

**PERTINENCIA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS MEDIDAS DE
ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD BAJO LA LEY 906 DE
2004 EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2012**

JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C.
2016

**PERTINENCIA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS MEDIDAS DE
ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD BAJO LA LEY 906 DE
2004 EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2012**

Presentado por;
JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ

Monografía para optar al título de:
Magíster en Derecho Penal y Criminología

LUÍS GONZALO LOZANO PACHECO
Director

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C.
2016

PRESENTACIÓN

La monografía “PERTINENCIA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD BAJO LA LEY 906 DE 2004 EN EL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2012”, presentada al Centro de Investigaciones – Instituto de Posgrados de la Universidad Libre para optar por el título de Magister en Derecho Penal elaborada por el doctor JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ, hoy 26 de febrero de 2016, en la ciudad de Bogotá, D.C.

DR. JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ

Jonbarsa5@gmail.com

Nota de aceptación

Firma del Presidente del jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá día/ mes/ año

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	8
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA E HIPÓTESIS	15
2. MARCO JURÍDICO.....	16
2.1. Constitución Política de 1991.....	16
2.2. Desarrollo del articulado constitucional en la Ley 906 de 2004	17
2.3 Las medidas de aseguramiento en la Ley 906 de 2004	18
3. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
3.1. Forma y tipo de investigación	19
3.2. Fuentes de información	20
3.3 Población.....	20
4. OBJETIVOS.....	21
4.1. Objetivo general.....	21
4.2 Objetivos específicos.....	21
5. JUSTIFICACIÓN	22
CAPÍTULO PRIMERO.....	24
HISTORIA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO INTERNO	24
1. BREVE HISTORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	24
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PENAL.....	26
3. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS EN COLOMBIA ANTES DE 1991.....	29
3.1. Evolución de las medidas cautelares en Colombia con posterioridad a la Constitución Política de 1991.....	31
3.2 El Acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.....	33
3.3 Las medidas de aseguramiento en las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011.....	34
4. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	40
4.1. La Sentencia C-774 de 2001 como sentencia hito	40
4.2. La Sentencia C-805 de 2002 y los fines constitucionalmente admisibles de las medidas de aseguramiento	46
4.3. La Sentencia C-591 de 2005 y la captura en flagrancia	48
4.4. La Sentencia C-730 de 2005 y las capturas sin orden judicial previa.....	51
4.5. La Sentencia C-318 de 2008 y el principio de proporcionalidad.....	52

4.6. La Sentencia C-1198 de 2008 y la autonomía judicial.....	59
5. CRITERIOS INTERNACIONALES PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	63
5.1. Abuso de la prisión preventiva en México	65
5.2. La prisión preventiva en Chile, un ejemplo a seguir	68
6. REFLEXIÓN FINAL	71
6.1. Avances de la Ley 1760 de 2015	75
CAPÍTULO SEGUNDO.....	78
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS Y RESULTADOS	78
1. LOS DATOS RECOLECTADOS.....	78
1.1. Cuestionario aplicado	82
CONCLUSIONES	87
A. Conclusiones relacionadas con la jurisprudencia constitucional	87
B. Conclusiones relacionadas con el trabajo de campo.....	91
C. Conclusiones relacionadas con los aspectos metodológicos.....	94
ANEXOS	98
Anexo número 1.....	98
Anexo número 2.....	100
Anexo número 3.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	105
A. Bibliografía general.....	105
B. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana	107
C Decisiones de la CIDH	108
D. Cibergrafía	108

Lista de Tablas

Tabla 1 Relación porcentual entre procesos en los que se decidió una medida preventiva	64
Tabla 2 Total de procesos con medida de aseguramiento por año.....	79
Tabla 3 Procesos atendidos en el Distrito Judicial de Tunja.....	80
Tabla 4 Porcentaje de procesos con medidas de aseguramiento.....	81

INTRODUCCIÓN

El derecho penal es el instrumento de control social por excelencia, su monopolio radica exclusivamente en cabeza del Estado, que ostenta el ejercicio de la fuerza y la represión por medio de una atribución que no es irrestricta, pues desde la teoría política clásica, tanto antigua como moderna, se reconoce que dicha facultad solo debe ser ejercida en casos excepcionales, en cuanto que la regla general dentro de los modernos *Estados de derecho*, implica tanto la conservación de la libertad como la inviolabilidad de los derechos básicos y fundamentales de los asociados; incluida, desde luego, la presunción de inocencia, la cual debe ser desvirtuada por el aparato judicial dentro de un proceso ajustado a derecho¹.

En nuestro país, esta regla general que comprende la libertad y la presunción de inocencia, se ha visto seriamente amenazada por una amplia serie de fenómenos políticos y sociales que van desde el *populismo judicial* hasta el desconocimiento, por parte de los legisladores y de algunos funcionarios judiciales, de los requisitos necesarios para la imposición de medidas cautelares personales privativas de la libertad.

Estos fenómenos hacen parte de cierta tendencia social fortalecida por algunos sectores políticos, que desde los medios de comunicación propenden por el endurecimiento de las penas y la casi generalización de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, vistas como la única salida viable para combatir la criminalidad.

Un buen ejemplo puede verse en los casos con lesiones no fatales u homicidios causados en accidente de tránsito, donde los medios de comunicación se empeñan en solicitar la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y penas elevadas, destinadas a cumplir una función ejemplarizante², lo que dio origen, entre otras situaciones,

¹ Cfr. ABRIL, Ernesto. *Las limitaciones del soberano*. 1ª ed., Ediciones Fontamara, México, D.F, 1998.

² Cfr. BENAVIDES MORALES, David. *LA PROTECCIÓN DE LA COMUNIDAD COMO FIN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA*. En; MORENO RIVERA, Luis Gustavo (Coordinador). *Temas Actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*. EDICIONES relacionados NUEVA JURÍDICA, Bogotá, 2014, pp. 147 a

a que a finales del año 2013, se expidiera una norma destinada a castigar con medidas más severas y drásticas a quienes conduzcan vehículos automotores bajo los efectos del alcohol.

Esta nueva normatividad más rígida y severa en relación con los conductores ebrios se acogió mediante la Ley 1696 del 19 de diciembre de 2013, que en su artículo 2° consagra una circunstancia de agravación punitiva para el homicidio culposo, según la cual: “(...) si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1° o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria”.

Este fenómeno socio-jurídico denominado *populismo judicial*, parte de una creencia errada, según la cual, el incremento de las penas y sanciones va a repercutir en la desaparición o disminución ostensible del delito. O en otros términos, parte de creer que la pena por sí sola cumple la función de prevenir el delito. Olvidando así que la represión penal es, tal como lo dijimos iniciado esta introducción, la “última ratio”, el último recurso al que debe acudir el Estado para defender tanto a la sociedad como al ciudadano. Seguir el juego del *populismo judicial* implica, por lo tanto, caer en la trampa de la proliferación legislativa, los aumentos de la penas, la detención generalizada y las medidas improvisadas, desdibujando así los principios y valores axiales del Estado social de derecho, y entre ellos, claro está, el de presunción de inocencia³.

En este punto cabe citar las palabras del catedrático y tratadista Luis Ernesto Chiesa Aponte, quien al ser entrevistado sobre el aumento de las penas como medida para disminuir la criminalidad en Colombia, señaló: “El endurecimiento de la pena no garantiza nada, ya que si una persona cree que existe un 1% de probabilidad de que le impongan una

168.

³ FAJARDO HOYOS, Nilsa. *Por la seguridad y convivencia ciudadana*. Popayán: Universidad Católica de Colombia, 2007. [citado el 28-07-08]. Disponible en: http://www.uccpopayan.edu.co/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=81&Itemid=83.

pena de 99 años (...) no le parece tan problemático porque no cree que lo van capturar y a condenar. En cambio, si una persona sabe que existe un 90% de probabilidad de que le impongan una pena de 6 años, se abstendrá de delinquir”⁴.

Todo lo anterior se comprende cuando se tiene en cuenta que el *Estado social de derecho* exige que aún las medidas –más– represivas y restrictivas se enmarquen dentro de ciertos postulados de *proporcionalidad* y *necesidad*⁵, que figuran como necesarios e indispensables para entender la existencia de una figura como las “*medidas de aseguramiento privativas de la libertad*” al interior de un Estado que ha elevado a rango constitucional la presunción de inocencia.

Y es que dentro del amplio abanico de medidas con que cuenta el Estado colombiano para garantizar la seguridad jurídica, las medidas de aseguramiento, y especialmente las privativas de la libertad, son las que más críticas y debates han suscitado. Punto en el cual cabe recordar que el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, las clasifica en privativas de la libertad y no privativas de la libertad, veamos:

A). *Privativas de la libertad*: 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión, 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esta ubicación no obstaculice el juzgamiento, y B). No privativas de la libertad, entre las que se señalan los mecanismos de vigilancia electrónica, presentaciones periódicas ante la autoridad y la prohibición de salir del país o de concurrir a determinados lugares o reuniones, entre otras muchas medidas.

⁴ CHIESA APONTE, Luis Ernesto. *Entrevista*. En: Moreno Rivera, Luis Gustavo. *El falso testimonio*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2014, p. 148.

⁵“(…) la Proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional – buscan asegurar que el poder público actúe dentro del marco del Estado de Derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales del Estado de Derecho (artículo 1 CP) fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP)”. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-916 de 2002. Mp. Manuel José Cepeda Espinosa.

Siendo el principal interés y la justificación de este trabajo, el estudio de las primeras – medidas privativas de la libertad–, por ser las que afectan la regla general de la libertad y el principio fundamental de la presunción de inocencia. Luego, este trabajo se justifica en la medida en que logre determinar **el impacto y la relación existente entre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y el número total de procesos adelantados en el Distrito Judicial de Tunja entre los años 2010 a 2012**, puesto que la prisión procesal – nombre que le otorga la doctrina– , siempre ha sido considerada como una injusticia necesaria:

“Hasta el hartazgo se ha manifestado que el Estado ejerce la administración de justicia penal monopólicamente; es hora de plantearse si en este aspecto es un buen administrador, y si ese rótulo se le adjudica por imponer mayor cantidad de castigo anticipado. Históricamente ha merecido críticas desde todos los ángulos y enfoques, desde Hobbes hasta Carrara, pasando por Diderot y Bentham. Sin embargo, recién en la década del 70 se alzaron las voces implorando su supresión, porque siempre antes se le considero -al decir de Carrara- como una injusticia necesaria”⁶.

Tanto la Carta Política de 1991 como la Ley 906 de 2004, son claras al señalar las condiciones que deben cumplirse para imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, así como lo que se persigue con la imposición de la misma. Punto en el cual, solo podemos señalar, así parezca una perogrullada, que el impacto de dichas medidas solo puede medirse en relación con el sentido del fallo; pues una decisión absolutoria o revocatoria, indicaría que la medida privativa de la libertad fue excesiva e innecesaria, mientras que un fallo condenatorio terminaría por indicar tanto la pertinencia como la efectividad de la medida, y por ende, un impacto positivo en relación con lo que la misma pretende.

