN QUIRLEY SIERRA ARANGUREN-42092266

ALVARO SANTIAGO SOLANO ORTEGA-42092179

Monografía de grado para optar al título de abogados

Asesor

Doctor: Vadith Orlando Gómez Reyes

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.**

2014

AUTORIDADES ACADÉMICAS

PRESIDENTE NACIONAL

Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

RECTOR NACIONAL

Dr. NICOLAS ENRIQUE ZULETA HINCAPIE

CENSOR NACIONAL

Dr. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

SECRETARIO GENERAL

Dr. PABLO EMILIO CRUZ SAMBONI

PRESIDENTE SECCIONAL

Dr. EURÍPIDES DE JESÚS CUEVAS CUEVAS

RECTOR SECCIONAL

Dr. RAUL ENRIQUE CARO PORRAS

DECANO FACULTAD DE DERECHO

Dr. JESÚS HENANDO ÁLVAREZ MORA

SECRETARIO ACADÉMICO FACULTAD DE DERECHO

Dr. ÁLVARO ALJURE MORENO

**DIRECTOR CENTRO DE
INVESTIGACIONES:**

Dr. MARIO FERNANDO PARRA GUZMAN

ASESOR:

Dr. VADITH ORLANDO GÓMEZ REYES

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Problema de investigación	
1.2. Situación socio jurídica problemica	
1.3. Pregunta de investigación	
1.4. Hipótesis de investigación	
1.5 Objetivo general de la investigación	
1.6 Línea institucional de investigación a la que se adscribe	
1.7. Estrategia metodológica utilizada	
1.8 Valor social de los resultados de la investigación	
CAPITULO I.....	6
2.1 Situación problemica y su caracterización	
2.2 Análisis conceptual	
2.3 Definición metodológica	
2.4 Explicación del problema de investigación	
2.5 Exposición de su comportamiento histórico	
2.6 Análisis crítico legal	
2.7 Diagnostico del comportamiento del problema jurídico en la situación socio jurídica	
2.8 Proyección de solución del problema de investigación	
3. CAPITULO II.....	26

3.1 Declaración de la estrategia metodológica aplicada	
3.2 Descripción de la implementación de método aplicado y argumentación de los resultados obtenidos	
3.3 Realización de la triangulación metodológica	
4. CAPITULO III.....	42
4.1 Argumentación de la validez jurídica de la novedad investigativa de la hipótesis	
4.2 Corroboración y validación de la hipótesis	
5. CONCLUSIONES.....	56
6. BIBLIOGRAFIA.....	58
7. INFOGRAFIA	61

INTRODUCCIÓN

El aparato jurisdiccional en Colombia, particularmente en el ámbito penal se ha caracterizado entre otras cosas por la demora en los trámites judiciales, para el respectivo impulso procesal, en su mayoría de los casos, por el ente acusatorio es decir La Fiscalía General de la Nación, con sus respectivos delegados, así como los altos índices de violación a derechos y garantías constitucionales y legales según informe de audiencia pública de rendición de cuentas por parte de la fiscalía en los años 2009 y 2010, del que han dado en más de una oportunidad la viabilidad para demandar al Estado por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares como consecuencia de los errores cometidos por los funcionarios pertenecientes a la rama judicial del poder público.

Entre los casos más comunes se encuentra la constante violación del derecho a la libertad, la integridad personal, el debido proceso etc. Para la presente investigación se ha decidido hacer especial énfasis en cómo el ejercicio de la Administración de Justicia puede llegar a afectar el derecho a la libertad por parte del Juez en Función de Control de Garantías, que en ejercicio de su facultad discrecional impone en determinados casos la medida de aseguramiento privativa de la libertad a los imputados de los Juzgados de Paloquemao durante el año 2008 al 2012.

El anterior problema se basa en la observación, lectura y análisis de la ley 906 de 2004 de su artículo 306 al 320, el artículo “Detención preventiva, excepción que se convirtió en regla”, “Constitución y Medida de Aseguramiento en el Marco de la ley 906 de 2004”, “Los excesos en la prevención preventiva” , “Presunción de Inocencia: Principio Constitucional Absoluto “ ubicada respectivamente en el Código de Procedimiento Penal, en el periódico *Ámbito Jurídico*, en el Blog del Doctor Enrique del Rio Gonzales,

el periódico el Espectador y el blog overblog.es, a partir de los cuales se observa que a ciertos imputados que se les implanto la medida de aseguramiento privativa de la libertad en los Juzgados de Paloquemao se les pudo haber vulnerado su vida en relación durante el periodo comprendido entre el año 2008 al 2012.

Mencionada la situación socio jurídica problemática, y el planteamiento del problema que allí se circunscribe, se pasa a la formulación de la pregunta científica que permitirá observar los derechos que se contraponen como consecuencia del problema explicado anteriormente; así las cosas, la investigación se concreta en resolver el siguiente interrogante: ¿Al realizar la ponderación de derechos, valores y principios constitucionales en conjunto como la presunción de inocencia, derecho a la libertad con los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas en la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, exclusivamente en: i) En estado de flagrancia. ii) en los casos en los cuales se pueda inferir de manera razonable que se ha incurrido en la comisión de una conducta punible. iii) Cuando el imputado se allane a los cargos; se podría resolver el conflicto que existe entre el Derecho a la Libertad y la Administración de Justicia para limitar la discrecionalidad del Juez.

La posible solución que se propone a la pregunta de investigación planteada se concreta no solo en una afirmación, sino en la certeza que se tiene que a través de la ponderación la medida de aseguramiento se debe imponer exclusivamente en: i) Estados de flagrancia ii) Cuando previendo los principios, derechos y valores constitucionales, así como los elementos materiales probatorios y evidencia física se induzca de manera razonable, la posible comisión de una conducta punible y iii) Cuando el imputado se allane a los cargos; de esta manera y para estos tres casos se resolverá el conflicto que existe entre el Derecho a la Libertad y la Administración de

Justicia por medio de la Hermenéutica Jurídica limitando así la Discrecionalidad del Juez.

Corolario de lo anterior, es objetivo principal y general de la presente investigación esbozar los parámetros básicos que definen la aplicación y el ejercicio discrecional en la actividad judicial, teniendo en cuenta la delimitación y vinculación de los principios y valores en la actividad procesal en cuanto hace referencia a la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad impuesta por el juez en función de control de garantías en los casos previstos por la ley. De esta manera se pretende concluir cuales principios se deben aplicar a los casos concretos a través de la ponderación sin que esta sea violatoria de los derechos fundamentales de los procesados.

Cabe resaltar que la presente investigación así como su objetivo principal responde a la línea institucional del centro de investigaciones socio jurídica de la Universidad Libre, que al mismo tiempo encuentra su directriz en la misión y visión de la Universidad en lo que corresponde a la conciencia y responsabilidad de generar avances investigativos y tecnológicos que correspondan a las necesidades de la sociedad y vayan acordes al dinamismo de esta.

Dicho lo anterior, la estrategia metodológica utilizada en la presente investigación para dar cumplimiento y corroborar la hipótesis de la misma, partió de la identificación de la situación socio jurídica problemática, a partir de la cual se formuló el problema de investigación, para después estudiarlo a fondo, consultarlo y desarrollarlo en cada uno de los valores, y de este modo encaminar la investigación de manera adecuada. Se comenzó por buscar los conceptos emitidos, lo que se había conseguido por otros autores y poder concluir si estos autores habían o no conseguido solucionar este problema de manera satisfactoria, después de dicho estudio se encontraron muchas fisuras y brechas a las cuales la doctrina actual no había podido conseguir

una solución teórica correcta, identificado esto, se procedió a buscar un piso normativo para fijar los límites en los cuales se movería la investigación y a medida que el proyecto fue avanzando fue necesario profundizar e indagar más sobre el problema, razón por la cual se hizo necesario elaborar un trabajo de campo que consistió en entrevistas que se realizaron de forma general y de modo específico, dando como resultado la obtención de encuestas con los resultados del trabajo de campo que se compararon con los resultados de la investigación, lo cual permitió sintetizar una posible solución y como consecuencia de esto, es decir, después de encontradas las falencias de otros autores y los límites en los cuales se movería este proyecto, se adentro en la teoría del profesor Dworkin para que partir de sus enseñanzas se encuentre una novedad instrumental adecuada a la teoría moderna, en los problemas identificados.

Para explicar la manera mediante la cual se deben aplicar los principios constitucionales por medio de la ponderación con el fin de evitar la violación de garantías y derechos constitucionales, se ha decidido dividir la presente investigación en tres Capítulos, el primero de ellos está dedicado a la contextualización del problema de investigación y a la proyección de su solución. El segundo Capítulo tiene como fin establecer la conceptualización de la solución del problema y la novedad investigativa, declarando la estrategia metodológica, describiendo la implementación del método aplicado así como la triangulación metodológica que sustente la novedad investigativa de la hipótesis de investigación para dar respuesta a la pregunta de investigación. El tercer y último Capítulo está dedicado a la corroboración y validación de la hipótesis de investigación como logro del objetivo general.

Finalmente, y para concluir la parte introductoria, es importante destacar el valor social de la presente investigación, como una herramienta útil para los operadores jurídicos en lo que concierne a la consecución de los fines

estatales, puesto que consideramos que en el ejercicio de administrar justicia son los jueces quienes de manera idónea pueden subsanar las deficiencias en materia de política criminal y legislativas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, para que desde su ámbito y conforme a los postulados constitucionales puedan impartir justicia desde sus decisiones, generando así el impacto social necesario para el desarrollo y cambio de este país.

CAPITULO I

En el ejercicio de la Administración de Justicia se puede ver afectado el derecho a la libertad por parte del Juez en Función de Control de Garantías, que en su facultad discrecional en determinados casos, impone la medida de aseguramiento privativa de la libertad a los imputados de los Juzgados de Paloquemao durante el año 2008 al 2012.

Es importante recalcar para el proceso de investigación reconocer la dimensión del derecho donde se ubica nuestro problema de investigación, aspecto este de gran importancia pues se enfoca en un determinado marco que pretende delimitar de una manera pragmática cuales son nuestros aportes y hacia a donde van dirigidos. Acorde con lo anterior y partiendo de como la discrecionalidad del juez puede llegar a violentar el debido proceso de los imputados que termina afectando su vida en relación, el problema de investigación se ubica en la dimensión de la validez jurídica específicamente en el Campo Teórico de la hermenéutica, puesto que ha sido de gran debate no solo las normas que no se atienen al sistema normativo únicamente desde la metodología exegética de interpretación, sino que carga en el funcionario que administra justicia la responsabilidad de tratar de aplicar al caso concreto el tipo penal que permita darle una solución al litigio, basado en las herramientas que le otorga el derecho. Pero cuando esto no sucede entonces el juez es quien debe decidir orientado no solo por sus propias concepciones sobre el derecho, sino por la misma interpretación que fácilmente puede estar cargada de subjetividad en el juicio como lo afirma Dworkin “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución, el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido”¹.

¹ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona. Ed. Ariel, S.A. 2002. Pag.146

En segundo lugar es notorio que la autoridad judicial para ejercer su función necesita no solo de conocimientos básicos de la normatividad sino que se le hace exigible además métodos que le permitan realizar juicios, este caso serían los de interpretación, ya que no siempre como afirma Dueñas Oscar Javier “se puede apelar a razones literales (el texto perentorio de la norma); sino también a conceptuales (alcance absoluto de la misma) e incluso hasta lógicos (los absurdos que conducen a la interpretación contraria”²

Se puede concluir en último lugar que si se tiene en cuenta que “La hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar los diferentes elementos o textos...y que en si la interpretación jurídica sería asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico y determinar el significado de una expresión jurídica dudosa”³ se puede hallar que el abuso de discrecionalidad del juez podría descubrir su fuente en la anterior definición, no solo de las normas jurídicas sino también de principios y valores que por la misma falta de comprensión e interpretación de instituciones de mayor jerarquía se ha constituido en una problemática que desemboca en nuestro objeto de investigación.