En esta opinión coincidimos de nuevo con Nardiello, específicamente cuando este autor señala las consecuencias nefastas que la punición anticipada acarrea, y entre ellas, el hacinamiento carcelario:

⁶ NARDIELLO, Gabriel. *La prisión procesal*. Hispania Libros y Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2007.

“La forma de punir anticipadamente que eligió el Estado, más allá de los principios jurídicos violados, le acarreó conflictos hasta en el orden administrativo; basta ver las estadísticas de las unidades carcelarias que demuestran con justa matemática la desproporción que existe en la cantidad de ‘condenados’ y ‘procesados’, traducido en una superpoblación que hace imposible –entre otros motivos– llevar a cabo la ‘resocialización’ y ‘reeducción’, fines maltrechos de la ejecución de la pena”⁷.

Para concluir, es necesario reiterar que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad son, en el actual derecho penal de corte garantista, de aplicación excepcional, por la evidente y necesaria materialización del derecho fundamental a la presunción de inocencia – artículo 29° Constitución Política– decantado, como norma rectora en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, además de la aplicación del derecho fundamental a la libertad –artículo 24° de la Constitución Política y 2° de la Ley 906 de 2004– . Por lo cual, muchos tratadistas no han dudado en afirmar que las medidas de aseguramiento son filosófica y dogmáticamente hablando, inconstitucionales, además de contradictorias, en tanto que no resulta correcto presumir la inocencia y al mismo tiempo privar de su libertad al sindicado –persona no condenada–⁸.

Frente a este cuestionamiento y con el ánimo de justificar la imposición de las medidas de aseguramiento, la jurisprudencia constitucional ha debido realizar un esfuerzo teórico al que solo se puede calificar de considerable, y por medio del cual ha catalogado las medidas privativas de la libertad como *medidas excepcionales*, cuya aplicación debería darse exclusivamente en los casos donde se pretenda cumplir con alguno de sus múltiples fines, legales y constitucionales. Lo contrario, supone el menoscabo de la garantía de presunción de inocencia, por lo cual se exige al juez que impone la medida, la realización de un adecuado ejercicio de ponderación, en el cual se deben observar los siguientes presupuestos:

⁷ NARDIELLO, Gabriel. Óp. Cit., p. 24.

⁸ **Detención preventiva.** Es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que ella comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones y exige que la medida se aplique cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

a). Un primer presupuesto que puede ser denominado como **fáctico**, se vincula con lo preceptuado en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, el cual exige la revisión de los elementos materiales probatorios existentes, la evidencia física o la información que se haya obtenido en forma legal, y de la cual se pueda inferir en forma razonable que el imputado es autor o partícipe del hecho que se le imputa, y que por lo mismo puede obstruir el ejercicio de la justicia, que pueda representar un peligro para la sociedad o la víctima, y que además, resulte probable que no comparezca al proceso o incumpla la sentencia. Criterio de necesidad.

La literalidad del artículo 308 nos indica que el juez de control de garantías a petición de la Fiscalía decretará la medida de aseguramiento: “(...) cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”, a lo que el mismo artículo suma el cumplimiento de unos requisitos específicos: 1°. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia, 2°. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y 3°. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

b). Un segundo presupuesto, también **legal**, nos remite del artículo 308° de la Ley 906 de 2004 al 313 del mismo estatuto, pues de no cumplirse, en el caso concreto, lo preceptuado por el artículo 313, no habría lugar a decretar la detención preventiva.

La literalidad del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, nos indica que una vez satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario en los siguientes casos: 1°. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, 2°. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena previsto por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, 3°. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código

Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, 4°. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

c). Un tercer presupuesto denominado **constitucional**, surge a partir del acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual se hace imperativo que al momento de aplicar una medida de aseguramiento privativa de la libertad, el juez de control de garantías adelante un examen constitucional sobre la misma. Realizando un análisis comparativo entre la necesidad de la medida y la afectación del derecho fundamental a la libertad, donde deberá tener en cuenta elementos de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, tal como se verá en el recuento jurisprudencial que se presenta páginas más adelante.

Este presupuesto de rango constitucional, parte de considerar que la prisión preventiva debe operar como una figura excepcional. Criterio que viene siendo, no solo insinuado, sino abiertamente propuesto por la Corte Constitucional, corporación que en añeja jurisprudencia –año 1998–, ya se pronunciaba sobre el tema, en un fragmento extenso, que por su relevancia transcribimos íntegro:

“La Corte es consciente de que el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y construcciones. Todo parece indicar que en el país sigue primando una concepción carcelaria del derecho penal. Mientras esta concepción continúe imperando nunca habrá suficiente espacio en las prisiones”. (...) Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como reglas de Tokio”⁹.

Posteriormente se pronunció la Corte Constitucional sobre el tema, en diferentes fallos que se analizarán en el cuerpo de la presente investigación, y entre ellos: C-774 de 2001, C-805 de 2002, C591 de 2005, C-730 de 2005 y C-1198 de 2008.

⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-153 de 1998. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA E HIPÓTESIS

Como quiera que el problema planteado está estrechamente relacionado con lo que hemos venido llamando “pertinencia legal y constitucional” de las medidas de aseguramiento en el Distrito Judicial de Tunja, la hipótesis de este trabajo necesariamente habrá de estar vinculada a determinar el grado de acatamiento de los mandatos legales y constitucionales por parte de los jueces encargados de tal labor en dicho distrito judicial. Luego, el planteamiento habrá de formularse en los siguientes términos: ¿Cuál ha sido el papel de los jueces de control de garantías en la aplicación de los parámetros legales y constitucionales establecidos para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad en el Distrito Judicial de Tunja?

Aquí debemos señalar que nos hallamos frente a dos **hipótesis**, que se encuentran dependiendo de los resultados que arroje la información recaudada. En primer lugar, que los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja, estén haciendo una aplicación adecuada de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, lo que puede evidenciarse en su consonancia con la cantidad de medidas impuestas en el Distrito en relación con la media nacional. En segundo lugar, puede presentarse que la cantidad de medidas de aseguramiento impuestas superen la media nacional, lo que pondría en evidencia el desconocimiento de las exigencias legales y constitucionales a la hora de imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad, en el Distrito Judicial de Tunja.

2. MARCO JURÍDICO

2.1. Constitución Política de 1991

Este marco jurídico necesariamente ha de iniciar por la Constitución Política de 1991, y no solo por el hecho de que la misma sea *Norma de normas*, sino porque en ella se consagra todo lo relacionado con el derecho a la libertad de los colombianos, y todo lo que en ella se establece sobre este derecho fundamental, se plasma, igualmente, en el actual Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

En relación con el derecho a la libertad en el PREÁMBULO de la Constitución Política de 1991, puede leerse: “Y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, **la libertad** y la paz” (Resaltado no original).

En cuanto a los artículos de la Constitución Política de 1991 que hacen relación, directa o indirecta, al tema tratado en esta investigación, encontramos los siguientes: Artículo 1. Dignidad Humana. Artículo 2. Fines del Estado. Artículo 4. Normas de Normas. Artículo. 24. Sobre la libertad ambulatoria o de locomoción. Artículo. 28. El cual señala que toda persona es libre. Y desarrolla las limitaciones que se le imponen al Estado para intervenir en la libertad de las personas. Artículo. 29. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas. Artículo 30. Hábeas Corpus. Artículo. 32. Sobre la captura en flagrancia.

Artículo 93. Incorporación de Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos. Artículo. 250. Sobre el régimen de detención procesal.

Además, se debe tener en cuenta que para restringir la libertad conforme al artículo 28 constitucional, se tendrán que actualizar los requisitos constitucionales previstos por el artículo 250 numeral 1, previa solicitud de la Fiscalía;

- ❖ Necesidad de comparecencia del imputado.
- ❖ Conservación de la prueba.
- ❖ Protección a la comunidad y en especial a las víctimas.

2.2. Desarrollo del articulado constitucional en la Ley 906 de 2004

El artículo 28 constitucional tiene su correspondiente desarrollo en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, veamos; Artículo 2º de la Ley 906 de 2004, el cual establece en su párrafo primero que toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. En el párrafo tercero, se señalará que en todos los casos se solicitará control de legalidad ante el juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis horas siguientes.

Sin embargo, será en el párrafo 2 del artículo 2º de la Ley 906 de 2004, donde se desarrolla el artículo 250 constitucional, en los siguientes términos:

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

Por su parte, el artículo 32 constitucional se desarrolla en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, el cual establece la definición de flagrancia al hablar de la persona sorprendida y aprehendida al momento de cometer el hecho. Persona sorprendida e individualizada al momento pero capturada en forma inmediata. Capturado con elementos u objetos que indican su compromiso en el delito.

El artículo 302 de la Ley 906 de 2004 por su parte desarrolla el contenido del artículo 32 constitucional en lo que tiene que ver con el procedimiento en casos de flagrancia, y donde señala que el capturado deberá ser conducido ante la fiscalía o la policía. Si la captura es legal y el delito es de aquellos que comportan medida de aseguramiento debe presentarlo el fiscal antes de las 36 horas ante el juez de garantías, para que se pronuncie sobre la legalidad y demás solicitudes.

2.3 Las medidas de aseguramiento en la Ley 906 de 2004

Dentro de la Ley 906 de 2004, y a partir del artículo 306, se regula todo lo referido a las medidas de aseguramiento. Artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. Artículo 307. Clases de medidas. Art. 308. Fines constitucionales de la medida. Artículo 309. Obstrucción de la justicia. Artículo. 310. Peligro para la comunidad. Artículo 311. Peligro para la víctima. Artículo 312. No comparecencia. Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva, requisitos objetivos. Artículo. 314. Sustitución de la detención preventiva por domiciliaria. Artículo 315. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Artículo 316. Incumplimiento. Artículo 317. Causales de libertad. Artículo 318. Solicitud de revocatoria. Artículo 319. De la caución. Artículo 320. Informe sobre medidas de aseguramiento¹⁰.

¹⁰MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. *Régimen Penal Colombiano*. Editorial Legis, Bogotá, 2007, pp. 937 a 941. Sin más datos.

3. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

3. 1. Forma y tipo de investigación

En cuanto a la forma de la investigación, tenemos que el presente trabajo corresponde a una **investigación básica jurídica**, entendida como aquella que indaga lo “atinente a las norma jurídicas, la jurisprudencia y la doctrina”, así como son básicas, igualmente, las investigaciones que se relacionan con las diferentes áreas del derecho, para el caso específico, el derecho penal¹¹.

En cuanto al tipo de investigación se debe señalar que la misma goza de un carácter mixto: en primer lugar, en cuanto posee ciertas cualidades propias del tipo de investigación denominado exploratorio, puesto que en el caso concreto se trata de “examinar un problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes”¹² y sobre el cual es evidente la inexistencia de bibliografía. Así mismo, esta investigación, posee ciertas características propias de las investigaciones correlacionales, entendiendo por tales, las que tienen como finalidad o propósito medir el grado de relación existente entre dos o más conceptos variables en un contexto particular¹³. Para el caso concreto, lo que se intentará establecer es la pertinencia legal y constitucional al momento de imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad en el Distrito Judicial de Tunja, punto que hace necesario correlacionar el número de éstas medidas, con la media nacional.