Partiendo del artículo 301 de La Ley 906 de 2004, se puede hacer mención de manera general que existe flagrancia cuando el individuo ha sido sorprendido y aprehendido cometiendo la conducta punible, ha sido señalado como autor o participe de una conducta punible por la víctima o cualquier otra persona, se le ha sorprendido y capturado con objetos e instrumentos que permiten inferir que acaba de cometer o participar en una conducta punible y de la misma forma existirá flagrancia si ha cometido la conducta punible en un establecimiento abierto al público y ha sido

² Dueñas Oscar Javier. Lecciones De Hermenéutica Jurídica. Editorial El Rosario. Pág. 99

³ Dueñas Oscar Javier. Lecciones De Hermenéutica Jurídica. Editorial El Rosario. Pag 49 y 50

individualizado mediante dispositivo de video o si el individuo fuera encontrado en un vehículo momentos antes para huir del lugar de la comisión del delito. De acuerdo a la anterior definición encontramos que de igual forma deben tenerse en cuenta principios y valores constitucionales así como las normas rectores que establece la Ley 600 del año 2000 y la Ley 906 del 2004 del Código de Procedimiento Penal, entre ellas es importante hacer mención por su carácter vinculante e interpretativo en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a los principios y valores vinculantes en la actuación procesal cabe hacer referencia en primera medida al artículo 28 de la constitución que hace referencia a la libertad, el artículo 29 que instruye el debido proceso y que sostiene la presunción de inocencia y obviamente la aplicación de la ley permisiva en materia penal. También se considera vinculante el artículo 1 del Código de Procedimiento Penal que hace referencia igualmente a la libertad, el artículo 6 que señala la legalidad y el artículo 7 que declara la duda a favor del reo. Estos principios son vinculantes por que rigen el desarrollo legal de los procesos penales, sin cuya observancia no se podría declarar la legalidad de la actuación puesto que violaría derechos fundamentales del individuo.

Por último para el concepto de elementos materiales probatorios se tendrá en cuenta lo definido por el artículo 275 del Código de procedimiento Penal que declara que son aquellas huellas , rastros, armas , instrumentos , dinero, bienes, elementos materiales descubiertos, documentos de toda índole hallados en la diligencia, elementos materiales obtenidos mediante grabación y todos los que taxativamente exponga la ley. En cuanto a lo anterior hay que hacer referencia al artículo 276 que habla sobre la legalidad de estos elementos al igual que la autenticidad de los mismos. (art 277).

El enfoque metodológico es interpretativo, cualitativo, hermenéutico o cultural. Para el desarrollo de la investigación se parte de lo inductivo-deductivo, determinando que las teorías científicas se complementan con el contexto social. La institución objeto de estudio es la detención preventiva que priva de la libertad al individuo, donde se realiza un análisis de la normatividad Argentina y su constante evolución en su regulación, se estudia a la población implicada que son los procesados y que repercusiones ha tenido en sus vidas el haberles limitado el derecho a libertad sin desvirtuales su presunción de inocencia e in dubio pro reo, y se enfatiza en la aplicación que le están dando los Jueces Penales a esta medida cautelar.

Como primer presupuesto de la situación sociojurídica problemática, se observa que el artículo 308 en sus numerales uno y dos, presenta proposiciones de textura abierta en términos hartianos, pues no tenemos unanimidad en el sentido de las expresiones: “obstruya el debido ejercicio de la justicia”, “peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”, lo cual abre para el juez un ámbito de amplia discrecionalidad, que puede estar sesgada por criterios subjetivos que adapte a su pensamiento y no al ordenamiento Jurídico Constitucional, y en su último numeral nos propone una presunción de responsabilidad o culpabilidad bajo esta proposición “que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

Colorario de lo anterior se puede concluir que el juez abusa de la facultad discrecional que se le ha otorgado al encontrarse en la ley palabras de textura abierta que ocasionan la vulneración de derechos fundamentales como la libertad y el debido proceso. De igual manera este problema se puede evidenciar en algunas proposiciones del artículo 310,311 y 312.

Nuestra segunda evidencia nos permite deducir que en la actualidad los Jueces en Función de Control de Garantías y los Fiscales delegados, han

tomado la medida de aseguramiento como una herramienta política común y frecuente para dar una respuesta rápida pero poco ajustada a derecho , pues desconoce los fines del ius puniendi y el derecho Procesal Penal, los cuales buscan la corrección de la conducta y la resocialización del individuo que realiza una conducta señalada por legislador como punible, así como también desconocen la imposición de otras medidas cautelares como las no preventivas de la libertad, las cuales en algunos casos se hallan más necesarios, razonables y proporcionales a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico.

En el escrito del maestro Enrique del Rio Gonzales encontramos un indicio más que nos permite deducir dicha situación, si bien es cierto las medidas cautelares como medidas de aseguramiento privativas de la libertad están consagradas en toda la órbita Latinoamericana, como en Perú, Argentina, Panamá, Venezuela, República Dominicana, Chile, México y Costa Rica y en países pertenecientes al Common Law, como en los Estados Unidos, solo han sido aplicadas en estos países de manera excepcional y cuando se desvirtúe por completo la inocencia del acusado

La medida de aseguramiento según la Corte Constitucional, mediante sentencia C-774 del 25 de julio del 2011, es una limitación del derecho a la libertad, pues como lo sostiene la Corte “ningún derecho es absoluto”, en razón a los siguientes fundamentos:

1. Se trata de una consecuencia penológica anticipada: Esta crítica se centra en que la medida de aseguramiento puede llegar a violar derechos que están conexos con el derecho a la libertad, por la imposición anticipada de una medida cautelar.
2. Discutible temporalidad: Como es bien sabido la demora, trabas y dilaciones de los procesos en Colombia hacen parte de uno de los defectos en nuestra jurisdicción, es por esto que la medida de

aseguramiento puede prolongarse por mucho tiempo, es tal esta crítica que la ley computan el tiempo real de la condena desde la aplicación de las medidas de aseguramiento, dejando a un lado el tema de que sucedería si el presunto culpable es declarado inocente

3. Presunción de inocencia en la responsabilidad penal: Las medidas de aseguramiento menoscaban la integridad del principio de presunción de inocencia, cuando de su imposición se desprende una presunción de mala fe y culpabilidad, en la cual el estado trata al asegurado como a un condenado y no como a un ciudadano que ejerce su legítima defensa al interior del proceso penal”.
4. En la práctica la medida de aseguramiento no descansa en los fines Constitucionales: los jueces al imponer la medida de aseguramiento en algunos casos responden a exigencias políticas y de opinión pública y no a criterios Constitucionales.

En nuestro cuarto presupuesto resaltamos que la medida de aseguramiento puede llegar a ser un instrumento muchas veces político, puesto que en determinados casos existe la posibilidad de imponer otras medidas cautelares que no implicaran la cárcel, como la detención domiciliaria con brazalete electrónico, agrega además ,que un juez debe ser convincente en su argumentación a la hora de imponer la medida preventiva pues eso justificaría de mejor manera la utilización de medidas igualmente eficaces que no fueran lesivas de la libertad, ya que lo contrario hace parte de un populismo punitivo que erosiona el principio de la excepcionalidad de la detención preventiva.

Según él, más del 30% de las personas privadas de la libertad son detenidas sin condena, “esto es inhumano y explica buena parte del hacinamiento carcelario. Por ello es importante controlar la fuga al populismo punitivo y la banalización de la detención preventiva

En la última evidencia se resalta de manera principal que la misma corte en su sentencia C-774 de 2001 indica que la presunción de inocencia es un postulado cardinal del ordenamiento jurídico, que no admite excepción alguna. Según esto es la Fiscalía quien tiene la obligación de aportar pruebas para derrumbar dicha presunción y es el juez quien debe valorar las pruebas para emitir un fallo bien sea condenatorio, o bien absolutorio.

Los aspectos enunciados anteriormente serán explicados a partir de una serie de artículos científicos en los cuales se han trabajado temáticas que constituyen una valiosa herramienta de trabajo para el objeto de investigación del presente trabajo.

En primer lugar cabe mencionar aquellos aspectos que ya han sido establecidos como soluciones por otros autores, en los cuales se observa que si bien es cierto la discrecionalidad del juez es necesaria, no por ello se debe abusar de esta, HART por ello señala que “El hecho de que el juez sea el creador del derecho no implica necesariamente que el sistema –el juego en su ejemplo-se convierta en lo que el juez quiere que sea”⁴.

Expuesto esto” las limitaciones que deberían constituirse para evitar el abuso de la discrecionalidad están determinadas por valores, principios de rango constitucional, así como también, de principios generales del derecho sin dejar de lado los métodos jurídicos trasplantados por los tribunales de cierre en Colombia, verbigracia el test de Razonabilidad.”⁵

Así mismo se observa en el artículo LA PONDERACION O LA DEBIL FRONTERA ENTRE LA ARBITRARIEDAD Y EL USO LEGITIMO DE LA DISCRECIONALIDAD “la facultad discrecional que tiene el juez para determinados asuntos es inevitable al momento de aplicar toda norma

⁴Hart y la configuración del estado jurisdiccional. Una lectura schmittiana. Colombia, Revista Dikaion, Universidad de la sabana, vol. 22. núm. 17. diciembre 2008. pp. 20.

⁵ Corte constitucional C-022 del 1996

jurídica, la cual debe entenderse como una alternativa para evitar el abuso del poder como medio de imposición moral de un individuo, claro está que tal facultad ha de ser limitada con principios fuertes, entendidos como mandatos de optimización, los cuales son normas jurídicas que integran el bloque de constitucionalidad de aplicación directa, y que en casos de infracción manifiesta de un principio o de un derecho fundamental por parte de una regla”⁶, se debe aplicar directamente el principio sin necesidad de ponderación, solo cuando entran en conflicto con otros principios procede la ponderación.

En segundo lugar encontramos los aspectos en los cuales coinciden los autores en sus propuestas, las cuales se encuentran respectivamente en “LA PREDECIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES” y “HART Y LA CONFIGURACION DEL ESTADO JURISDICCIONAL. UNA LECTURA SCHMITTIANA” en las cuales se plantea la discrecionalidad judicial como solución a la ductilidad y apertura de las normas jurídicas, pues como es claro, el legislador no puede prever todos los casos subsumibles a una norma, además como nos lo enseña la Dra. María Isabel Garrido Gómez, “en una decisión judicial convergen presupuestos de hecho y de derecho, estas últimas son elaboradas por el legislador y por los tribunales de cierre, tras procesos racionales y cognitivos de carácter jurídico, mientras que los presupuestos de hecho no quedan predichos de ninguna manera pues son de carácter aleatorio”⁷, por esto es que la predecibilidad de una decisión judicial no es absoluta y por ende la discrecionalidad se torna necesaria. Otra causa es porque en los estados jurisdiccionales en términos Hartianos , la discrecionalidad del juez responde a una necesidad política pues en estos estados el órgano legislativo y ejecutivo esta permeados por el espíritu

⁶La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. Bogotá. Colombia, Revista Universitas, Universidad Javeriana, núm. 121. julio-diciembre 2010.pp-108

⁷La precibilidad de las decisiones judiciales. Talca. Chile, Revista ius et praxis, Universidad de Talca, vol. 15 núm. 1. .2009. pp. 65

democrático de las mayorías, mientras que el órgano judicial no, en razón de esto, son los jueces constitucionales quienes en uso de sus facultades discrecionales deben llenar lagunas e interpretar normas abiertas en casos difíciles (hard cases⁸) para así proteger a las minorías y a la constitución.