¹¹ Cfr. VANEGAS TORRES, Gustavo y otros. *GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO*. Editado por la UNIVERSIDAD LIBRE, FACULTAD DE DERECHO, CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS, Bogotá, 2002, p. 35.

¹² VANEGAS TORRES, Gustavo y otros. *Óp.*, cit., p. 19. Igualmente; HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. Segunda edición, Editorial Mc Graw Hill, México D.F., 1998, p. 15.

¹³ VANEGAS TORRES, Gustavo y otros. *Óp.*, cit., p. 40. Igualmente; HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. Segunda edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1998, p. 62.

3.2. Fuentes de información

En este trabajo se han privilegiado las fuentes primarias, puesto que las mismas son el producto de la aplicación de instrumentos de recolección de información por parte del investigador¹⁴, como en el caso bajo examen, donde se adelantaron las tareas necesarias para recolectar información relacionada con: la cantidad de procesos adelantados del 1° de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012 en el Distrito Judicial de Tunja, en cuántos de éstos se impuso medida de aseguramiento privativas de la libertad, cuál es la media nacional de medidas de aseguramiento y encuesta resuelta por los Jueces de Control de Garantías pertenecientes al Distrito Judicial de Tunja.

Como fuentes secundarias empleamos un amplio catálogo de material bibliográfico que se vincula a tres temáticas específicas: aspectos históricos antes y después de la vigencia de la Constitución de 1991. Derecho comparado sobre la imposición de medidas de aseguramiento en: México, Brasil, Perú, Bolivia Chile y Argentina; en relación con las medidas de aseguramiento en nuestro país. Desarrollo jurisprudencial que ha tratado el tema sobre la procedencia con la imposición de medidas de aseguramiento soportado en Principios Constitucionales como lo es la Razonabilidad, Necesidad, Idoneidad y Proporcionalidad en sentido estricto, de la medida.

3.3 Población

El universo de estudio está conformado por los jueces de control de garantías correspondientes al distrito judicial de Tunja y que comprenden los municipios de; Tunja, Oicatá, Chivatá, Motavita, Cucaita, Soracá, Boyacá, Siachoque, Sotaquirá, Tuta, Arcabuco, Toca, Turmequé, Ventaquemada, Chíquiza, Nuevo Colón, Samacá, Cómbita, Sora, Villa de Leyva, Sáchica, Gachantivá, Sutamarchán, Tinjacá, Santa Sofía, Ráquira, Chiquinquirá, Caldas, Briceño, Tunungua, Buenavista, Maripi, Saboyá, San Miguel de Sema, Otanche,

¹⁴ VANEGAS TORRES, Gustavo y otros. Óp. Cit., p. 48.

Muzo, Quípama, La Victoria, Guateque, Almeida, Chivor, Guayatá, Somondoco, Sutatenza, Tenza, La Capilla, San Luis de Gaceno, Santa María, Garagoa, Miraflores, Berbeo, Campo Hermoso, Páez, San Eduardo, Zetaquirá, Ramiriquí, Ciéneqa, Jenesano, Tibaná. Viracachá, Moniquirá, Santana, Chitaraque, Togui, San José de Pare y Rondón, entre otros pocos de menor importancia por su escaso tamaño y las pocas noticias criminales que en ellos se presentan.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo general

Establecer la pertinencia legal y constitucional de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en el Distrito Judicial de Tunja, entre los años 2010 a 2012, en relación con la Ley 906 de 2004.

4.2 Objetivos específicos

- Determinar el número de medidas de aseguramiento impuestas entre los años 2010 a 2012, en el Distrito Judicial de Tunja, bajo el sistema de la Ley 906 de 2004.
- Establecer qué tan efectivas resultan en el Distrito Judicial de Tunja, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, en relación con la protección de la prueba y la protección de la sociedad y las víctimas.
- Proponer mecanismo y soluciones que permitan aumentar la efectividad de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad con la aplicación de criterios jurisprudenciales, con la finalidad de disminuirlas (en caso de que la encuesta arroje resultados negativos).

5. JUSTIFICACIÓN

El tema propuesto para esta investigación parte de considerar que la gran mayoría de los trabajos académicos realizados al interior de las facultades de posgrado en el área de derecho, pecan por cierta sobre-teorización, donde el resultado, que es la investigación misma, en muchas ocasiones y en el mejor de los casos, no pasa de ser una revisión juiciosa de bibliografía existente, sin mayores aportes teóricos o prácticos al tema investigado.

Punto en relación con el cual se hace necesario tener en cuenta que, uno de los objetivos al cursar una maestría –posgrado con carácter eminentemente investigativo– es el poder concluir aportando soluciones jurídicas al tema planteado, tal como lo exige el Ministerio de Educación Nacional por medio del Decreto 1001 del 03 de abril de 2006¹⁵, el cual en su artículo 6° es claro al señalar que las maestrías podrán ser de profundización o de investigación. Las primeras tienen como propósito profundizar en un área del conocimiento y el desarrollo de competencias que permitan la solución de problemas (...) El trabajo de grado de estas maestrías podrá estar dirigido a la investigación aplicada, *el estudio de caso, la solución de un problema concreto o el análisis de una situación particular*.

Esta investigación que tiene una orientación estrictamente pragmática, abordará una situación particular dentro de unas coordenadas espacio-temporales claramente delimitadas, en relación con la pertinencia legal y constitucional de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, las cuales deberán ser confrontadas tanto con el porcentaje de sentencias condenatorias como con el de medidas revocadas. Sin embargo, aún no puede decirse que la presente investigación pretenda o pueda solucionar un problema jurídico concreto, puesto que al ser una investigación *exploratoria*, actualmente desconocemos si dicho problema realmente existe, y de existir, cuál sea su complejidad. Punto en el cual, tras recolectar e interpretar la información necesaria, se abren dos posibilidades de acuerdo a los datos que se obtengan:

¹⁵ Congreso de la República de Colombia. Decreto No. 1001 del 03 de abril de 2006. Por medio del cual se organiza la oferta de estudios de posgrado y se dictan otras disposiciones.

1ª. Que en el Distrito Judicial de Tunja las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se estén aplicando en concordancia con lo exigido por la jurisprudencia constitucional, y que por lo tanto, se estén cumpliendo las finalidades legales y constitucionales fijadas para tales medidas.

2ª. Que en el Distrito Judicial de Tunja las medidas de aseguramiento privativas de la libertad NO guarden correspondencia con lo que ha establecido la jurisprudencia constitucional, lo que se evidenciaría en un número elevado de medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Aclarando que para considerar si el número resulta o no elevado se toma como parámetro de contrastación la media nacional.

En el primer caso puede decirse que no se presenta problema alguno, y que por el contrario, se estará demostrando la efectividad del sistema de justicia y de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Mientras que en el caso segundo, se deberán analizar las causas de la escasa pertinencia, que necesariamente, estarán siempre vinculadas a una indebida aplicación de la norma y la jurisprudencia por parte del operador judicial. Punto en el cual se tendrán, además, que ofrecer las posibles soluciones, las cuales deberán caracterizarse por ser generalizables al ámbito nacional, lo que constituiría un gran aporte.

CAPÍTULO PRIMERO
HISTORIA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y EVOLUCIÓN EN EL
DERECHO INTERNO

1. BREVE HISTORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Por otra parte, todo malhechor, cuando ataca el derecho de la sociedad se convierte por sus crímenes en rebelde y traidor a la patria; el cesa de ser miembro de ella violando sus leyes, e incluso le hace la guerra. Entonces la conservación del Estado es incompatible con la suya; es necesario que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable es menos como ciudadano. Que como enemigo. Los procesos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que él ha roto el tratado social y, en consecuencia, ya no es miembro del Estado. Jean Jacques Rousseau.¹⁶

En este apartado presentaremos un breve recuento histórico de las medidas cautelares a partir de la división doctrinal clásica entre medidas cautelares reales y personales, con la correspondiente subdivisión de esta últimas en privativas de la libertad y no privativas de la libertad.

En relación con el origen histórico de las medidas de aseguramiento, lo primero será señalar que nuestras actuales medidas de aseguramiento encuentran su origen en una figura propia del derecho civil romano que se conocía como “*arraigo*”, y cuya traducción se vincularía con el acto de *echar raíces*, asentarse en un sitio determinado y permanecer en él. Con lo cual se pretendía que el demandado no pudiera abandonar la jurisdicción dentro de la cual habitaba con el fin de evadir su responsabilidad.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Parte II, Capítulo V. Editorial Folio, Madrid, 1990.

En relación con el sentido que nos atañe, el DRAE define la palabra *medida* como disposición o prevención, así por ejemplo, la expresión “tomar medidas” frente a una determinada situación. Dentro del mismo término se definen las medidas cautelares como aquellas que: “se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia. Se utilizan también en el procedimiento administrativo”¹⁷.

Retomando el recuento histórico encontramos que una de las instituciones que guardaba mayor similitud con las actuales medidas cautelares era la que en el derecho romano se conocía como “*Pignoris Capió*”, destinada a presionar y garantizar el pago, al facultar al acreedor para retener o hacerse con un determinado bien del acreedor, para lo cual se requería la manifestación de la correspondiente formulación legal, la cual debía contener las palabras legales adecuadas y precisas, sin que se hiciera necesaria la intervención de magistrado alguno. Igualmente, esta medida podía ser decretada por el magistrado en los casos en que alguno de los ciudadanos desconociera sus mandatos.

Posteriormente, y como evolución de las medidas cautelares encontramos en el derecho romano la figura denominada “*procedimiento formulario*”, donde en presencia de las partes –demandante y demandada– el magistrado redactaba un documento en el cual se determinaba que el objeto sobre el cual recaía el litigio no podría ser enajenado, ni destruido, ni desmejorado. Medida con la cual se buscaba garantizar la efectividad de las pretensiones.

Luego, puede concluirse que dentro del derecho civil romano las medidas cautelares surgen con el fin de asegurar la efectividad de las pretensiones al garantizar que lo decidido en la sentencia se pueda cumplir.

¹⁷ Ver. Diccionario de la Real Academia Española – DRAE. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=medida> consultado por última vez el 15 de julio de 2015.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PENAL

Se exponen en este apartado las medidas cautelares correspondientes de manera exclusiva al derecho penal, donde encontramos medidas cautelares reales y personales, y entre estas últimas, no privativas de la libertad y privativas de la libertad. Señalando la tensión que se afronta en estas últimas, debido a que aun existiendo presunción de inocencia el Estado entra a privar de la libertad a los ciudadanos.

Las medidas cautelares no han sido un patrimonio exclusivo del derecho civil, pues dentro del derecho penal también operarían, con una variante relativa a los requisitos para su aplicación, los cuales deben tornarse mayormente complejos y restrictivos, dado que como lo señala la doctrina: “Las medidas cautelares en el proceso penal afrontan la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo Estado de derecho de respetar los derechos del individuo sujeto a proceso. Esta es la tensión inherente al diseño del proceso penal, sin embargo, es en el ámbito de la prisión preventiva donde puede observarse con toda crudeza”¹⁸.