En otros artículos como “LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y PRECISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL PODER DE INSTRUCCIÓN QUE TIENE EL JUEZ”, en cuanto a la facultad de discrecionalidad del juez encontramos que dicha facultad debe ir direccionada por la aplicación de un principio y una regla, cuando en el caso que llegue a su conocimiento exista contradicción entre los textos jurídicos, esto en concordancia con la postura teórica investigativa sobre la actividad judicial que establece: *“Los jueces crean derecho. Dicha creación obedece principalmente a dos fenómenos jurídicos: a) la existencia de lagunas y conflictos entre normas, b) la indeterminación y ambigüedad de los textos jurídicos. En ambos eventos nos encontramos ante la discrecionalidad del juez. En el primero, este decide cual regla o principio deberá aplicar cuando se presente algún conflicto o que regla o principio deberá crear para llenar lagunas. En el segundo evento, el juez tendrá que determinar el contenido de aquellos enunciados jurídicos que resulten ambiguos o indeterminados, creando de esta forma reglas o principios por medio de interpretación. La creación de derecho por parte de los jueces no implica un acto de arbitrariedad ni de extralimitación de funciones, es simplemente el resultado inevitable y necesario de los dos fenómenos explicados anteriormente⁸”*. De lo anterior cabe resaltar que la facultad surge como necesidad de las falencias

⁸ESCOBAR MARTINEZ, Lina Marcela. La actividad Judicial, El texto frente a la realidad. Colombia, Revista Universitas versión electrónica – ISSN 2011-1711. julio-diciembre

presentadas en el aparato legislativo, falencias que vienen a ser subsanadas por la discrecionalidad del juez, dicha discrecionalidad no es absoluta ni en el ámbito de las normas sustanciales ni en el ámbito procesal, puesto que siempre se encuentra limitado por principios y valores orientados a garantizar derechos fundamentales.

Así las cosas se encuentra que debe existir un parámetro que fije la discrecionalidad del juez, es decir una limitación que no llegue a los extremos absolutos de coartar su calidad de funcionario judicial en la interpretación y aplicación de la norma, pero que tampoco deje un campo abierto y sin límites para que la ejerza de manera deliberada; estos límites como se menciono anteriormente son aplicables en materia sustancia y procesal, cabe mencionar el caso del poder de instrucción del juez en materia probatoria en la cual, si bien es cierto se le otorga libre apreciación de la prueba debe realizarla de acuerdo a principios como : Principio de publicidad, principio de legalidad, principio de imparcialidad y principio de independencia, lo cual permite que exista plena satisfacción de garantías fundamentales, en palabras de Diana María Ramírez Carvajal: *“Es así como es plausible afirmar que de los principios integradores del debido proceso probatorio se desprenden los más importantes límites a la intervención oficiosa del juez, porque el equilibrio entre los poderes de dirección material y las garantías constitucionales empieza por admitir que el “deber-poder” del juez se despliega como un poder accesorio a la actividad probatoria de las partes y con una finalidad constitucional, la protección de las garantías y derechos fundamentales⁹.”* Concluyendo así que dicha facultad es derivada de su calidad de operador judicial, que para los fines de garantías fundamentales

⁹RAMIREZ CARVAJAL, Diana María. Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez Bogotá, Colombia. Revista Diálogos de los Saberes, Universidad Libre, Revista #30.2009, pp. 273-296

se encuentra limitada por principios, reglas y valores con fines preventivos respecto del abuso de la facultad que se pueda llegar a realizar.

Por otra parte en los artículos " LA DISPONIBILIDAD DISCRECIONAL DE LA PRETENSIÓN EN EL SISTEMA DE PERSECUCIÓN PENAL COLOMBIANO" y "LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA: ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA SU INCORPORACIÓN" se hace referencia al aspecto de la continuidad en la discrecionalidad que puede tener un funcionario, ambos textos confluyen en que existe una disposición discrecional en los empleados públicos que les otorga la ley, pero dice José Fernando MESTRE "es necesario para tomar una decisión con premura pero ante toda eficaz de acuerdo con las circunstancias de hecho que se presente certeza de los mismos y se evidencien claramente"¹⁰. No obstante hay que tener en cuenta el ejercicio de su poder de disposición porque aunque sea discrecional, debe estar debidamente limitado y controlado tanto interna como externamente, para que no devengue en una potestad abusiva y arbitraria por quienes la detentan

De la misma manera encontramos en los artículos "PRINCIPIO DE PRECAUCION Y SU APLICACIÓN JUDICIAL" y "LA NOCION DE PRINCIPIOS Y VALORES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL" la consagración de la discrecionalidad del juez, primero porque el juez es quien determina si se da prevalencia al principio de precaución al interponer medidas cautelares que implica la limitación de los derechos del sujeto pasivo (empresa de petróleo, constructora), con la finalidad de prevenir un daño grave o irreversible que se produciría en el medio ambiente;segundo, "el juez al tomar una decisión en un caso concreto debe tomar en cuenta lo que señala la norma, los principios jurídicos y los

¹⁰ MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. Colombia, Revista Universitas, Pontificia universidad javeriana, núm. 116. julio-diciembre 2008.pag 206

valores (normas morales), con ello se quieren evitar la vulneración de los derechos de los indiciados”.¹¹

Podemos concluir que la forma en la cual las propuestas anteriormente mencionadas han sido adoptadas de distintas maneras, , en los diferentes países atendiendo a aspectos de índole jurídico, económico, social y político; es el caso de lo planteado en “LA PREDECIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES” y “HART Y LA CONFIGURACION DEL ESTADO JURISDICCIONAL. UNA LECTURA SCHMITTIANA” donde se infiere que el trasplante de la teoría Hartiana, tal como lo plantea Diego Medina es adoptada en Latinoamericana y especialmente en Colombia “con una perspectiva propia, de variación, de adaptación y verdadera creación que generalmente con el contexto, las intenciones y los alcances dados por los autores de las obras iusteoricas de los sitios de producción, pero que permite entender el contexto jurídico de países como los latinoamericanos”¹².

En “LA ACTIVIDAD JUDICIAL” se establece además de la motivación e interpretación, un tercer factor contenido, en lo que se ha denominado ética de la función judicial. La importancia de ello se concreta en el grado de responsabilidad que asume el funcionario judicial al momento de dictar una providencia, específicamente la relación de medio-fin y de por medio el efecto que esto conlleva a la protección de garantías fundamentales. De acuerdo a la ética aplicable en la función judicial el deontologismo se define como aquel que: “da prioridad a lo correcto sobre lo bueno, y que establece que no cualquier conducta que maximice la felicidad es correcta, fijando restricciones a la persecución de lo bueno (el fin no justifica los medios¹³).” A renglón seguido, se menciona que esta teoría impera principalmente en

¹¹ VELEZ, ESTRADA, Sergio. La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá, Colombia. Revista Diálogos de los Saberes. Universidad Libre, Revista # 114,2011,pp 60

¹²Hart y la configuración del estado jurisdiccional. Una lectura schmittiana. Colombia, Revista Dikaion, Universidad de la sabana, vol. 22. núm. 17. diciembre 2008. pp. 16.

¹³ ESCOBAR MARTINEZ, Lina Marcela. Ob.cit

aquellos sistemas jurídicos que tienen constituciones con derechos firmemente establecidos en ella, como el caso Colombiano.

Con lo anterior se establece la existencia de un nuevo criterio o parámetro a tener en cuenta en las decisiones de los jueces además de la correcta interpretación y argumentación del texto jurídico, se suma la ética judicial que deben tener en cuenta para sus providencias.

En cuarto lugar encontramos los elementos de ruptura entre unas y otras propuestas por distintos autores, rupturas que constituyen elementos para analizar en la construcción de una alternativa como solución al problema de investigación planteado. Los elementos de ruptura en “LA PREDECIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES” y “HART Y LA CONFIGURACION DEL ESTADO JURISDICCIONAL. UNA LECTURA SCHMITTIANA” “dejan ver por un lado, que la discrecionalidad del juez debe apartarse del ordenamiento jurídico siempre y cuando se introduzcan cambios que reflejen o el cambio social”¹⁴, además no debe separarse de las reglas tenientes a la conducta o preceptos de las reglas de procedimientos o de la práctica judicial formulaciones prescriptivas que serian determinantes para las decisiones judiciales.

El segundo, es todavía más radical en cuanto la comunidad jurídica debe sustituir a la comunidad política, pues estos deben guiar a la sociedad al cumplimiento de los fines constitucionales como los ha denominado el Dr. Garzón Vallejo en el Gobierno de los Jueces.

El tercer elemento de ruptura, de acuerdo al artículo “LA ACTIVIDAD JUDICIAL”, se centra en la participación que debe tener el juez dentro del ordenamiento jurídico y las exigencias que permitan garantizar la razonabilidad de sus decisiones cuando por lagunas o contradicciones

¹⁴La precibilidad de las decisiones judiciales .Talca .Chile, Revista ius et praxis, Universidad de Talca, vol. 15 núm. 1. .2009. pp. 71.

ambiguas de la norma esta no pueda aplicarse. Ello significa en palabras de Lina Marcela Escobar la necesidad de reconocimiento por parte de la comunidad jurídica de que el juez crea derecho puesto que “Si los jueces niegan su propia discrecionalidad o se escudan bajo el argumento de la “mera aplicación del derecho” lo que hacen es desprenderse de cualquier tipo de responsabilidad ante la comunidad jurídica así como de cualquier tipo de control”¹⁵”

La cuarta ruptura que se deduce a partir de “LA DISPONIBILIDAD DISCRECIONAL DE LA PRETENSIÓN EN EL SISTEMA DE PERSECUCIÓN PENAL COLOMBIANO” y “LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA: ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA SU INCORPORACIÓN” y que sin duda alguna representa para el proyecto de investigación mayor relevancia, es el aspecto de la ruptura que se percibe en los artículos, porque plantean argumentos que se hacen irreconciliables entre sí, puesto que en primer lugar el texto “**La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano**” esboza “la discrecionalidad, el control institucional y no institucional, la limitación de la voluntad del funcionario en base al interés público e incluso hasta menciona los principios dispositivos”¹⁶, pero no hace un deslinde significativo en la correlación y trascendencia de los valores y principios dentro del ordenamiento jurídico y como estos a su vez se pueden convertir en un medio para la infracción al principio de legalidad solo porque las instituciones no han tenido claro la esencia significativa y aplicativa de los dos conceptos mencionados, aspecto que si plantea el artículo científico “**Los principios jurídicos en Colombia: algunas recomendaciones para su**

¹⁵ESCOBAR MARTINEZ, Lina marcela. La actividad Judicial, El texto frente a la realidad. Colombia, Revista Universitas versión electrónica – ISSN 2011-1711. julio-diciembre

¹⁶ MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. Colombia, Revista Universitas, Pontificia universidad javeriana, núm. 116. julio-diciembre 2008.pag 216

incorporación”; que hace explícito que la distinción entre principio y valor son sumamente substanciales ya que el primero representa el cumplimiento de varias funciones, entre ellas, limitar la validez de las regulaciones subordinadas, perteneciendo de esta manera al mundo deóntico aunque se tiene que decir que ni siquiera la misma Corte ha superado esta problemática puesto que en sentencias diferentes ha mostrado posiciones distintas dando en una, la pertenencia de los principios al bloque constitucional mientras que en la Sentencia C-083 de 1995 muestran los principios como elementos extra sistemáticos. Y en cuanto al segundo aspecto el de los valores, los ubica el texto en el mundo de la axiología y los han llegado a definir como “la cualificación de los estudios referidos a las relaciones entre la moral y el derecho,”¹⁷ de lo cual se puede afirmar que, de no dársele un tratamiento adecuado podrían degenerar su aplicación en un medio para la infracción al principio de legalidad y, consecuentemente de la seguridad jurídica al dejar en manos del operador jurisdiccional la configuración del ordenamiento jurídico a partir de lo que este considere justo, abriéndose la puerta si se quiere a la discrecionalidad.