Sin embargo, como lo señala el tratadista argentino Gabriel Nardiello –y se ha recalcado hasta el hartazgo– el Estado ejerce el poder punitivo en forma monopólica, por lo cual es hora de plantearse si es o no un buen administrador de dicho poder. Al respecto señalará el mencionado tratadista que:

“El ejercicio del derecho subjetivo de punir anticipadamente ha desvirtuado años de lucha por el respeto de derechos mínimos en cabeza del ciudadano. El principio *nulla poena sine iudicio* ha sido arrojado por la ventana como si fuera un sobrepeso en un aeroplano que está por estrellarse. Desde los revolucionarios franceses en su histórica Declaración de los derechos del Hombre y de ciudadano, hasta el pacto de San José de Costa Rica, ha quedado bien claro que no deben existir dudas en cuanto a que el principio de inocencia es un estado que acompaña a la persona sometida a un proceso

¹⁸ CHACÓN ROJAS, Oswaldo. *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO*. Editado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación Para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México D.F., 2006, p. 14.

hasta una sentencia condenatoria que lo declare así. Léase que se trata de un estado y no de un principio declarativo, el cual podría admitir en ciertos casos alguna presunción que establezca lo contrario. Como se expresó, es un error que trae consecuencias inmedidas al creer que es una presunción”.¹⁹

Luego, se hace evidente la necesidad de alcanzar un cierto estado de equilibrio, en el cual, se garanticen tanto los derechos fundamentales del sujeto sometido a juicio como el derecho de la sociedad y de las víctimas a que se dé una sentencia y a que se obtenga reparación. Punto en el cual juegan un gran papel las medidas de punición anticipada, pues con ellas se busca –al igual que en el derecho civil– minimizar el riesgo de que durante el transcurso del proceso se realicen actos o conductas que entorpezcan la investigación o imposibiliten el cumplimiento de la sentencia.

En el actual Código Penal, Ley 906 de 2004, artículo 307, se dividen las medidas de aseguramiento en:

a). Privativas de la libertad; 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión, y 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

b). No privativas de la libertad. Entre las que se señalan; 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que le designe, 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho de defensa, 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de

¹⁹ NARDIELLO, Gabriel. *LA PRISIÓN PROCESAL*. Editado por Ciudad Argentina e Hispania Libros, Buenos Aires, 2007, p. 25.

dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes a la fianza de una o más personas idóneas, 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6; 00 p.m. y las 6:00 a.m.

3. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS EN COLOMBIA ANTES DE 1991

En este acápite se presenta un breve recuento histórico de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, especialmente de la prisión preventiva a lo largo del siglo XX en Colombia, hasta llegar al año de 1991 en el cual se expide una nueva Carta Política.

El Código Penal del año 1938 en su artículo 379 establecía los presupuestos para imponer una “detención”, nombre con el cual en la época se conocía la detención preventiva. En el artículo 379 del estatuto en comento se facultaba para retener de manera preventiva al indiciado cuando existiera declaración de testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad, igualmente se aceptaba como criterio para proferir la detención preventiva la existencia de un indicio grave sobre la responsabilidad penal, bien fuera como autor o partícipe en el hecho investigado.

Posteriormente, encontraremos el código penal que entra en vigencia por medio del Decreto 409 de 1971, estatuto en el cual se establecieron los requisitos para llevar adelante la detención preventiva en los siguientes términos: “Cuando la infracción por la que se proceda tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 226 de este código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga”. Este artículo fue objeto de bastantes críticas en su momento por constituirse una medida que implicaba un retroceso en relación con la normatividad anterior, al imponer la detención preventiva para aquellos delitos que tenían como pena el arresto.

Encontraremos luego el Decreto 181 de 1981 (Código de Procedimiento Penal), por medio del cual se hace el intento de incorporar por primera vez en la historia jurídica de nuestro país a la Fiscalía General de la Nación como ente investigador, lo cual por diversas reformas no pudo llevarse a cabo. Será este código el primero en que se

empee la expresión “medida de aseguramiento” e iniciara así a hablarse de los distintos tipos de medida de aseguramiento que pueden imponerse: conminación, caución y privación de la libertad, que figuran en el artículo 324 de dicho estatuto.

En el artículo 333 del Decreto 181 de 1981 se señala que la medida de aseguramiento será procedente cuando se decrete con posterioridad a que el presunto infractor haya sido vinculado en calidad de procesado, y siempre que dentro del expediente exista prueba que permita inferir en forma razonable que el procesado ha participado dentro del hecho investigado.

En el año de 1984 en nuestro país se presenta una gran transformación que constituye un avance en materia penal, que se dio gracias a la Ley 02 de 1984, por medio de la cual se pretendió adaptar y actualizar la legislación interna en materia de libertad personal, detención preventiva y excarcelación, teniendo como principal orientador en la garantía de presunción de inocencia. Siendo en esta norma donde por primera vez se establezca que la excarcelación debiera ser la regla general y la detención una excepción. Igualmente, se establecía que no sería procedente la detención cuando se evidenciara que el procesado actuó amparado en una causal de ausencia de responsabilidad –causal de justificación para la época–.

Transcurren cuatro años y nos encontramos con el Decreto 050 de 1987, el cual, en el artículo 414 establece lo relacionado a las medidas de aseguramiento, entre las cuales figuraban la detención, la caución y la conminación, estas dos últimas como sustitutivas de la primera –detención preventiva–, y donde se señalaba que las mismas procederían cuando contra el procesado existiera por lo menos un indicio grave de responsabilidad de acuerdo a las pruebas legalmente producidas al interior del proceso.

3.1. Evolución de las medidas cautelares en Colombia con posterioridad a la Constitución Política de 1991

La entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 necesariamente debió suponer un drástico cambio en materia de medidas de aseguramiento privativas de la libertad al orientarse hacia medidas mayormente garantistas, sin embargo, al parecer, esto no ha sucedido.

La primera norma en materia penal expedida bajo la égida de la Constitución Política de 1991 fue el Decreto 2700 de 1991, el cual en su artículo 388 estableció lo siguiente: “Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. (...) En los delitos de competencia de los jueces regionales solo procede como medida de aseguramiento la detención preventiva de conformidad con los Artículos 388 y 389 del Decreto 2700 de 1991”.

Igualmente, se señalará en el artículo 389 de la misma normatividad que la medida de aseguramiento deberá imponerse mediante providencia que deberá contener:

- 1). Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente,
- 2). Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado como autor o partícipe.
- 3). Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.

El segundo código que se expidió bajo la vigencia de la Carta Política de 1991 fue la Ley 600 de 2000, con la cual se dio un nuevo avance en materia de presunción de inocencia y respeto del derecho a la libertad. En relación con la detención preventiva, esta temática se desarrolló especialmente en los artículos 3, 355 y 356, los cuales revisten gran importancia en tanto se refieren a la preeminencia de la libertad, y se habla por primera vez de los fines constitucionales de la detención preventiva, al respecto señalará la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del numeral 2º del artículo 356 de la Ley 600 de 2000, lo siguiente:

“(…) aunque el texto de la norma no es igual al previsto en el artículo 388 del Decreto 2700 de 1991, sí es predicable una identidad entre los contenidos normativos, toda vez que la nueva disposición consagra la medida de aseguramiento restringida a la detención preventiva, evento que se encuentra enmarcado dentro de límites razonables y proporcionales de configuración legislativa. Por lo tanto, las mismas consideraciones que permitieron determinar la constitucionalidad de las medidas de aseguramiento y la detención preventiva, y su compatibilidad con la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal son predicables para esta disposición. (...) No obstante, estima la Corte que, tal como se ha expresado en esta Providencia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria que deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. (...) El texto del nuevo Código de Procedimiento Penal, no hace referencia alguna a los requisitos formales que debe cumplir la autoridad judicial para decretar la detención preventiva, pero en aras de garantizar el debido proceso y en armonía con el artículo 28 de la Constitución, esta Corte estima que cuando la norma constitucional impone la necesidad de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, es porque se requiere, para la adopción de la detención preventiva de un providencia interlocutoria, en la cual, para hacer efectiva la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el de contradicción del sindicado, se deben señalar al menos los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida. (...) Por lo tanto, **se condicionará** la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 356 del nuevo Código de Procedimiento Penal, bajo el entendido que, para la práctica de la detención preventiva, es necesario, el cabal cumplimiento de los requisitos formales señalados (los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida), en armonía, con el requisito sustancial

consiste en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.”²⁰ (Subrayado no original).

Empieza así el paulatino, lento y necesario proceso de constitucionalización del derecho penal, en el cual se tiende hacia el garantismo y se busca brindar mayor protección del individuo frente al Estado, que como vemos en el aparte subrayado, inicia con una tímida remisión al texto constitucional en su artículo 28, que se desarrollará en forma posterior en una remisión constante entre el ordenamiento penal y el constitucional, y donde todo lo que se establezca en el primero ha de tener necesariamente un apoyo y un fundamento en lo preceptuado por la Carta Política de 1991. Donde se hace necesario reiterar que se trata de un proceso que actualmente se encuentra en curso.

3.2 El Acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004

Por medio del Acto legislativo 03 de 2002 se modificó el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 con el objetivo de dar paso en nuestro país a la implementación de un sistema de corte acusatorio, el cual se materializó mediante la Ley 906 de 2004, punto en el cual abrimos un paréntesis para acoger la opinión del Doctor Francisco Borrero Brochero, cuando señala que en nuestro país las medidas de aseguramiento de la libertad han atravesado por tres etapas. Una primera etapa anterior a la Constitución Política de 1991, una segunda etapa posterior a la Constitución Política de 1991, pero anterior a la Ley 906 de 2004, y una tercera etapa, que se inicia con la Ley 906 de 2004 y, es la que se mantiene vigente hasta la fecha, y que se caracteriza por la introducción de grandes cambios que ya desarrollaremos a renglón seguido.²¹

²⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-774 de 2001, Mp. Rodrigo Escobar Gil. Por medio de la cual se declara exequible condicionalmente el inciso 2º del artículo 356 de la Ley 600 de 2000, el cual señalaba que se impondrá medida de aseguramiento cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

²¹ Cfr. BORRERO BROCHERO, Francisco. *Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia*. Publicado en la Revista Justicia No 18 de la Universidad Simón Bolívar, diciembre de 2010, Barranquilla, pp. 50 a 58

En la Ley 906 de 2004 lo relativo a las medidas de aseguramiento se enuncia en los artículos 2, 306, 307, 308, 309, 320, 311, 312 y 313, siendo lo más relevante de este articulado el hecho de establecer un amplio catálogo de exigencias a la hora de imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Sin embargo, podría afirmarse que no se ha avanzado demasiado en la medida en que no se logra una mayor protección del ciudadano frente a las posibles arbitrariedades o excesos por parte del Estado, tal como lo señala el tratadista ya citado –Borrero Brochero– cuando afirma que:

“Con el Acto Legislativo 03 de 2002 que introdujo la reforma constitucional al proceso penal y que le dio desarrollo legal con la Ley 906 de 2004 se retoman las orientaciones y criterios establecidos en el Decreto 181 de 1981, es decir, evaluación de presupuestos mínimos probatorios que permitan inferir razonadamente autoría o participación del imputado en los hechos, lo que a nuestro juicio su regulación actual es menos garantista, sobre todo agravándose la situación con la reforma de la Ley 1453 de 2011 que provoca la prolongación de la privación de la libertad”²².

Por lo cual se hace necesario pasar a revisar lo preceptuado en la Ley 1453 de 2011 a la cual agregaremos, por su relevancia, el análisis de la Ley 1142 de 2007.

3.3 Las medidas de aseguramiento en las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la normatividad penal expedida bajo su amparo, lo normal era esperar un gran progreso legislativo en términos de garantismo, que debía evidenciarse al aumentar los requisitos exigidos para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Sin embargo, las leyes que se estudian en este título parecen representar un claro retroceso. Así lo sostiene por ejemplo el abogado Jaime Granados Peña, cuando señala que: “En efecto, a pesar de que el objetivo central de la reforma que introdujo el sistema acusatorio era, entre otras, garantizar la aplicación excepcional de la detención preventiva, se empezó a construir una idea equivocada en la opinión pública de que el sistema acusatorio no era efectivo

²² BORRERO BROCHERO, Francisco. Óp. Cit., p. 56.

porque la mayoría de los “delincuentes” quedaban en libertad, asociando erradamente la concepción de libertad con impunidad”²³.

Siendo uno de los objetivos de la Ley 1142 de 2007 a través de la cual “se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”, modificar los artículos 310, 312, 313 y 314 de la Ley 906 de 2004, con el fin de ampliar el abanico de posibilidades dentro de las cuales sería posible imponer la detención preventiva, además de restringir –limitar– el alcance de la detención domiciliaria.

En esta norma –Ley 1142 de 2007– se modifican los criterios para aplicar la medida de aseguramiento privativa de la libertad, para lo cual, el legislador optó por un criterio bastante amplio, relacionado con la “gravedad de la conducta”. Puesto que sería este criterio –“gravedad de la conducta”– el cual vendría a englobar dentro de sí el peligro para la comunidad y el riesgo de no comparecencia. En palabras más sencillas y precisas: la gravedad de la conducta representa ya un riesgo para la comunidad así como la posibilidad misma de fuga.

Tal medida trajo consigo sus efectos en lo que a la aplicación de la prisión preventiva se refiere, puesto que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1142 de 2007 el porcentaje de personas sometidas prisión preventiva creció de manera drástica, pasando de 4,74% a 38,65%²⁴. Respecto de lo cual señalará el abogado Jaime Granados Peña, lo siguiente: “Sin duda alguna, con esta reforma se asestó un golpe bien importante a la estructura del régimen de libertad consagrado en el Código de Procedimiento Penal, toda vez que si bien se seguía reconociendo el principio de la excepcionalidad de la detención preventiva, en la práctica al flexibilizarse los criterios de necesidad tal principio pierde

²³ GRANADOS PEÑA, Jaime. *El principio de la Excepcionalidad de la prisión Preventiva y su aplicación práctica en Colombia*. En; <http://jaimegranados.com.co/articulos/10-el-principio-de-la-excepcionalidad-de-la-prision-preventiva-y-su-aplicacion-practica-en-colombia>

²⁴ Centro de Estudios de Justicia de las Américas. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina*, Abril de 2009, p. 249. Sin más datos.

su real alcance si una de cada tres personas procesadas es sometida a prisión preventiva.”²⁵.

Luego, mediante esta ley lo que se hizo fue dar un paso hacia atrás, al revivir normas que solo podían ser posibles con anterioridad a la Carta política de 1991. Y quizás, aun ni siquiera en ese periodo. Por lo cual, la Corte Constitucional debió entrar a revisar esta norma, labor que adelantó en la Sentencia C-1198 del 04 de diciembre de 2008, en la cual se señaló:

“Así, la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuáles son realmente las conductas graves. (...) A la par, se desconoce que en ejercicio de la libertad de configuración que posee el legislador para determinar los eventos en los cuales es procedente privar de manera preventiva a una persona de su libertad, se ha indicado que para la solicitud de la misma también se debe sustentar su urgencia y que toda disposición contenida en el Código de Procedimiento Penal que permita esa clase de privaciones deben ser interpretadas restrictivamente (arts. 306 y 295 de la Ley 906 de 2004, respectivamente). (...) Empero, razón la asiste al Ministerio Público cuando señala que de ser suprimidas, por efectos de la declaratoria de inexequibilidad, las expresiones “suficiente, sin embargo y podrá”, del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, se presentaría una ambigüedad en su lectura e interpretación. Por ende, serán declaradas exequibles, en procura de la protección del derecho a la libertad y los principios que delimitan los eventos para su restricción, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 ibídem. (...) Igual contrariedad con la Constitución y los principios arriba referidos, se presenta al evaluar la expresión “en especial” contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007,

²⁵ GRANADOS PEÑA, Jaime. Óp. Cit., p. 18.

según la cual la modalidad y la gravedad de la conducta y de la pena a imponer serán los factores a los cuales el funcionario judicial le dará preponderancia para determinar la eventual no comparecencia del imputado al proceso”²⁶.

Si bien, la Corte Constitucional no declaró inexequibles las modificaciones introducidas por los artículos precitados, sí declaró exequible condicionalmente la expresión “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias”, apartado que según la Corte Constitucional debe ser entendido partiendo de considerar que para determinar el peligro que el imputado representa para la sociedad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible, se deberá valorar si se cumple con los fines constitucionales de la detención preventiva, que corresponden a lo estipulado en los artículos 308 y 310 del CPP.

Posteriormente, se presentó una nueva modificación, la cual fue introducida por la Ley 1453 de 2011, también conocida como “Ley de seguridad ciudadana”, por medio de la cual se modificó –de nuevo– el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, el cual quedó en los siguientes términos;

“Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito. 7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.

²⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1198 de 2008. Mp. Nilson Pinilla Pinilla.

Sobre esta norma expresa el abogado Jaime Granados Peña, una opinión que compartimos sin restricciones, y según la cual, con esta nueva modificación al artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, pareciera que se intentó desconocer el fallo ya proferido por la Corte Constitucional –C-1198 de 2008–, al incorporar de nuevo la compleja expresión: “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible”, pues si bien el artículo hace referencia expresa a los fines constitucionales de la detención preventiva (Art. 308 y 310 CPP), la ambigüedad de su redacción parece encubrir una invitación a los jueces, a quienes se invita a valorar más unas conductas objetivas que la necesidad de la detención misma, esto es, sus fines constitucionales.

Punto sobre el cual culminará, señalando Granados Peña, lo siguiente: “Con esto, lo que se percibe es que con base en dichos criterios objetivos se amplía, injustificadamente, el concepto de peligro para la comunidad, obligando prácticamente a los jueces a ordenar la detención preventiva al advertirse alguna de esas circunstancias”²⁷.

Llegamos así a uno de los nudos gordianos que en la actualidad aquejan el sistema penal colombiano, el problema en concreto radica en que las reformas introducidas por medio de las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011 van en contravía de lo que se persiguió desde un principio con la adopción de un sistema como el acusatorio, en el cual deberían prevalecer tanto la presunción de inocencia como la libertad de los sindicados.

Llegados a este punto de la argumentación debemos abrir un breve paréntesis para señalar que el desvío de la filosofía original del sistema acusatorio como un sistema en el que prima la libertad hacia un sistema de encarcelamiento masivo, no es un fenómeno exclusivo de nuestro país, pues en Estados Unidos tal situación parece haberse convertido en la regla, tal como lo señala el sociólogo norteamericano Loic Wacquant en su ya célebre obra, *“Castigar a los pobres; El gobierno neoliberal de la inseguridad*

²⁷ Cfr. GRANADOS PEÑA, Jaime. Óp. Cit., p. 21.

social”, cuya tesis se centra en el giro reciente hacia la punición por parte del Gobierno norteamericano, que ha terminado con más de dos millones y medio de personas en prisión²⁸.

Por último, solo nos resta agregar que el retroceso vivido en la normatividad penal interna se torna más evidente cuando se efectúa un contraste con la normatividad internacional, la cual se viene moviendo en dirección a la eliminación de la prisión preventiva o procesal. Así por ejemplo, sobre el tema se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: “Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”²⁹.

Luego, el estado de inocencia, considerado como principio, en el plano internacional se ha convertido en un postulado indiscutible, que no puede ser ni suspendido ni desconocido, tal como lo han preceptuado numerosas normas, y entre ellas, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, las Reglas Mínimas Para el Tratamiento de Reclusos. Lo que exige de un país como Colombia, un nuevo esfuerzo, para ponerse a tono con la precitada legislación.

²⁸ Cfr. WACQUANT, Loic. *Castigar a los pobres; El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Editorial Gedisa, Madrid, 2010.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006.

4. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

4.1. La Sentencia C-774 de 2001 como sentencia hito

En este acápite nos proponemos un análisis pormenorizado de las sentencias más relevantes proferidas por la Honorable Corte Constitucional en materia de prisión preventiva, tema que ha sido abordado en múltiples ocasiones bajo un criterio coherente y homogéneo, según el cual, la prisión preventiva se presenta como *última ratio*, y por ende, su aplicación no puede justificarse exclusivamente en la gravedad de la conducta, pues tal pretensión contraviene abiertamente la Carta Política.

Si se pretendiera crear una línea jurisprudencial en torno a las medidas de aseguramiento y la libertad personal, necesariamente se habría de empezar por la sentencia **C-774 de 2001**, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, y donde el ciudadano Diógenes Escobar, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecutable de los artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417, 418 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 354 a 367 de la Ley 600 de 2000. Artículos que en su totalidad se encuentran relacionados con la figura de la detención preventiva.

Los argumentos del accionante se centran en señalar que los artículos demandados vulneran el principio constitucional de la presunción de inocencia, lo que la Corte Constitucional expresa en los siguientes términos: “Considera el demandante que sí es necesaria la determinación de culpabilidad por parte de una autoridad judicial competente, a través de una sentencia condenatoria en firme, mientras esto no suceda se presume su inocencia, y por lo mismo, no puede ser detenida ni siquiera preventivamente,

porque de hacerlo se estaría vulnerado la consagración de su inocencia y su libertad personal”³⁰.

Igualmente, señala el actor, que las normas demandadas vulneran el Derecho Internacional Humanitario, en razón de las difíciles situaciones que se viven en las cárceles colombianas, como son, el hacinamiento, la insalubridad y demás condiciones infrahumanas³¹.

Tras realizar una extensa digresión sobre la cosa juzgada constitucional, pasará la Corte Constitucional a efectuar un análisis de la figura de la detención preventiva a la luz de los artículos 28, 29 y el numeral 1º del artículo 250 de la Constitución Política de 1991. Análisis que se inicia con el estudio de la presunción de inocencia tal como aparece en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, acudiendo en primer lugar, a la definición etimológica de presunción, que debe ser entendida como el *hecho de dar algo por indiscutible aun cuando no se posean pruebas*.

Para pasar a señalar que en nuestro ordenamiento dicha *presunción* ha adquirido el rango de derecho constitucional, lo que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, que le exige al Estado, demostrar la culpabilidad del indiciado con una convicción –o certeza– más allá de duda razonable sobre los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado³².

La interpretación que la Corte Constitucional hace de la presunción de inocencia se encuentra estrechamente relacionada con la normatividad internacional, por ejemplo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 11º, reafirma la

³⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-774 de 2001. Mp. Rodrigo Escobar Gil.