Para el presente análisis y con fines de llegar a una mejor comprensión y claridad en lo que respecta al marco legal, se explicara, para posteriormente analizarse cada uno de los elementos integrantes del problema de investigación, en relación con su respectivo marco normativo nacional e internacional.

Partiendo de la aplicación de la Ley por parte del Funcionario Judicial encontramos en primer lugar que este aspecto viene regulado desde de la Constitución Política Colombiana el cual establece en su artículo 230 que: Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La

¹⁷ ESTRADA VELEZ, Sergio. Los principios jurídicos en Colombia: algunas recomendaciones para su incorporación. Bogotá, Colombia, Revista Diálogos de los Saberes, Universidad Libre, Revista #32,2010. Pág. 162

equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Para el mismo caso y por considerarse de vital importancia para el desarrollo del presente artículo es necesario mencionar lo que en iguales términos se encuentra establecido en la Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal, en el cual de acuerdo a su artículo 26 establece: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como *fundamento de interpretación*”¹⁸ y a su artículo 27:” **Moduladores de la actividad procesal:** “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.¹⁹

En segundo lugar, en lo que respecta al acceso a la administración de justicia, cabe mencionar que actualmente en los Estados modernos quien detenta el monopolio de la administración de justicia es el Estado por conducto de las diferentes instituciones que hacen parte de la estructura orgánica del mismo, que para nuestro caso se encuentra encabezada por la Rama Judicial con las diferentes instituciones que en materia penal la integran, tales como la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial, Los Juzgados Penales de Circuito Especializados, Los Juzgados Penales de circuito, Los Juzgados Penales municipales así como los demás órganos de jurisdicción penal que establece el artículo 31 de la Ley 906/2004 del Código de Procedimiento Penal; por el lado del ente acusador encontramos a la Fiscalía General de la Nación con sus respectivos delegados así como la presencia del Ministerio Público, ente integrador de la Rama Ejecutiva que dentro del proceso penal conforme al artículo 109 le faculta a sus respectivos delegados intervenir en el Proceso

¹⁸ Ley 906 del 2004, artículo 26

¹⁹ Ley 906 del 2004, artículo 27

penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Dicho esto, encontramos que en el plano de la legislación nacional Colombiana la administración de justicia como función pública se encuentra establecida en el artículo 228 de la Constitución Política Colombiana y la garantía de este derecho en el artículo subsiguiente de la misma que establece: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicara en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”;²⁰ así mismo se consagra en el artículo 10 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que :” La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional”²¹.

Por otro lado es pertinente abordar desde el ámbito internacional, específicamente desde aquellos tratados y convenciones que han sido aprobados y ratificados por el Estado Colombiano y que como consecuencia de ello forman parte integrante de la legislación Colombiana por Bloque de Constitucionalidad, los siguientes:

Dentro del ámbito del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos encontramos la *DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*, artículos 10 y 11, así como el artículo 14 numeral 1 del *PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS*.

Igualmente dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en *LA DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y*

²⁰ Constitución política de Colombia, artículo 229

²¹ Ley 270 de 1996, ley estatutaria de la administración de justicia, artículo 10

DEBERES DEL HOMBRE artículo 26 y artículo 8 de la *CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*, se encuentran las pautas a seguir dentro de cualquier proceso que pueda adelantársele a una persona.

En tercer lugar encontramos uno de los derechos fundamentales y de carácter individual por excelencia, el derecho a la libertad acogido a partir de la Revolución Francesa y establecido en la Legislación Colombiana como valor, principio y derecho así como objeto de varios tratados y convenciones en materia de derechos humanos del ámbito internacional.

En el plano nacional encontramos que uno de los valores que fueron establecidos en el preámbulo de la Constitución Política fue precisamente el de la Libertad, el cual viene a ser desarrollado en el artículo 28 de la misma, donde se establece que : “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***”²². La persona detenida previamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Lo anterior se encuentra igualmente contemplado en el artículo 2 de la Ley 906\2004 como principio y norma rectora al cual deben ceñirse los funcionarios judiciales durante todo el proceso.

Por otro lado, desde el ámbito internacional encontramos de manera concordante uno de los principios y garantías por excelencia como es la libertad, ubicadas en declaraciones en materia de derechos humanos:

²² Constitución política de Colombia, artículo 28

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1, 3, 4 y 9), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. I y XXV), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (Art. 9, 11 y 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 7)

Como primer presupuesto de la situación socio jurídica problemática, se observa que en el artículo 308 en sus numerales uno y dos, se presentan proposiciones de textura abierta en términos hartianos, pues no tenemos unanimidad en el sentido de las expresiones : “obstruya el debido ejercicio de la justicia”, “peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”, lo cual abre un ámbito de discrecionalidad amplio para el juez que a su vez puede estar sesgado de criterios subjetivos que adapte a su pensamiento y no al ordenamiento Jurídico Constitucional, y en su último numeral nos propone una presunción de responsabilidad o culpabilidad bajo esta proposición “que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

Es por esto que esta discrecionalidad debe estar condicionada o basado en presupuestos, donde el juez pueda determinar una decisión sensata y acorde en derecho y la única forma en que lo puede hacer es por medio de una evaluación jurídica desde el campo teórico de la Hermenéutica se comprobaría la validez de la discrecionalidad de los Jueces en Función de Control de Garantías de los Juzgados de Paloquemao, en la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, demostrando la viabilidad de otras medidas como: el brazalete electrónico, la detención domiciliaria, y la prohibición de salir del país, logrando con ello los resultados que establece el Art 308 de la Ley 906 de 2004.

Conforme a una ponderación se establece que la medida de aseguramiento se debe imponer exclusivamente en: i) Estados de flagrancia ii) Cuando previendo los principios, derechos y valores constitucionales, así como los

elementos materiales probatorios y evidencia física se induzca de manera razonable, la posible comisión de una conducta punible. iii) Cuando el imputado se allane a los cargos; permitirá resolver el conflicto que existe entre el Derecho a la Libertad y la Administración de Justicia por medio de la Hermenéutica para limitar la Discrecionalidad del Juez.

CAPITULO II

Este trabajo de investigación tiene como enfoque paradigmático “la epistemología que consiste en el estudio entre el sujeto investigador y el objeto investigado”²³ con la finalidad de observar y determinar el comportamiento de la situación socio jurídica problemática como es la detención preventiva que priva de la libertad a la persona que está siendo objeto de una investigación penal.

El método utilizado es el fenomenológico entendido como describir un objeto desde su comportamiento, sin tener en cuenta criterios subjetivos. Es “volver a las cosas mismas, a partir de la experiencia, evitar toda explicación, para que se convierta en una ciencia objetiva e imparcial”²⁴.

Este método de investigación facilita principalmente abordar el tema de investigación y ver como se manifiesta el fenómeno en torno a si la medida de aseguramiento se está aplicando como regla excepcional o por el contrario se está volviendo una medida adoptada de manera general sin que los jueces tomen en cuenta que la ley contempla unas situaciones para adoptar dicha medida, evidenciando de esta manera que la privación de la libertad personal a los sindicados puede llegar a tener repercusiones en la vida en relación en los ámbitos familiar, laboral, etc.

23 Gómez & Rojas, 2009 por la Universidad José Antonio Páez, Enfoques paradigmáticos y métodos de la investigación cualitativa, http://www.ujap.edu.ve/pasion/index.php?option=com_content&task=view&id=70&Itemid=67 [Consulta: lunes, 17 de Febrero de 2014]

24 Montaña, Lorena, 8 de octubre de 2011 por el Centro de Estudios sobre Innovación y Dinámicas Educativas en Aprender a Pensar, <http://lorefilosofia.aprenderapensar.net/2011/10/08/metodo-fenomenologico/> [Consulta: lunes, 17 de Febrero de 2014]

1. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

La selección de la muestra, fue determinada por el modelo cualitativo de la fenomenología, la cual nos enseña, que debemos mirar el fenómeno o el objeto en sí, su esencia, sus características, para hacer un epojé de nuestro presupuestos, teorías y del ámbito del deber ser, para así poder mirar el ámbito real del objeto a investigar.

La anterior muestra fue escogida desde la experiencia ámbito real , es decir, que se eligió en el desarrollo del proceso penal, referente a las audiencias preliminares donde se solicita la respectiva medida y se progresa en las administración de justicia por parte de los agentes involucrados en el manejo del aparato jurisdiccional del estado. Es por esto que escogimos un caso al azar donde un juez en función de control de garantías tenía que decidir sobre la imposición de medida de aseguramiento, a un indiciado, en este caso presuntos responsables del delito de Proxenetismo con menor de edad (art 213 A), Estimulo a la prostitución de menores. (Art 217), Demanda de explotación sexual comercial de menor 18 de edad. Entre otros que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual. En este caso queríamos evidenciar todo el proceso en esta audiencia, para denotar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que afectan a los sujetos procesales y así poder analizar más a fondo el objeto de investigación (discrecionalidad del juez).

2. TECNICAS E INSTRUMENTOS UTILIZADOS:

Como el método empleado es el Fenomenológico donde se parte de lo cualitativo y teniendo en cuenta los diferentes comportamientos que puede adoptar el objeto investigativo se emplea como técnicas de investigación la encuesta.

2.1 ELABORACION DE LOS INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.

Cuestionarios:

a) Para la Defensa:

- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento privativa de la libertad²⁵ es acorde a derecho?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento privativa de la libertad²⁶ afecta su labor como defensor, en este caso?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento privativa de la libertad²⁷ es ha vuelto más frecuente?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento privativa de la libertad²⁸ impuesta hoy, violo derechos constitucionales del art 28 y 29, tales como, el derecho a la libertad y la presunción de inocencia?
- ❖ ¿Cree usted que la juez al tomar la decisión tuvo criterios subjetivos al tomar su decisión?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento privativa de la libertad²⁹ es acorde con la constitución?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento privativa de la libertad³⁰ debe ser erradicada del ordenamiento jurídico colombiano?

²⁵ Artículo 308 del Código de Procedimiento Penal

²⁶ Ibidem

²⁷ Ibidem

²⁸ Ibidem

²⁹ Ibidem

³⁰ Ibidem

b) Para la Fiscalía:

- ❖ ¿Cuáles fueron las razones que fundamentaron su petición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad?
- ❖ ¿Según su experiencia laboral en que delitos ha podido observar que se da con mayor frecuencia la petición de la medida de aseguramiento?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento no privativa de la libertad puede ser igual de efectiva que la privativa de la libertad?

- ❖ ¿Cree usted que la imposición de la medida de aseguramiento puede violar derechos fundados mentales como la libertad?

c) Para la Juez:

- ❖ ¿De forma general que es la medida de aseguramiento?
- ❖ ¿Cuáles fueron las razones en las que fundamento la imposición de medida de aseguramiento?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento viola el principio de libertad?
- ❖ ¿Según su experiencia en que delitos ha podido observar que se dé con mayor frecuencia la imposición de medida de aseguramiento?
- ❖ ¿Cree usted que la medida de aseguramiento no privativa de la libertad puede ser igual de efectiva que la privativa de la libertad?
- ❖ ¿Según su criterio profesional considera que pueda haber otras figuras Jurídicas que puedan remplazar la medida de aseguramiento?

2.2 METODO APLICADO Y ARGUMENTACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS

El método aplicado como ya se mencionó es el fenomenológico, el cual parte del estudio del fenómeno de manera natural sin tener el investigador aspectos subjetivos como son juicios y/o creencias que lleguen en algún momento a subjetivizar y colocar en una postura el objeto observado, sino lo que se busca es ver como el fenómeno se manifiesta de manera natural, en nuestro caso específico como se evidencia que el fenómeno de la medida de aseguramiento se está convirtiendo en una adopción de manera general y no excepcional por parte de los jueces de control de garantías.

2.2 UNIDAD DE ANALISIS, CATEGORIAS E INDICADORES

Análisis Categoría 1

ORDENAMIENTO JURIDICO

Como conclusión se puede afirmar que muchos de los jueces no siguen a cabalidad la ley ni mucho menos los principios consagrados en la constitución y en la ley 906 de 2004, ya que cobijados con la discrecionalidad que les proporciona su cargo y en ciertos aspectos específicos, imponen medidas de aseguramiento basados en factores ajenos de los consignados en la ley y en la constitución

Muchas de estas decisiones violan principios constitucionales tales como la presunción de inocencia³¹, in dubio pro reo³² y derecho a la libertad³³, afectando de manera concreta la credibilidad en la justicia al igual que su estabilidad.

³¹ Artículo 7 del Código de Procedimiento Penal

³² Ibídem

³³ Artículo 2 del Código de Procedimiento Penal y artículo 13 de la Constitución Política

Análisis Indicadores

1. **LEY** Como conclusión de los resultados de las encuestas hechas podemos asegurar que al momento de la imposición de la medida de aseguramiento el juez considera de mayor importancia la seguridad de la sociedad y de las víctimas, privando así al imputado de su libertad. Además según la percepción de los encuestados se concluye que el juez al momento de imponer la medida mira otros aspectos diferentes a los contemplados en el artículo 308 del código de procedimiento penal tales como los antecedentes del imputado o muchas veces consideraciones propias del juez, desviando así la normatividad y muchas veces poniendo en peligro principios esenciales de la ley y el derecho penal.
2. **Constitución** : Se puede concluir que la imposición de la medida de aseguramiento por parte del Juez en función de Control de Garantías si vulnera los principios generales de in dubio pro reo y derecho a la libertad del imputado toda vez que afecta su vida en relación en diferentes ámbitos: familiar, social, laboral, etc., ya que al no ser una decisión definitiva (fallo de la Sentencia) no se debería privar de la libertad tan prematuramente, sino que el Juez debería observar otras medidas para hacer eficaz la comparecencia del imputado.

Análisis Categoría 2

Tipo del Delito

De los indicadores se puede concluir dos fenómenos individuales, pero que al analizarse en su conjunto son complementarios. Estos dos fenómenos son:

- a. **El aumento de la delincuencia:** Este es un fenómeno que afecta a la sociedad colombiana en la actualidad, por diversos factores como el económico, el social, la falta de educación entre muchos otros, esta falta de atención del estado crea una tendencia de los sectores marginados a la delincuencia. Este significativo aumento ha sido enfrentado por el estado con legislaciones represivas, las cuales traen aumento de penas y creaciones de nuevos tipos penales. La respuesta del estado, no es la mejor pero si la adoptada por el gobierno, ha sido concretada por los jueces en el aumento de imposición de medidas de aseguramiento que privan de la libertad.
- b. **La gravedad de los delitos:** La sociedad día a día ha profundizado la crisis de deterioro de sus valores y principios, esto a consecuencia de la falta de educación de todos los niveles y a todas la poblaciones, además de desintegración cada vez más frecuente de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, colorario de esto es que el respeto por el prójimo es cada vez menor, por esto es que las estadísticas nos muestran que los delitos contra la vida, el patrimonio económico en sus modalidades agravadas y calificadas, la libertad sexual, son cada vez más comunes. Los jueces al presenciar este fenómeno han optado por usar más represivamente el aparato judicial, llegando así a derrumbar los principios constitucionales y legales con tal de ofrecer más seguridad para las víctimas y la sociedad.

Estos dos fenómenos son complementarios como ya se había expuesto, pues al aumentar la gravedad y la frecuencia de los delitos, la situación de seguridad en el país se hace más gravosa pues este fenómeno último, no es el único que afecta la armonía social, pues además de la delincuencia existe el terrorismo, la insurrección armada, el narcotráfico y la corrupción entre otras.

En razón de lo anterior, cabe concluir que el aumento de medidas de aseguramiento privativas de la libertad tiene una justificación social, pero no por esto se puede permitir la flagrante violación de la constitución, pues los problemas son en últimas del estado y los particulares no pueden sufrir por esto.

Análisis de los Indicadores:

1. **Frecuencia:** Durante los años transcurridos desde el 2008 hasta el día de hoy, se puede concluir de las encuestas que los jueces han aumentado la imposición de la medida de aseguramiento privativas de la libertad, violando de esta forma el espíritu de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, el cual nos indica que es una medida excepcional para asegurar la comparecencia del imputado al proceso y que no entorpezca la justicia, además de proteger a las víctimas y a la sociedad, siempre y cuando el imputado demuestre objetivamente su renuencia e irrespeto por los fines buscados por tal medida.

Creemos que esto responde a dos factores contundentes, en primer lugar el aumento de la delincuencia y en segundo lugar a la falta de discrecionalidad del juez al examinar de manera objetiva las condiciones des caso.

2. **Gravedad:** Se concluyó que los jueces en Colombia al ejercer la función de control de garantías, imponen más las medidas de aseguramiento basados en dos pilares fundamentales: El primero de estos es la continuidad del delitos, es decir que el delito poco a poco es más común y el juez cree que es necesaria su detención, como en

el caso de los delitos contra el patrimonio económico y el segundo es por la gravedad y la calidad del bien jurídico tutelado que se vulnera, pues en estos casos los encuestados consideran que por ser altamente peligrosos a la sociedad, la medida prospera de manera adecuada, pues esta busca en su teleología, la protección de la víctima y la sociedad.

Categoría 3: Necesidad:

Concerniente a los indicadores anteriormente expuestos se evidencia que a pesar de que el código de procedimiento penal en su artículo 308 establece unos requisitos que por medio de su cumplimiento permite la imposición de la medida de aseguramiento, sigue existiendo subjetividad en las decisiones tomadas por la autoridad judicial en algunos casos, donde a pesar de no existir elementos contundentes aplica la medida privativa que queda bajo la discrecionalidad del juez, desconociendo de esta manera la existencia de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar igual de efectivas y que no afectan la vida en relación del imputado, lo que iría acorde con las disposiciones constitucionales del derecho fundamental a la libertad como regla general, así como el principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo. Finalmente y de acuerdo al tema de la presente investigación es necesario tener en cuenta que si bien los establecimientos carcelarios forman parte de un ítem independiente a la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, no se puede desconocer el estado actual en el cual estos se encuentran, en donde a fin de obtener un proceso de resocialización tal y como lo establece el código penal, tienden a presentar una serie de actos que llegan a perturbar la estadía de quienes en estos centros se encuentran en estado de hacinamiento, y que sufren la violencia,

manifestada como lo expone el artículo de la revista semana titulado “El reto del hacinamiento carcelario al firmar la paz”³⁴, este señala que sin necesidad de tener al imputado privado de la libertad, con interrupción en su vida social, económica, laboral, familiar, sentimental se puede dar la aplicabilidad de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad ³⁵con las respectivas medidas alternativas como el brazalete electrónico que permite la vigilancia, custodia y el cumplimiento de otras disposiciones que presenta el artículo 307 de la Ley 906 del código de procedimiento penal que a disposición del juez se pueden aplicar. Lo último nos lleva a observar que para la aplicación de lo anteriormente expuesto y de acuerdo a los resultados obtenidos, tanto la interpretación como la aplicación de la ley debe realizarse teniendo en cuenta la necesidad, y la proporcionalidad de la medida sin circunscribirse únicamente a razones de represión y encarcelamiento del imputado.

Análisis de los indicadores:

- 1. Objetividad:** De acuerdo a las muestras obtenidas encontramos que las decisiones de los jueces en su mayoría se encuentran permeadas por factores de subjetividad, es decir que además de tener en cuenta los hechos que como fundamento presenta la fiscalía al juez, las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios, el funcionario judicial al momento de tomar su decisión tiene en cuenta factores como las cualidades físicas y psicológicas del sujeto, un ejemplo es el caso de Rosa Elvira Cely donde su victimario Javier Velasco a quien en un estudio psicológico de Medicina Legal le

³⁴ Revista Semana, 27 de agosto de 2014 “ El reto carcelario si se firma la paz” <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-reto-del-hacinamiento-carcelario-si-se-firma-la-paz/400662-3> [Consulta: sábado 6 de septiembre 2014]

³⁵ Artículo 315 del Código de Procedimiento Penal

encuentran semejanzas con Luis Alfredo Garavito quienes cometían delitos con “violencia desordenada, desmedida y extrema a la que sometían a sus víctimas “³⁶; es así como se verifica que su posición y decisión dentro del proceso llega a tener en cuenta razones diferentes a un tipo penal de acto para invadir el ámbito de un tipo penal de autor, desvirtuando la posición que debe tener el juez como director del proceso en su calidad de juez imparcial y objetivo dando plena aplicación de la ley de acuerdo a los hechos presentados y conocidos a este.

2. Medidas no Privativas de la Libertad: De acuerdo a los datos obtenidos encontramos que sin necesidad de tener privado de la libertad al imputado se llegarían a obtener los mismos resultados que estándolo, sin necesidad de afectar otros ámbitos de su vida tales como los sociales, económicos, familiares, sentimentales, laborales, entre otros, todo ello dando plena efectividad a las medidas que establece el artículo 307 de la Ley 906 de procedimiento penal, es decir que con la disposición de recursos necesarios para medidas electrónicas y la adecuada vigilancia y custodia por parte de una persona o institución el imputado pueda seguir con su vida cotidiana sin necesidad de mantenerlo recluido hasta el momento de resolver su responsabilidad en la comisión del acto imputado.

3. Medidas Privativas: En concordancia con los datos obtenidos se puede concluir que si bien es cierto que la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad se muestra como efectiva para la compensación del imputado, es necesario determinar que esta misma puede afectar la vida en relación del procesado cuando se le impone por un largo periodo, concerniente a la afección familiar,

³⁶ Gómez, Oscar Humberto, 28 de octubre de 2012, Temas Forenses, <http://www.oscarhumbertogomez.com/?p=6258>, [Consulta: sábado, 6 de septiembre 2014]

laboral y social; lo que establece, que la imposición puede ocasionar más daño cuando no se tiene la certeza de culpabilidad, haciendo caso omiso a las estipulaciones constitucionales que deontológicamente deben prevalecer sobre las disposiciones procedimentales sobre las cuales recae la discrecionalidad del funcionario judicial. Es además contundente que el estado también resulta damnificado puesto que debido a los anteriormente mencionados la credibilidad en el sistema judicial puede llegar a disminuir como lo ratificado en los encuestados. Es necesario tener en cuenta que de acuerdo a las condiciones de hacinamiento presentadas en los centros carcelarios, deben buscarse soluciones alternativas las cuales descongestionen en primera medida estas sedes y como segunda medida busque la no afección de la vida en relación hasta cuando no se declare la responsabilidad del imputado.

❖ 2.4 OBSTÁCULOS POSIBLES PARA EL ACCESO A LA POBLACIÓN

❖ Los obstáculos que existieron al momento de acceder a la población (juez, fiscal, defensores de las partes) fue presenciar la audiencia en la cual las partes del proceso estaban acudiendo ante el Juez en Función de Control de Garantías, para legalizar la captura de los indiciados, imputación de cargos e imposición de medida de Aseguramiento.