³¹ Cfr. MONTAÑÉS RUIZ, Julio Cesar. *JUSTICIA NEGOCIADA Y ESTADO PENITENCIARIO*. En; MORENO RIVERA, Luis Gustavo (Coordinador). *Temas actuales del derecho penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2014, pp. 235 a 245.

³² Cfr. SANTOYO ÁVILA, Jaime Humberto. *Certeza para condenar en el sistema acusatorio*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014.

presunción, por virtud de la cual: "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*". (Resaltado no original). Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974, y donde se establece que: "*Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*" (Artículo 8°).

Sin embargo, todo este discurrir de la Corte Constitucional en torno a la libertad personal, apunta a señalar que la misma **no constituye un derecho absoluto**, argumentación que la Corte fundamenta en su propia jurisprudencia, citando un fallo del año 1995, en el cual puede leerse: "*Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles*"³³. Punto en el que se nos recuerda lo establecido en el artículo 28 constitucional, según el cual: Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado. Salvo que se presenten las siguientes excepciones:

- 1) Mandamiento escrito de autoridad judicial competente.
- 2) Que se expida con la observancia de las formalidades legales y,
- 3) Por la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

³³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-578 de 1995. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Lo que le permitirá a la Corte Constitucional concluir su argumentación reiterando que, el legislador no concibió el derecho a la libertad como un derecho absoluto, pues surge directamente del texto constitucional (artículo 28) que en ciertos casos puede darse la privación de la libertad, siempre y cuando, se cumplan los criterios que ha fijado el legislador, y que exigen tener en cuenta tanto la razonabilidad como la proporcionalidad de la medida.

La Corte Constitucional en el fallo bajo comentario, en relación con las medidas de aseguramiento, entre las que se encuentra la detención preventiva, señalará que las mismas;

“(…) hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial”³⁴.

Luego, en necesario desarrollo del artículo 29 superior, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias:

a). *Requisitos formales*. Obligación de adoptar la medida de aseguramiento mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida.

b). *Requisitos sustanciales*. La existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad (artículo 388 del Código de Procedimiento Penal) o de dos indicios graves de responsabilidad (artículo 356 del nuevo Código de Procedimiento Penal), con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

³⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-774 de 2001. Mp. Rodrigo Escobar Gil.

En cuanto a los fines de la medida cautelar, y haciendo de nuevo referencia a la jurisprudencia precedente, señalará la Corte Constitucional, que ya en Sentencia C-425 de 1997, se había pronunciado, afirmando que con las mismas se persigue evitar la fuga de las personas acusadas de un delito, tanto para cumplir con los fines de la instrucción, como para dar cumplimiento a la pena que mediante sentencia se llegare a imponer en un eventual caso.

La conclusión a la que arriba la Corte, habrá de ser que la institución de la detención preventiva es compatible con la Carta Política de 1991, tal como ha sido sostenido en jurisprudencia reiterada³⁵, lo que se debe a que la misma –detención preventiva– posee un carácter preventivo y no sancionatorio. Punto en el cual pasa de nuevo a citar su propia jurisprudencia:

“Así, una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la *ley*”³⁶. (Resaltado no original).

Luego, lo que pretende el legislador al rodear las medidas de aseguramiento privativas de la libertad de requisitos materiales y sustanciales, además de constitucionales –proporcionalidad y razonabilidad–, es que la detención preventiva no se convierta en un mecanismo indiscriminado, general y automático.

Lo anterior quiere decir que si bien la detención preventiva no va en contravía de la Carta Política, la misma si debe encontrarse ajustada a ciertos requerimientos propios del Estado Social de Derecho, y la concepción que dentro de este se tiene de la libertad personal. En efecto, tal como lo ha sostenido la Corte: “aun cuando el derecho a la libertad no es

³⁵ Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sentencias: C-301 de 1993, C-106 de 1994, C-689 de 1996, C-327 de 1997 y C-425 de 1997.

³⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-106 de 1994. Mp. José Gregorio Hernández Galindo.

absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo”³⁷.

Lo que le permite a la Corte Constitucional arribar a la que podemos llamar una decisión trascendental, y según la cual, para que sea procedente la detención preventiva no solo se requiere el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales impuestos por el ordenamiento legal, sino que además se exige una garantía, según la cual, quien decreta la medida debe sustentar “la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.

La pregunta que inmediatamente se abre, gira entonces en torno a saber ¿Cuáles son las finalidades constitucionales admisibles para la privación preventiva de la libertad? La respuesta no es sencilla, y por el contrario nos conduce a un intrincado problema de interpretación constitucional, donde lo primero que se debe recordar es que la textura de la norma constitucional es siempre una “textura abierta”, o como lo indica la Corte en la sentencia bajo examen, “de carácter indeterminado”, lo que palabras más palabras menos, viene a significar que en las disposiciones constitucionales –incluido el artículo 28– no se define ni el alcance ni las limitaciones de la prisión procesal.

A manera de ejemplo, nos indica la Corte Constitucional, que en el artículo 250 de la Carta Política se recoge una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores, sin embargo, aclara la propia Corte, que con esto no se agota el ámbito de indeterminación del concepto.

³⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-634 de 2000. Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.

La tarea de determinar el concepto se encuentra en cabeza del legislador, el cual posee unos límites, por lo cual al pronunciarse sobre la materia –el legislador– deberá considerar el carácter excepcional de las medidas cautelares, así como los principios y derechos constitucionales.

Llegados a este punto se debe precisar que buena parte de esas finalidades constitucionales se recogen en la Ley 906 de 2004, sin que tal enumeración (artículo 308 CPP) resulte taxativa, pues si nos atenemos a la textura abierta de la norma, siempre resultara posible encontrar más finalidades constitucionales. Sobre este punto se arroja algo de luz gracias a la Sentencia C-318 de 2008, la cual será analizada líneas más adelante.

4.2. La Sentencia C-805 de 2002 y los fines constitucionalmente admisibles de las medidas de aseguramiento

El tema será retomado en la Sentencia C-805 de 2002, la cual en sus elementos esenciales no es más que una reiteración de la Sentencia C-774 de 2001, en la cual se señaló que las medidas de aseguramiento –privativas de la libertad– debían sujetarse a fines constitucionalmente admisibles, como son:

- a). Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal.
- b). Impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción.
- c). Proteger a las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso” y a “la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual³⁸.

³⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-774 de 2001. Mp. Rodrigo Escobar Gil. Donde la Corte condicionó la exequibilidad de los artículos 397 del Decreto 2700 de 1991 y 357 de la Ley 600 de 2000,

Elementos a los cuales se les debe dar una lectura constitucional en los siguientes términos:

a). Necesidad de la medida de aseguramiento, la cual, no puede proferirse con fundamento en motivos arbitrarios o caprichosos. Pues debe fundarse en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto.

b). Proporcionalidad, la medida debe ser proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica³⁹. Por ejemplo, sería desproporcionado que a pesar de que la medida no sea necesaria para garantizar la integridad de las pruebas, o la comparecencia del sindicado a la justicia, se ordenara la detención preventiva⁴⁰.

“bajo el entendido de que, la procedencia general de la detención preventiva, está sujeta a que en cada caso concreto se valore la necesidad de la misma en atención a los fines que le son propios, de acuerdo con la Constitución y con la ley, en los términos de esta providencia.” Por ello, en el evento en que el procesado se haya presentado voluntariamente al proceso, no haya indicios claros de que vaya a ocultarse, o a continuar con la actividad delictual, ni existan razones para creer que destruirá o deformará elementos probatorios importantes, o de que entorpecerá la actividad probatoria, la medida de aseguramiento de detención preventiva no procedería por no ser necesaria a la luz de los fines constitucionales que la justifican.

³⁹ Así por ejemplo, en materia de privación de la libertad, en la sentencia C-327 de 1997, Mp. Fabio Morón Díaz, la Corte señaló: “(...) Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en qué consiste el derecho y los límites del mismo...”. Ver también, las sentencias: C-774 de 2001, Mp. Rodrigo Escobar Gil; C-425 de 1997, Mp. Fabio Morón Díaz

⁴⁰ Con base en el principio de proporcionalidad en el derecho comparado, la medida de detención preventiva puede ser decretada sólo cuando no sea posible acudir a otro tipo de medidas que garanticen adecuadamente el logro de los fines que se pretenden alcanzar con la detención. Así por ejemplo, el artículo 275.3 del Código de Procedimiento Penal italiano establece que la detención preventiva sólo puede ser aplicada en los casos en que cualquier otra medida resulte inadecuada y excluye esta respecto de mujeres embarazadas en período de lactancia, de enfermos graves, o personas de más de 65 años, a menos que existan razones poderosas para ordenar la detención. (Artículo 275-4, Código de Procedimiento Penal italiano). Por su parte, el artículo 137 Código de Procedimiento Penal francés dispone que la persona perseguida “permanezca libre salvo en razón de necesidades de la instrucción o a título de medida de seguridad susceptible de ser sometida a control judicial, o a título excepcional ubicada en detención provisional”. En el Reino Unido, el artículo 4 del Bail Act de 1976 indica que “una persona tiene derecho a su libertad salvo en los casos previstos en el anexo I de esta ley”, y dichos casos son enumerados taxativamente en dicho anexo. En resumen estas legislaciones consagran al lado del principio de proporcionalidad, el principio de la subsidiaridad: la detención provisional es una medida de última ratio para alcanzar fines legítimos. Ver. Pradel, Óp. Cit., páginas 502 y 503.

c). Convicción acerca de la probabilidad de que el procesado sea el autor de la conducta punible investigada.

Este último punto (c), se relaciona con el parámetro establecido en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, el cual exige cuatro requisitos que señalan la existencia de motivos fundados para asegurar:

1. Que se trate de indicios.
2. Que sean por lo menos dos indicios.
3. Que sean graves.
4. Que indiquen responsabilidad, es decir, que indiquen que la conducta fue típica, antijurídica y culpable. Estos indicios deben basarse en pruebas legalmente producidas dentro del proceso⁴¹.

4.3. La Sentencia C-591 de 2005 y la captura en flagrancia

Posteriormente tendremos la Sentencia C-591 de 2005, en la cual se estudia la constitucionalidad del artículo 302 de la Ley 906, el cual regula el procedimiento a seguir en casos de capturas realizadas en situación de flagrancia. Siendo lo primero diferenciar entre:

⁴¹ Ver DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II*. 4ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1993, pp. 635 a 639. Según el artículo 284 del nuevo Código de Procedimiento Penal, un indicio es “un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro”. Por lo tanto, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia y la doctrina, el indicio comprende tanto la existencia de un hecho objetivo indicador, como la inferencia lógica que surge de tal hecho y que conduce a un grado de convicción suficiente sobre la existencia de otro hecho

a). Captura en flagrancia realizada por una autoridad pública. El aprehendido será conducido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

b). Captura en flagrancia realizada por un particular. El capturado será llevado, en el término de la distancia, ante cualquier autoridad de policía, quien identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las condiciones que rodearon la captura y pondrá al capturado, en el término de la distancia, a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Luego de conducir a la persona ante la Fiscalía, ésta examinará si el supuesto delito comporta o no detención preventiva y si la captura fue o no legalmente realizada. Y, es aquí, donde el accionante alega que la norma es contraria a la Constitución, al facultar a la Fiscalía para realizar apreciaciones sobre si el supuesto delito comporta o no detención preventiva, función que debería corresponder con exclusividad al juez de control de garantías.

Pues de conformidad con el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, una vez el capturado sea puesto en su presencia, el fiscal deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y de no serlo, necesariamente habrá de dejar en libertad al retenido, bajo palabra de comparecencia –cuando este último requisito sea requerido–. Lo que quiere decir que, el fiscal examina si se presentaron o no, las condiciones legales de la flagrancia (artículo 301 de la Ley 906 de 2004), y por supuesto, si se cumplieron los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional.

En este punto se debe recordar que el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, es un reflejo de lo expresado en el artículo 28 constitucional, articulando las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio. Por ejemplo, en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a

cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de la libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal. Al respecto señalar la Corte en el fallo que venimos trabajando, lo siguiente:

“No se trata, en consecuencia -como lo cree el actor- del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. En otras palabras, de llegar a aceptarse el planteamiento de la demandante, en el sentido de que toda decisión sobre la captura en flagrancia es de reserva exclusiva del juez de control de garantías, se le estaría imponiendo, en la práctica, una carga muy elevada al ciudadano por cuanto, así haya sido arbitrariamente capturado, por cuanto no se cumplen las condiciones de la flagrancia, deberá además esperar a ser llevado a audiencia ante el juez de control de garantías”.

Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica si se le impone el compromiso de comparecer cuando sea necesario. En este orden de ideas, si se entendiera que el fiscal puede además adelantar, en los casos de capturas en flagrancia, ciertos juicios de valor sobre la *necesidad* de la medida de detención preventiva, que el imputado constituye un *peligro* para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulta probable que el imputado no *comparecerá* al proceso o no cumplirá la sentencia, la disposición acusada sería contraria a la Constitución, por cuanto constituiría un desconocimiento de las competencias del juez de control de garantías.

Así las cosas, la Corte terminará por declarar exequible el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, y bajo el entendido de que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva: “Debe entenderse que el Fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas (de que trata el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal) para la detención de la medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no para

evaluar si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 del mismo Código, pues estos corresponden a facultades reservadas al juez de control de garantías”.

4.4. La Sentencia C-730 de 2005 y las capturas sin orden judicial previa

Posteriormente, encontraremos la Sentencia C-730 de 2005, donde se demandan las expresiones: “*y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito*” contenidas en el inciso final del artículo 2º de la Ley 906 de 2004⁴². El demandante solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable del aparte acusado, por cuanto considera que el mismo vulnera el artículo 28 de la Constitución, norma superior que establece claramente los requisitos que se deben cumplir para la restricción del derecho fundamental a la libertad física:

1º. Mandamiento escrito.

2º. Proferido por autoridad judicial competente.

3º. Con observancia de las formalidades legales (principio de legalidad).

4º. Existencia de motivos previamente definidos en la ley (principio de legalidad).

La Corte Constitucional ha advertido también que, en algunas ocasiones, el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Dicha

⁴² En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

privación o restricción, empero, no puede ser arbitraria⁴³, y es por ello que, la norma constitucional alude a una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas⁴⁴, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental.

Esta reserva judicial de la libertad encontró refuerzo en la reforma introducida mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, donde se estableció que en el nuevo sistema penal de corte acusatorio, por regla general, la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, debía ser decretada solamente por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente, y solo en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación podrá realizar capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1 CP)⁴⁵.

4.5. La Sentencia C-318 de 2008 y el principio de proporcionalidad

Después de la sentencia C-774 de 2001, la Sentencia C-318 de 2008 es quizás una de las providencias más relevantes que ha proferido la Corte Constitucional en materia de

⁴³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1024 de 2002. Mp. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁴ “Dworkin sostiene que las normas como la que prohíbe fumar en los salones son reglas y que las normas semejantes a las que consagra la libertad de prensa son ‘principio ¿En qué consiste la diferencia? Una respuesta rápida mostrara que las reglas están redactadas en términos más concisos que los principios. La regla contra el tabaquismo en la universidad contiene expresiones como ‘fumar’ y ‘salones de clase’ que determinan con precisión las condiciones de su aplicación, mientras que el principio constitucional citado utiliza expresiones de textura abierta como ‘libertad de prensa’ y no ofrece elementos concretos de modo y lugar para su aplicación”. En: HART – DWORKIN. *La decisión judicial*. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, p. 48.

⁴⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-730 de 2005. DECISIÓN. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones: “En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito”, contenidas en el inciso final del artículo 2º de la Ley 906 de 2004.

medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Puede igualmente, afirmarse que, el fallo analizado en este acápite constituye una complementación a lo preceptuado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-774 de 2001.

Mediante acción pública de inconstitucionalidad el ciudadano Eduardo Matías Camargo, solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004. El aparte demandado, es aquel en el cual se señala que:

“No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404); Cohecho propio (C.P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1o y 3o); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inciso 2o).”

Pues considera el accionante que con tal norma se están vulnerando los artículos 1º, 2º, 5º, 28, 29, 44 y 90 de la Carta Política, así como se viola, igualmente, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los argumentos el accionante son claros, pues considera que el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 al negar la sustitución de la detención preventiva en centro penitenciario

por la detención domiciliaria, cuando se trata de un grupo específico de delitos fijado por el legislador, restringe el derecho fundamental a que la medida de aseguramiento sea proporcional, racional y necesaria. Este párrafo es solo una paráfrasis que intenta resumir los argumentos del accionante, los cuales en el texto original gozan de una mayor extensión y complejidad.

Esta complejidad de la argumentación planteada por el accionante, sin embargo, no le exige a la Corte Constitucional proferir una nueva jurisprudencia, sino que se limita a reiterar y apuntalar lo que ya se había dicho en sentencias anteriores, como por ejemplo la C-774 de 2001, decisión que posee un muy amplio margen de ambigüedad e imprecisión.

En esta tarea de reiterar su jurisprudencia sobre el tema, la Corte considera necesario pronunciarse sobre los siguientes temas: a). Reiteración de la jurisprudencia sobre la libertad de configuración que le asiste al legislador a la hora de regular las medidas cautelares privativas de la libertad, b). Recordar la naturaleza y fines de la detención preventiva, c). Determinar el alcance de la norma demandada.

En relación con el primer punto que gira en torno a la libertad de configuración del legislador en materia de medidas privativas de la libertad, recurre la Corte Constitucional a citar su jurisprudencia anterior, especialmente la Sentencia C-774 de 2001, en la cual se indicó que la detención preventiva no puede convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático. Por el contrario, debe ser una excepción.

La primera conclusión será entonces que la libertad del legislador no es absoluta, pues encuentra sus límites en los propios fines constitucionales y en los derechos fundamentales de los asociados, así como en las restricciones que le imponen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Indicando la Corte que, “Los criterios

puramente objetivos resultan insuficientes para justificar la razonabilidad de la prohibición de una medida sustitutiva a la privación de la libertad en establecimiento carcelario”.

Tras revisar los aspectos constitucionales establecidos en los artículos 28 y 29 de la Carta Política⁴⁶, pasa la Corte a ocuparse del **criterio de necesidad**, consagrado en el numeral 1° del artículo 250 superior, en el cual se fijan las finalidades de la medida de aseguramiento:

- (i) Asegurar la comparecencia de los imputados a proceso penal,
- (ii) La conservación de la prueba y,
- (iii) La protección de la comunidad y, especialmente, de las víctimas.

Pues según palabras de la propia Corte Constitucional: “Son éstas las únicas finalidades admisibles, que de acuerdo con el orden jurídico, pueden llevar a una privación de la libertad como medida cautelar”.

Argumentos a partir de los cuales terminará por concluir declarando la **exequibilidad** condicionada del párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida, siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito.

⁴⁶ Por tratarse de una restricción a la libertad personal, la detención preventiva debe estar precedida de los fundamentos jurídicos que conforme al artículo 28 de la Constitución la autorizan de manera excepcional al disponer que :“ *Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado.*”, salvo que concurran tres requisitos, a saber: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que se expida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley.(...) En desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad, a saber: (i) deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán; (ii) con carácter eminentemente provisional o temporal; y (iii) bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén. Adicionalmente, (iv) deben estar fundamentadas en alguna de las finalidades constitucionalmente admisibles para su imposición.

Sin embargo, aquí aún no se agota el contenido de la sentencia, pues quedan dos temas sobre los que se hace necesario recaer. En primer lugar, se debe revisar lo que se relaciona con las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad, y en segundo lugar, se deberá revisar el salvamento de voto presentado por el magistrado Jaime Araujo Rentería.

En cuanto al primer punto, llama poderosamente la atención la ambigüedad con la cual se aborda el tema de la proporcionalidad y la razonabilidad, tanto en la Sentencia C-774 de 2001 como en la C-318 de 2008, donde se considera que estos conceptos son principios, pero también criterios, así como exigencias (¿?). Más curioso aún resulta que la Corte Constitucional no entre a ofrecer una definición clara y precisa de este principio-criterio-exigencia, por lo cual, para arrojar algo de claridad sobre este punto se hace necesario acudir a la doctrina.

Como bien lo señala Bernal Pulido, la proporcionalidad es un principio que aparece en el derecho constitucional alemán, y que se encuentra compuesto por tres reglas o subprincipios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que se aplican para saber cuándo una intervención por parte de Estado en los derechos fundamentales de los asociados resulta constitucionalmente legítima⁴⁷.

Luego, lo que se ha discutido tanto en la Sentencia C-774 de 2001 como en la C-318 de 2008, es qué tan legítima resulta la intervención del Estado colombiano en relación con los derechos fundamentales de sus ciudadanos a la libertad y a la presunción de inocencia, cuando el legislador ha intentado establecer unas “causales objetivas” que dan lugar a medidas cautelares privativas de la libertad.

⁴⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 66 y ss.

En todos los casos, incluidas las sentencias que venimos analizando, la Corte Constitucional ha considerado que el establecimiento de causales objetivas para imponer la medida cautelar de prisión procesal o negar la detención domiciliaria, es una medida que resulta desproporcionada e irrazonable:

“3.2. Con todo, ese margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador para configurar los diversos procesos no es absoluto ya que el Congreso no puede “configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos, pues -ciertamente- la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a la igualdad (CP art. 13), por lo cual las regulaciones legales deben ser razonables y proporcionadas, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado en numerosas sentencias⁴⁸. De allí que, “en la medida en que la propia Constitución atribuye al órgano legislativo la atribución de legislar en esta materia, es entendido que el Congreso tiene amplia discrecionalidad para regular los procesos y procedimientos judiciales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política”⁴⁹.

Queda entonces claro, en primer lugar, que la proporcionalidad y la razonabilidad se predicen de las disposiciones legales: las disposiciones legales que pretendan restringir derechos fundamentales de los asociados deben ser proporcionales y razonables, y cumplir con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, cualquier norma que apunte a establecer causales objetivas que permitan la imposición de la prisión procesal, ira siempre en contravía de la Carta Política.