❖ Llevándose a cabo por cerca de 10 horas en las cuales mirábamos como iba avanzando el proceso de manera muy lenta ya que hubo demora por parte de la Fiscalía al exponer el material probatorio para la imputación de cargos, los argumentos del Ministerio Publico frente al material probatorio aportado por la Fiscal, el traslado de estos documentos y el estudio por parte del Juez en Función de Control de Garantías, el defensor que solicito de nuevo mirar el material probatorio después de que se había corrido traslado,

los argumentos del defensor de las dos partes de los imputados, la formulación de la Imposición de la Medida de Aseguramiento³⁷ y los argumentos de la Fiscalía porque era pertinente que la expusiera en esta parte del proceso la Fiscal repitió los documentos de la interceptación de las llamadas a la imputada, la revisión de la Juez de estos documentos para dar su decisión alrededor de 2 horas , y el fallo del Juez de dar viabilidad de Imponer la Medida de Aseguramiento para los dos imputados.

❖ Además se denoto que para realizar la entrevista estas partes del proceso nos respondieron las preguntas con un alto grado de cansancio ya que acababan de finalizar la audiencia , eso asociado que eran las 2 de la mañana en que se llevó a cabo dicho trabajo de campo.

❖ Hay que resaltar que no se pudo realizar la entrevista a los imputados porque ya vinculados al proceso se les copta determinados derechos y se les traslada una vez terminada la audiencia al centro reclusorio.

❖ 2.5 FACTORES FACILITADORES DEL ACCESO, INCLUYENDO LAS CUALIDADES DEL INVESTIGADOR, RELACIONES INSTITUCIONALES Y PERSONALES

❖ En el proceso de realización de la entrevista encontramos determinados facilitadores entre ellos haber presenciado la audiencia durante todo su desarrollo y conclusión.

❖ El ser estudiantes de Derecho nos dio la oportunidad de poder acercarnos al Fiscal, y al Defensor.

³⁷ Artículo 313 del Código de Procedimiento Penal

- ❖ A pesar del cansancio por el que estaban atravesando el Fiscal y el Defensor al finalizar la audiencia, nos atendieron amablemente para contestar las preguntas de la Entrevista, esto como consecuencia de la empatía que hubo entre las partes entrevistadas y los entrevistadores respectivamente.
- ❖ Se nos facilitó que en la Audiencia escogida hubiera imposición de la Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad a los imputados.

3. TRIANGULACION.

La exaltación de los principios y los valores constitucionales como entes jurídicos vinculantes y no como palabras escritas, por parte de Ronald Dworkin, establece que lo más importante en una decisión judicial es su argumentación, es decir la razón que lo lleva a decidir de esa manera.

Esta razón, es esencial al momento de llevar la teoría del profesor Estadounidense al campo practico, pues se observa que en la practica el funcionario judicial, en ocasiones no toma en cuenta los valores y principios que están consagrados en la carta magna para resolver los problemas que se presenten al interpretar adecuadamente las normas de textura abierta que consagran las normas que regulan la institución de la medida de aseguramiento, sino simplemente se remiten a normas legales de inferior jerarquía, y a requisitos contenidos en estas que son taxativamente señalados por el legislador, sin ni siquiera valorarlos de manera adecuada, solo asumiéndolo en su literalidad, desconociendo principios constitucionales de orden superior.

El legislador señala estos requisitos, para evitar la arbitrariedad del juez, pero lo que el legislador no prevé, es que las palabras con las cuales son redactadas las leyes son en algunos casos muy abiertas y se prestan para muchos tipos de interpretación, permitiendo que el juez de una u otra manera motive sus decisiones en algunas ocasiones a través de la interpretación

exegética de las leyes mediante elementos subjetivos, vulnerando de esta forma los principios y derechos fundamentales de la constitución para cada individuo.

Es acá donde la Hermenéutica cobra una vital importancia, pues la interpretación de la Constitución debe ser imperiosa, pues de lo contrario se violaría la supremacía Constitucional del Estado Colombiano. Esto para nuestro caso está consagrado en los artículos 4, 28 y 29, además del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal y los que aparentemente se anteponen a estos, están prescritos en el Código de Procedimiento Penal en los art 306 a 320. Expuestos los argumentos facticos, teóricos y legales de nuestro problema debemos concluir que la medida de aseguramiento privativa de la libertad:

1. No es contraria a la constitución, pues si bien es cierto, los derechos y principios de la constitución deben prevalecer sobre todo, estos no deben entenderse como absolutos, sino más bien relativizados, pues estos derechos pueden entrar en contraposición con otros de igual jerarquía, caso en el cual deben aplicarse los test de razonabilidad y el de proporcionalidad, donde el primer test nos expone “que se deben sopesar los valores y principios sin recurrir a una confrontación lógica de los mismos”³⁸ y el segundo test nos expone que si la norma que restringe el campo de acción del principio o valor es proporcional y justificativa en lo que respecta a la finalidad perseguida por esta.

La labor del juez es una interpretación hermenéutica, porque realiza un análisis de los hechos diferenciados, siendo considerado lo más fácil de su labor, ya que es solo verificar los aspectos empíricos; pero lo difícil radica en la interpretación sistemática de la norma en este caso la ley 906 de 2004 en su artículo 306 y el principio constitucional la libertad personal el artículo 28

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-230/1994 de 13 de mayo. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz

de la Constitución Política y analizar si es justificada la restricción de este derecho como es la libertad personal para conseguir como fin perseguido el curso del proceso.

2. Debe recuperarse su espíritu de excepcional, pues debe mirarse, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada caso y decidir si el derecho del imputado, puede o no primar sobre otros derechos o bienes jurídicamente tutelados.

3. Aplicarse en los estados de flagrancia, y donde los elementos materiales probatorios y evidencia física nos permitan inducir de manera razonable, la posible comisión de una conducta punible.

4. En los demás casos y por beneficio de los derechos constitucionales del imputado, debe aplicarse una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, para así no vulnerar el derecho de la libertad.

De esto se concluye, que la solución al problema consiste en la aplicación de la ponderación judicial, pues la medida de aseguramiento privativa de la libertad se debe imponer en primer lugar en los estados de flagrancia, en segundo lugar cuando previendo los principios, derechos y valores constitucionales así como los elementos materiales probatorios y evidencia física³⁹ se permitan inducir de manera razonable, la posible comisión de una conducta punible, y en tercer lugar cuando el imputado se allana a los cargos; para los demás casos debe proceder una medida de aseguramiento no privativa de la libertad⁴⁰.

³⁹ Artículo 344 del Código de Procedimiento Penal

⁴⁰ Artículo 307 inciso B del Código de Procedimiento Penal

CAPITULO III

Teniendo en cuenta el desarrollo realizado hasta el momento de la situación socio jurídica problemática que se plantea a cerca de como la medida de aseguramiento impuesta en algunos casos bajo la discrecionalidad del juez con función de garantías podría afectar la vida en relación de los procesados, se hace necesario determinar la validez jurídica, desde el campo teórico de la hermenéutica, de dicha imposición privativa de la libertad y reflexionar a cerca de mecanismos alternativos que podrían igualmente asegurar, la comparecencia del imputado en el desarrollo del proceso sin que este represente un peligro para la sociedad o pueda obstaculizar el desarrollo del mismo.

Por lo anteriormente expuesto se hace menester denotar el ordenamiento jurídico en el cual se desenvuelve nuestro problema jurídico y establecer si es factible el desarrollo de la novedad investigativa que se plantea y que corresponde directamente al nuevo paradigma hermenéutico establecido por Ronald Dworkin en su teoría. Siendo conveniente establecer la efectividad de la propuesta y su aplicabilidad para la protección de los derechos fundamentales de los procesados y la debida correspondencia con los principios generales del derecho y demás instrumentos jurídicos que conforman el sistema de justicia.

En primer momento es importante reconocer, que el ordenamiento jurídico colombiano tiene como asiento fundamental la constitución política de 1991, que incorpora valores y principios que tienen que desarrollarse en las leyes provenientes del órgano legislativo y en los decretos expedidos por el poder ejecutivo. Hace parte igualmente del ordenamiento los tratados internacionales ratificados por Colombia, y en el caso de los que hacen

referencia a derechos humanos, estos se instalan en el bloque de constitucionalidad, que los determina al mismo nivel de la carta política.

Lo anterior resulta de gran importancia no solo para la teoría general del derecho, sino para la aplicabilidad por parte de los funcionarios judiciales, que son los encargados de administrar justicia y que tienen el deber de observar no solo las reglas que regulan determinada situación jurídica sino que además tienen la obligación y el deber de aplicar en buena forma los elementos deontológicos y axiológicos en cada etapa procesal, por lo que es válido tener en cuenta como desarrollo adicional que “El juez con función jurisdiccional tiene la facultad discrecional para resolver un caso concreto pero siempre acogiéndose al marco normativo, ya que este saber jurídico determina toda la actividad judicial”⁴¹. Lo anterior no únicamente como sustento jurídico superior, sino también como forma de solución de casos que puedan presentar problemas en su resolución dada las normas de textura abierta⁴² que puedan estar involucradas en el sistema jurídico.

Si bien las reglas son necesarias para el desarrollo procesal y sustancial del derecho, es igualmente necesario que estas, estén acorde con elementos superiores que teleológicamente pugnan por orden justo. Es por eso que la aplicabilidad de los artículos del código de procedimiento penal que regulan la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad (306-320) debe estar acorde necesariamente con los artículos establecidos en la constitución política, los principios generales del derechos y la norma rectora que se encuentra en el artículo 7 de la ley 906 del 2004 que establece la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, que podrá desvirtuarse únicamente mediante sentencia judicial definitiva que establezca la

⁴¹ BRAVO LIRA Bernardino .Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978, 185 p

⁴² DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona. Ed. Ariel, S.A. 2002. Pag.146

responsabilidad penal del imputado, de lo contrario, cualquier duda que se presente será resuelta a favor del procesado⁴³, tal cual como lo establece la norma rectora que se debe desarrollar en la normatividad vigente.

Comporta igual observación el hecho de que una medida de carácter excepcional no puede convertirse en la regla general de aplicación, puesto que la figura de la medida de aseguramiento privativa de la libertad tiene su génesis precisamente en la excepción de aplicabilidad, es decir que para que se establezca la misma tienen que existir elementos certeros de responsabilidad punitiva, los cuales no den lugar a duda o pongan en tela de juicio la inocencia del procesado, puesto que de ser así puede afectársele no únicamente la presunción que reposa sobre él, de no ser culpable, sino además afectar derechos fundamentales inherentes al ser humano que se ven comprometidos en el momento que se exteriorizan o materializan las consecuencias de la privación provisional, que atañen no solamente al sujeto objeto de proceso sino igualmente a su núcleo familiar y social.

Es claro de igual forma que los derechos del ser humano dentro de nuestro ordenamiento jurídico son preponderantes mas no son absolutos, lo que hace que su relativización este a la orden del día, ya que no podría aplicarse irrestrictamente un derecho, cuando este alcance la vulneración de otros bienes jurídicos tutelados, por ejemplo no podría alegarse la no actuación del poder coercitivo del estado cuando una persona pone en peligro la vida, honra y bienes de los demás ciudadanos, alegando el derecho fundamental de la libertad y la libre locomoción. Sin embargo para que exista una sanción determinante, tiene que existir de igual forma elementos de certeza, necesidad y sobretodo actuaciones proporcionales por parte de los estamentos jurisdiccionales que permitan de manera adecuada establecer medidas provisionales que colaboren con la obtención de justicia pero sin ir en contravía de las mismas disposiciones rectoras, establecidas

⁴³ Sentencia C-782 del año 2005. Mag, Ponente : Alfredo Beltran Sierra

precisamente para no violentar derechos a través de actuaciones que generarían daños en el futuro que posiblemente serán irremediables de solucionar y que pueden comprometer no solamente la responsabilidad del estado sino además la confianza depositada en el mismo ordenamiento jurídico por la manera como se surten los diferentes procesos. Es por esta razón que tiene que existir una observación y valoración particular de los casos en donde se establezca una presunción manifiesta a favor de la persona que esta sujeta al riguroso procedimiento que determinara en primer momento la responsabilidad de la comisión de un delito y la medida necesaria y suficiente para el completo desarrollo del procedimiento que permita la sanción o absolución por parte del funcionario judicial encargado para el caso en concreto, quien realizara la aplicación del contenido normativo en su conjunto.

Lo establecido hasta ahora encuentra su sustento factico no únicamente en la condición jurídica de la persona procesada es decir en la afectación de su vida en relación, sino además en la consecuencia social que se desprende del sobre poblamiento carcelario y la duración de los procesos penales dentro del sistema acusatorio. Razones suficientes que denotan que las decisiones judiciales deben no solo estar acorde con el sustento normativo sino además con la situación real que atraviesa el sistema jurídico y penitenciario, que puede agravar los derechos fundamentales no solo de aquel que en la terminación del proceso resulte absuelto habiéndosele impuesto la medida de aseguramiento privativa de la libertad, sino también de todos aquellos que resultasen condenados en el futuro. Lo que haría necesario que la medida se estableciera bajo una certeza que se base por ejemplo en los estados de flagrancia en que encuentras las autoridades a la persona y donde los elementos probatorios y evidencia física nos puedan conducir a una inferencia razonable de la posible comisión de la conducta punible. Todo lo anterior debidamente relacionado con el artículo 28 de la

constitución que hace referencia a la libertad y el artículo 29 de la carta que instruye el debido proceso, sosteniendo de esta forma la presunción de inocencia y obviamente la aplicación permisiva en materia penal. Haciéndose vinculante por ende el artículo sexto de la ley 906 del 2004 que establece el principio de legalidad.

Sin embargo antes de entrar a la reflexión sustancial de la novedad instrumental y su factible aplicación en relación con el ordenamiento jurídico, se hace necesario determinar que la situación en que se encuentran los funcionarios judiciales no es ventajosa, puesto que existe una influencia determinante del poder diacrático que pone en tela de juicio las decisiones de la autoridad judicial en asuntos coyunturales de relevancia pública, exigiendo además apremiantes sanciones disciplinarias por la no imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, centrando al juez del caso particular, en la presunta comisión de una conducta punible como el prevaricato, lo que hace que el criterio del funcionario se vea afectado al momento de decidir y darle prevalencia a los principios y axiomas que se establecen como eje transversal en el procedimiento penal.

Después de efectuar un análisis correspondiente al ordenamiento jurídico interno es menester verificar la validez jurídica de la novedad investigativa de la hipótesis que se planteó en el comienzo para de esta manera determinar si existe una herramienta estructural que permita darle una solución adecuada a la problemática que se desarrolla en razón de la posible discrecionalidad del funcionario judicial al imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad que puede afectar la vida en relación del procesado.

Colorario de lo anterior se establece en primer momento que la novedad instrumental escogida para encontrar una respuesta a la situación socio jurídica inicialmente planteada hace referencia a un nuevo paradigma

hermenéutico por parte del autor Ronald Dworkin, donde se hace una crítica incesante al positivismo y realismo jurídico, donde estos últimos no advierten la importancia de la trascendencia del enfoque político y moral en las decisiones de los funcionarios judiciales como método de superación de la aparente discrecionalidad a la hora de tomar sus decisiones en los casos concretos⁴⁴. De esta manera ya comienza a vislumbrarse una posición interesante que podría tener cabida en el ordenamiento jurídico colombiano, donde no se establece únicamente la pugna por los derechos fundamentales, sino la posibilidad de dar solución en derecho a diferentes casos que podrían generar diversos problemas de orden social y económico.

Se debe iniciar principalmente por la actuación que el juez ejecuta en los diversos procesos en donde nace la disyuntiva de si una persona que no ha sido condenada todavía por sentencia judicial (elemento que desvirtuaría la presunción de inocencia y que relativizaría el derecho a la libertad y a la libre locomoción) debe recibir la privación de la libertad como medida transitoria para evitar algún obstáculo en el proceso como lo sería la no comparecencia a las audiencias o si el procesado presentara un peligro para la sociedad. En este sentido cabría establecer ¿hasta dónde llega la aplicabilidad de los principios contenidos no solo en la carta política sino también en el mismo código procedimental?, que reza que cualquier duda que se llegare a presentar en el transcurso del proceso se absolverá en favor del procesado. Puesto que es evidente que los diversos requisitos que establece el código de procedimiento penal en su articulado del 306 al 320 para la imposición de tal medida no se sustentan realmente en una certeza, no solo por lo prematuro de la actuación penal sino que además son valoración subjetivas que puede llegar a hacer no solo el fiscal sino el juez al imponerla.

⁴⁴ DWORKIN Ronald, Los Derechos en serio, Traducción en Barcelona, Editorial Ariel S.A, 2009, 13 -16 p

Si bien es cierto que la relativización⁴⁵ del derecho a la libertad en algunos casos aparece como necesaria, tiene que corresponder igualmente con la regla de excepcionalidad y no convertirse de aplicabilidad manifiestamente general, dando paso igualmente a medidas de aseguramiento no privativas de la libertad que están estipuladas igualmente en reglas pertenecientes al desarrollo procesal de la ley 906 de 2004. Punto este de gran importancia puesto que es una responsabilidad del estado la ejecución de dichas medidas que garanticen la posibilidad de que se desarrolle un proceso sin ninguna anormalidad y donde el estado no puede excusarse en fallas operacionales o patrimoniales, puesto que estaría violentando los derechos fundamentales de los procesados a costa de elementos procedimentales que tuvo que prever antes de la entrada en funcionamiento del sistema acusatorio que rige el derecho punitivo en Colombia.

Debe establecerse principalmente el concepto de discrecionalidad y como se ejecuta por parte de la autoridad judicial determinando del mismo modo la forma como opera en la práctica, debiendo determinarse los elementos deontológicos y axiológicos que posibilitaran la resolución de la problemática en sí.

En relación a lo anterior el autor Ronald Dworkin de entrada establece que la discrecionalidad tiene dos variantes, siendo una débil, donde se decide de manera argumentada o por medio de juicios y la segunda que es denominada fuerte que es aquella en donde el que está obligado a decidir no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Sin embargo se puede hablar de discrecionalidad según el autor, solo en un contexto y es cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada y existen elementos valorativos que el juez debe analizar para dar respuesta al caso concreto,

⁴⁵RODRIGUEZ MONAGOS Orlando, Debido Proceso Y Medidas de Coerción Personal, Caracas, X Jornadas de Derecho Procesal Penal, 2007, 49 y 50 p

puesto que la norma no logra llenar en su totalidad los elementos facticos, quedando en cabeza del juez la decisión, con base al ordenamiento jurídico y elementos de reflexión y de interpretación⁴⁶. Igualmente se tiene que tener en cuenta que para realizar una definición acertada del concepto de discrecionalidad es necesario acudir en primer momento al autor Alberto Binter quien señala que “El mayor margen de discrecionalidad del juez varía dependiendo el caso concreto, esta discrecionalidad adoptada por el juez al momento de tomar una decisión en un proceso determinado debe ser justificada o si no se estaría incurriendo en arbitrariedad, ya que la sola facultad discrecional no motiva dicha decisión”⁴⁷. Se adiciona también que el problema de no vincular el enfoque moral y político a las decisiones trae consigo que no se limite la discrecionalidad cuando existan los casos difíciles a los que el autor hace referencia, exactamente cuando la norma contiene vacíos en los que la autoridad se atiene a buscar normas regulatorias que le sirvan al caso concreto.

Sin embargo cabe aclarar que la discreción no es equivalente a una libertad que no tenga ningún limitante o que simplemente excluya la crítica, es por eso que es importante establecer la diferencia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad.

En ese orden de ideas, la novedad instrumental vista desde el campo hermenéutico no opta más que por tratar de cubrir esos vacíos jurídicos que puede traer la norma con elementos axiológicos y deontológicos que se encuentran tanto en la legislación como provistos en el desarrollo jurisprudencial y en tratados internacionales. Pues esos elementos sobre los cuales se supone que se tiene que dar un desarrollo legislativo son la base del ordenamiento jurídico y son el puente que permite llegar a la justicia,

⁴⁶ Ibídem pag 13-16

⁴⁷ BINTER Alberto, Derecho Procesal Penal, Santo Domingo, Escuela Nacional de la judicatura, 2006, 572 p

salvaguardando el debido proceso, cuidando así los derechos fundamentales de los procesados. Todo lo anterior con el fin de encontrar una limitante a la discrecionalidad del juez en su manifestación interpretativa, porque si bien es cierto que el ejercicio de impartir justicia no es simplemente una actividad de subsunción y adecuación, también es cierto que existen herramientas predominantes y de aplicación primaria como lo son los principios y valores, por lo que el ejercicio hermenéutico de la autoridad correspondiente no puede saltarse la observación de estos elementos, ya que teleológicamente se constituyeron para un ordenamiento social armónico y justo.

Como consecuencia de lo anterior pretendemos limitar la discrecionalidad con base a unos principios morales y políticos y que estos sean fundantes en una decisión de un caso difícil, y no motivar una decisión discrecional en una coyuntura social momentánea o en el peor de los casos sesgarla. De esta manera debe ser motivada la imposición de las medidas de aseguramiento en principios y valores como la libertad, igualdad y fraternidad que son propios de un sistema liberal y cualquier derecho del sindicado, pues estos según nuestra constitución, solo debe ser privados bajo sentencia judicial y excepcionalmente en otros casos previstos por la ley.

Lo anterior es propio analizarlo desde el punto de vista pragmático no solo en la concepción continental que tenemos de derecho sino en la correlación que tiene los postulados doctrinales con el desenvolvimiento de la administración de justicia propia de nuestra sociedad. Puesto que si bien es cierto existe la necesidad de observar la complejidad de los debates académicos y la composición de los mismos, es en nuestro caso de mayor importancia reconocer la factibilidad de su aplicación en el contexto jurídico, ya que en su esencia los postulados pueden ser deslumbrantes pero también representan una dificultad que no es nueva ni única en nuestro sistema jurídico y es la eterna disyuntiva entre el aspecto deontológico y ontológico, que son circunstancias constantes de reflexión porque impone de la doctrina y de la

misma normatividad algo más que palabras, pues es necesaria la complementación del derecho si se quiere en el plano de la praxis.

De esta manera es necesario trasladar un debate doctrinal a nuestro sistema jurídico, el cual es el de vinculación que se tiene de los principios a nuestro ordenamiento y de su fuerza imperativa, en el sentido en que para nosotros es de suma importancia la dirección que se le dé a estos, puesto que mientras no se aclare esto seguiremos vagando por el sendero de la especulación sin connotar si quiera que a pesar de que la corte constitucional le dé carácter de extra sistemáticos, se denota que puede un conjunto de principios proveer un resultado así este no sea concluyente y de aplicación exacta en todos los caso (pues necesitaría de rigurosidad para evitar la discrecionalidad).

Si bien es cierto, los jueces de manera preferente deben acudir a la ley y solo a criterios auxiliares a falta o en deficiencia de esta, encontramos que en la aplicación de la medida de aseguramiento (restrictiva de la libertad), por un lado los jueces desatienden los requisitos establecidos en el artículo 295 del C.P.C de manera directa y correlativamente el artículo 29 de la Constitución Política en su inciso segundo que hace referencia a la presunción de inocencia, los artículos 7 de la Ley 600/2000 y la Ley 906/2004 sobre presunción de inocencia e in dubio pro reo respectivamente; ello en el sentido de que aun sin existir pleno cumplimiento de las exigencias de la medida de aseguramiento, así como la carencia en el acervo probatorio, insuficiente para dar certeza al juez sobre la necesidad de imponer esta medida restrictiva de la libertad lo hacen, sin siquiera realizar una debida interpretación y aplicación de los principios, valores y disposiciones constitucionales de carácter incluyente en nuestro ordenamiento.

Es así, como encontramos la necesidad de que el funcionario judicial previo a imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, en el uso de

sus facultades discrecionales, que no son absolutas sino limitadas, conforme a principios y valores constitucionales tenga en cuenta estas para no vulnerar derechos de mayor envergadura.

El enfoque que debe tener en cuenta el funcionario judicial al momento de imponer la medida y realizar la respectiva interpretación de la norma se encuentra circunscrito de una manera valida en primer lugar, al tener en cuenta el acervo probatorio presentado por la Fiscalía como base para la imposición de tal medida, es decir la necesidad de que estas pruebas que se hacen conocer ante el juez se encuentren en estado de certeza de lo contrario se presentaría duda que como resultado y con fundamento en el artículo 29 de la constitución política, los artículos 7 de la ley 600/200 y la 906/2004 significaría la absolución del procesado por su presunción de inocencia; en segundo lugar la interpretación adecuada que este debe hacer al ponderar el fin buscado con los medios utilizados que en términos del artículo 295 del C.P.C deben ser necesarios, adecuadas, proporcionales y racionales, esto en consideración de que si bien es el juez el que bajo su discrecionalidad, conforme a la interpretación de la norma aplicada al caso concreto y la consideración que a su bien tenga de las pruebas, toma la decisión de la aplicación también es cierto que esta no debe ser absoluta sino que por el contrario debe tener en cuenta valores sentados como el de la libertad y la justicia contemplados en el preámbulo de la constitución con carácter vinculante de acuerdo a la sentencia C-479 de 1992 y principios como el artículo 2 de nuestra carta política que establece los fines esenciales del estado en donde se encuentra la garantía de los principios.

Concluyendo, encontramos que la manera valida desde la hermenéutica y de acuerdo a la teoría Dworkiniana expuesta en puntos anteriores el funcionario judicial no debe tomar la facultad discrecional que se le otorga de manera arbitraria sino que ella debe estar limitada en el caso concreto a realizar un interpretación y aplicación de los valores y principios constitucionales

mencionados anteriormente puesto que con ello daría fiel cumplimiento a uno de los fines y cometidos esenciales del estado como el de la garantía de los principios y derechos constitucionales sin vulnerar otros del mismo rango como lo son el derecho a la libertad y la presunción de inocencia , este último implícito en lo que se conoce como Debido proceso; además de la interpretación que este debe realizar correlativamente con la norma dispositiva penal y el caso concreto ha de tener en cuenta que en dicho caso la medida debe ser necesaria, razonable y proporcional, conforme a esto encontramos que existen las medidas de carácter no privativo de la libertad como la libertad bajo vigilancia, la prisión domiciliario o el uso de dispositivos electrónicos que aplicadas de manera efectiva por las autoridades de la República llegan al mismo resultado que las de carácter privativa y sin la imperiosa necesidad de afectar la vida del procesado en su ámbito laboral, familiar, personal, emocional máxime cuando se encuentran implícitos derechos fundamentales como el de la libertad y la honra entre otros.

Cabe resaltar finalmente que la exaltación de los principios y los valores constitucionales como entes jurídicos vinculantes y no como palabras escritas, por parte de Ronald Dworkin, enseña que lo más importante en una decisión judicial es su argumentación, es decir la razón que lo lleva a decidir de esa manera. Esta razón, es esencial al momento de llevar la teoría del profesor Estadounidense al campo practico, pues vemos que en la practica el funcionario judicial, a veces no toma en cuenta los valores y principios que están consagrados en nuestra carta magna, para resolver los problemas que se presenten al interpretar adecuadamente las normas de textura abierta que consagran las reglas que regulan la institución de la medida de aseguramiento, sino simplemente se remiten a normas legales de inferior jerarquía, y a requisitos contenidos en estas que son taxativamente señalados por el legislador, sin ni siquiera valorarlos de manera adecuada, solo asumiéndolo en su literalidad, desconociendo principios constitucionales

de orden superior. El legislador señala estos requisitos, para evitar la arbitrariedad del juez, pero lo que el legislador no prevé, es que las palabras con las cuales son redactadas las leyes son en algunos casos muy abiertas y se prestan para muchos tipos de interpretación, permitiendo que el juez de una u otra manera motive sus decisiones con leyes acomodadas a su pensamiento vulnerando los principios y derechos fundamentales de la constitución para cada individuo. Es acá donde la Hermenéutica cobra una vital importancia, pues la interpretación de la Constitución debe ser imperiosa, pues de lo contrario se violaría la supremacía Constitucional del Estado Colombiano.

De esto se concluye, que la solución al problema consiste en la aplicación de la ponderación judicial, concepto este último que puede entenderse como una actuación del intérprete en busca de la armonización de las normas o principios que se encuentran en conflicto⁴⁸, y ampliando el tema de la ponderación cabe resaltar que para la aplicación del método ponderación se debe partir del hecho que, todas las decisiones limitativas de derechos fundamentales deben basarse en principios que persiguen el cumplimiento de fines acordes a la misma constitución.⁴⁹ Por lo tanto la ponderación debe llegar a un equilibrio entre el principio que se sacrifica con la medida limitativa de un derecho (libertad) y el derecho que se satisface con esa medida obstaculizadora necesaria para la consecución del fin legítimo o constitucional (medida de aseguramiento).

Por lo tanto y en relación con lo anteriormente expuesto debe entenderse que la medida de aseguramiento privativa de la libertad se debe imponer en primer lugar en los estados de flagrancia, en segundo lugar cuando previendo los principios, derechos y valores constitucionales así como los

⁴⁸ VILA CASADO, IVAN: Nuevo derecho constitucional antecedentes y fundamentos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá D.C, 2002, p.361.

⁴⁹ ZAVALA EGAS, JORE: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación jurídica. EDILEX S.A, Guayaquil-Ecuador, 2010, p.384.

elementos materiales probatorios y evidencia física se permitan inducir de manera razonable, la posible comisión de una conducta punible, y en tercer lugar cuando el imputado se allana a los cargos; para los demás casos debe proceder una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

CONCLUSIONES

- ❖ Después del trabajo de campo y las indagaciones teóricas se concluyó que uno de los problemas planteados en la investigación, el cual consistían en que la medida de aseguramiento privativa de la libertad era contraria a la constitución, y más concretamente contra el principio del *in dubio pro reo*, pues vulnerado este, se violentan el derecho a la libertad y otros derecho conexos que necesitan de este como presupuesto para ser ejercidos, era un problema aparente pues la doctrina y la corte constitucional deja claro que la contradicción no existe pues la medida de aseguramiento no violenta el debido proceso sino limita el derecho a la libertad por razones jurídicas más importantes, tales como proteger a la víctima, las pruebas y evitar la obstrucción de la administración de justicia.
- ❖ En el sistema jurídico colombiano efectivamente hay un creciente abuso de la medida de aseguramiento usada como una medida más política que jurídica para satisfacer a los medios de comunicación y al adagio popular de que sin cárcel no hay justicia, es por esto que durante el proceso investigativo se logra demostrar la necesidad de que la medida vuelva a ser excepcional y sea impuesta en base a principios y valores constitucionales y no de acuerdo a fines políticos ni subjetivos.
- ❖ Los Jueces en Función de Control de Garantías al momento de adoptar una decisión sobre si se impone o no la medida de aseguramiento deberían observar aparte de la medida privativa de la libertad la sustitución de dicha medida como es la manilla electrónica, prisión domiciliaria, ya que se debería mirar las calidades subjetivas por ejemplo que no es peligro para la sociedad porque es una persona muy

trabajadora y además no presenta antecedentes, ante esta situaciones en un caso en concreto se debería tener en cuenta este beneficio.

- ❖ La propuesta al problema de investigación consiste en la aplicación de la ponderación judicial, pues la medida de aseguramiento privativa de la libertad se debe imponer en primer lugar en los estados de flagrancia, en segundo lugar cuando previendo los principios, derechos y valores constitucionales así como los elementos materiales probatorios y evidencia física se permitan inducir de manera razonable, la posible comisión de una conducta punible, y en tercer lugar cuando el imputado se allana a los cargos; para los demás casos debe proceder una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

BIBLIOGRAFIA

- * BINTER Alberto, Derecho Procesal Penal, Santo Domingo, Escuela Nacional de la judicatura, 2006.
- * DWORKIN Ronald, Los Derechos en serio, Traducción en Barcelona, Editorial Ariel S.A, 2009.
- * DUEÑAS RUIZ Oscar José, Lecciones de Hermenéutica Jurídica, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- * PARDO Y Otto de Ignacio, Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2008.
- * BRAVO LIRA Bernardino .Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- * RODRIGUEZ MONAGOS Orlando, Debido Proceso Y Medidas de Coerción Personal, Caracas, X Jornadas de Derecho Procesal Penal, 2007.
- * SILVERIA SAIN José Tadeo, Temas Actuales de Derecho Procesal Penal, Caracas, Universidad Católica de Andrés Bello, 2002,
- * Hart y la configuración del estado jurisdiccional. Una lectura schmittiana. Colombia, Revista Dikaion, Universidad de la sabana, vol. 22. núm. 17. diciembre 2008.
- * Corte Constitucional C-022 del 1996
- * La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. Bogotá. Colombia, Revista Universitas, Universidad Javeriana, núm. 121. julio-diciembre 2010.

- * ESCOBAR MARTINEZ, Lina Marcela. La actividad Judicial, El texto frente a la realidad. Colombia, Revista Universitas versión electrónica – ISSN 2011-1711. julio-diciembre.
- * La predicibilidad de las decisiones judiciales. Talca, Chile, Revista ius et praxis, Universidad de Talca, vol. 15 núm. 1. .2009.
- * RAMIREZ CARVAJAL, Diana María. Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez Bogotá, Colombia. Revista Diálogos de los Saberes, Universidad Libre, Revista #30.2009.
- * MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. Colombia, Revista Universitas, Pontificia universidad javeriana, núm. 116. Julio-diciembre 2008.
- * SALAZAR ARCILA, Beatriz. El principio de precaución y su aplicación judicial. Bogotá, Colombia. Revista Diálogos de los Saberes, Universidad Libre, Revista #111, 2009, 283-304.
- * VELEZ, ESTRADA, Sergio. La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá, Colombia. Revista Diálogos de los Saberes. Universidad Libre, Revista # 114, 2011.
- * VILA CASADO, IVAN: Nuevo derecho constitucional antecedentes y fundamentos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá D.C, 2002.
- * ZAVALA EGAS, JORE: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación jurídica. EDILEX S.A, Guayaquil-Ecuador, 2010.
- * Corte Constitucional, Sentencia T-230/1994 de 13 de mayo. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

* Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004

* Constitución Política de Colombia

INFOGRAFIA

1. Gómez & Rojas, 2009 por la Universidad José Antonio Páez, Enfoques paradigmáticos y métodos de la investigación cualitativa, http://www.ujap.edu.ve/pasion/index.php?option=com_content&task=view&id=70&Itemid=67 [Consulta: lunes, 17 de Febrero de 2014]
2. Montaña, Lorena, 8 de octubre de 2011 por el Centro de Estudios sobre Innovación y Dinámicas Educativas en Aprender a Pensar, <http://lorefilosofia.aprenderapensar.net/2011/10/08/metodo-fenomenologico/> [Consulta: lunes, 17 de Febrero de 2014]
3. Revista Semana, 27 de agosto de 2014 “El reto carcelario si se firma la paz” <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-reto-del-hacinamiento-carcelario-si-se-firma-la-paz/400662-3> [Consulta: sábado 6 de septiembre 2014]
4. Gómez, Oscar Humberto, 28 de octubre de 2012, Temas Forenses, <http://www.oscarhumbertogomez.com/?p=6258>, [Consulta: sábado, 6 de septiembre 2014]