Igualmente, en relación con la proporcionalidad, debe recogerse lo ya indicado en la Sentencia C-805 de 2002, en la cual se señala que a la hora de imponer medidas cautelares privativas de la libertad se debe atender a los siguientes criterios: a). Necesidad de la medida de aseguramiento, la cual, no puede proferirse con fundamento en motivos arbitrarios o caprichosos. Pues debe fundarse en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto, b). Proporcionalidad. La medida debe ser proporcional a las

⁴⁸ Ver, entre otras, las sentencias: C-537 de 1993, C-373 de 1995; C-591 de 2005; C- 802 de 2005; C-920 de 2007.

⁴⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-135 de 1999. Mp. Fabio Morón Díaz.

circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica⁵⁰. Por ejemplo, sería desproporcionado que a pesar de que la medida no sea necesaria para garantizar la integridad de las pruebas, o la comparecencia del sindicado a la justicia, se ordenará la detención preventiva⁵¹, c). Convicción acerca de la probabilidad de que el procesado sea el autor de la conducta punible investigada.

En segundo lugar, debemos referirnos a los argumentos contenidos en el salvamento de voto que presentara el magistrado Jaime Araujo Rentería a la Sentencia C-318 de 2008. Lo primero que se debe señalar en relación con este salvamento de voto, es que si bien, el mismo resulta bienintencionado, en términos de teoría constitucional no pasa de ser un simple despropósito, una propuesta descabellada.

El magistrado disidente parte de considerar que la figura judicial de la detención preventiva no debería existir, y que en consecuencia, según su juicio, todas las normas que autorizan la detención preventiva resultan inconstitucionales:

⁵⁰ Así por ejemplo, en materia de privación de la libertad, en la sentencia C-327 de 1997, Mp. Fabio Morón Díaz, la Corte señaló: “(...) Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en qué consiste el derecho y los límites del mismo..” Ver también, las sentencias C-774 de 2001. Mp. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-425 de 1997. Mp. Fabio Morón Díaz

⁵¹ Con base en el principio de proporcionalidad en el derecho comparado, la medida de detención preventiva puede ser decretada sólo cuando no sea posible acudir a otro tipo de medidas que garanticen adecuadamente el logro de los fines que se pretenden alcanzar con la detención. Así por ejemplo, el artículo 275.3 del Código de Procedimiento Penal italiano establece que la detención preventiva sólo puede ser aplicada en los casos en que cualquier otra medida resulte inadecuada y excluye esta respecto de mujeres embarazadas en período de lactancia, de enfermos graves, o personas de más de 65 años, a menos que existan razones poderosas para ordenar la detención. (Artículo 275-4, Código de Procedimiento Penal italiano). Por su parte, el artículo 137 Código de Procedimiento Penal francés dispone que la persona perseguida “permanezca libre salvo en razón de necesidades de la instrucción o a título de medida de seguridad susceptible de ser sometida a control judicial, o a título excepcional ubicada en detención provisional”. En el Reino Unido, el artículo 4 del Bail Act de 1976 indica que “una persona tiene derecho a su libertad salvo en los casos previstos en el anexo I de esta ley”, y dichos casos son enumerados taxativamente en dicho anexo. En resumen estas legislaciones consagran al lado del principio de proporcionalidad, el principio de la subsidiaridad: la detención provisional es una medida de última ratio para alcanzar fines legítimos. Ver. Pradel, Óp. Cit., páginas 502 y 503.

“En síntesis, me permito reiterar (i) que la regla general es la libertad y el principio de inocencia, y que la detención preventiva los contradice; ii) que en la norma acusada el legislador utilizó dos tipos de criterio, uno objetivo y otro subjetivo para justificar la concesión de la detención domiciliaria, estos últimos contrarios a la Constitución Política; (iii) que estas normas desconocen la Convención Americana de derechos y el numeral 3) del artículo 10 de la Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU; (iv) que no puede proponerse como regla general, un criterio subjetivo, sino que el legislador en materia penal debe establecer criterios objetivos que garanticen la objetividad e igualdad en su interpretación y aplicación para todos los ciudadanos; (v) que la norma es clara y no da lugar a dos interpretaciones, que requieran de un condicionamiento de la constitucionalidad”.

Solo un comentario puede hacerse frente a este salvamento de voto, donde el magistrado disidente parece confundir sus deseos y anhelos, con el texto constitucional. Cuando la Corte se pronuncia sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de un artículo debe hacerlo partiendo del articulado constitucional –confrontando con el articulado constitucional–, y si nos atenemos a tal articulado, vemos que la detención preventiva o prisión procesal encuentra respaldo constitucional. Más no sucede lo mismo con las normas que apuntan a establecer criterios objetivos, desproporcionados e irrazonables para la imposición de la detención preventiva.

4.6. La Sentencia C-1198 de 2008 y la autonomía judicial

El 04 de diciembre del año 2008 la Corte Constitucional expidió la Sentencia C-1198 de 2008, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla. La acción se inicia con la demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Jairo Ardila Espinoza, quien demandó algunos apartes y expresiones de los artículos 2º, 4º, 24º, 25º y 30º de la Ley 1142 de 2007, *“Por medio de la cual se reforman parcialmente las leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”*.

Siendo de interés para este trabajo, lo que se relaciona con el artículo 24 de la precitada ley, por medio del cual se modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004. Norma que a criterio del demandante resulta inconstitucional al establecer que: “para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será **suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo**, de acuerdo con el caso, el juez **podrá** valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias”. (Resaltado en el original), pues en su criterio, con los apartes resaltados, se vulnera el Preámbulo de la Carta Política, además de los artículos 28, 29, 228 y 250 de la Constitución. Así como se desconoce el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al iniciar su argumentación específica en torno al artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, la Corte Constitucional, al igual que en todas las sentencias precedentes sobre la materia, se cuida muy bien de señalar que la prisión preventiva o procesal en sí misma, no es inconstitucional, lo que se expresa en los siguientes términos:

“Acorde con la doctrina, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que esa reserva judicial para la referida limitación guarda relación con el “*principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad*”, el cual deviene del “*principio de legalidad de la sanción penal*”, de modo que las exigencias para la aplicación de este último se hacen extensivas a aquéllas, aunque no exista una sanción definitiva por haber transgredido la normatividad penal. Lo anterior, por tratarse de una medida de carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad, sin que ello constituya la **imposición de una sanción penal**, habida cuenta que su naturaleza es cautelar y con carácter meramente instrumental o procesal, más no punitivo.”

Para a renglón seguido pasar a reconocer que la detención de una persona debe tener un carácter excepcional. Por lo cual, la Corte señalará que la modalidad y la gravedad de las conductas no pueden ser los criterios de mayor relevancia para la imposición de medidas restrictivas de la libertad. Y nos recordará que el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, efectúa otras exigencias:

“Para tal efecto, el artículo 308 exige como requisitos que de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: a). Que la medida se muestre como necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; b). Que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y, c). Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (...) Los presupuestos referidos con antelación tienen su desarrollo en los artículos siguientes de la norma procesal penal, para el caso que atrae el interés de la Corte, los correspondientes al peligro para la comunidad, para la víctima y la no comparecencia del imputado en los artículos 310 y 311.”

Concluirá este apartado la Corte, señalando que el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 – entre otros artículos– no atiende a la jurisprudencia que con anterioridad había proferido esa corporación. Se refiere especialmente a la ya tratada Sentencia C-774 de 2001, la cual había establecido que: “no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.

Argumentos que le permiten concluir señalando que:

“Así, la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuáles son realmente las conductas graves”.

Y, por último, en el apartado decisorio del fallo en comento decidirá **DECLARAR EXEQUIBLE** el aparte que reza: “*será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar*

adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:”, contenido en el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que para determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y la modalidad de la conducta punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004.

5. CRITERIOS INTERNACIONALES PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Es la Convención Americana sobre Derechos Humanos uno de los documentos que más enérgicamente se ha pronunciado tanto sobre el encarcelamiento arbitrario e ilegal como sobre la necesidad de establecer un “plazo razonable” para el tiempo de duración de la detención preventiva, criterio que ha sido ampliamente acogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tal como lo refleja la sentencia en el caso López Álvarez -párrafo 68-. Así mismo, en un caso relativamente reciente, la Corte interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el término de duración de la prisión preventiva debe ser inversamente proporcional a la eventual pena, nunca equivalente a ella (Informe 35 de 2007, párrafo 56).

Atendiendo a la situación de la prisión preventiva en América Latina, tenemos que los países con una situación mayormente crítica son Argentina, Perú y Bolivia, donde la población detenida en forma preventiva sobrepasa el 50% del total de la población carcelaria. En el caso específico de nuestro país, Colombia, el porcentaje de personas con detención preventiva es del 30%, lo que quiere decir que de cada 100 personas con detención intramural en el país, 30 se encuentran en detención preventiva.

Al respecto, presentamos el siguiente recuadro:

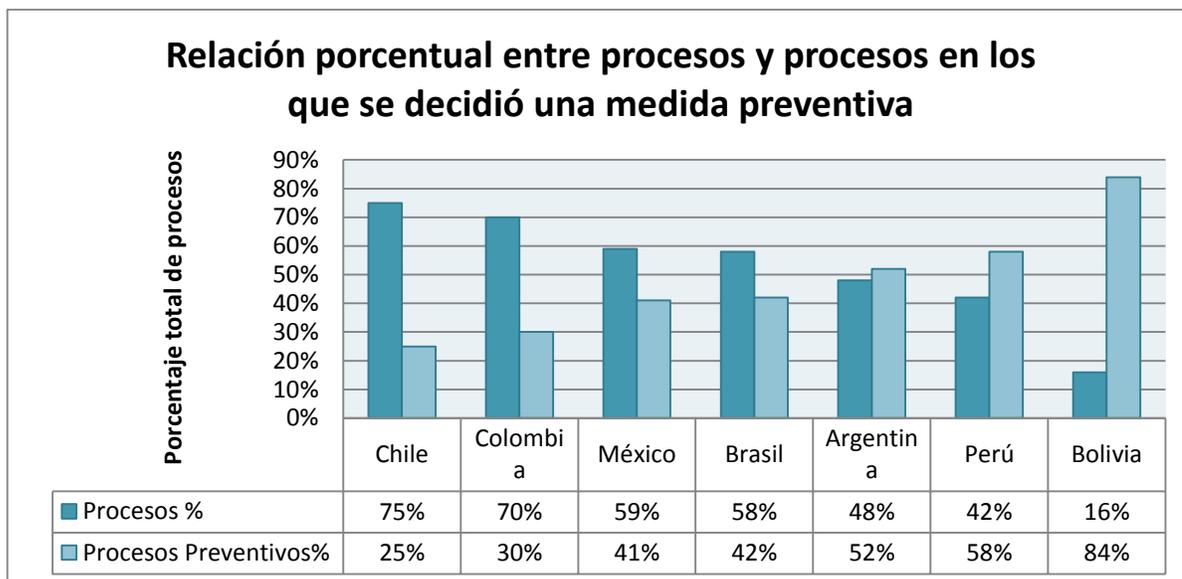


Tabla 1 Relación porcentual entre procesos en los que se decidió una medida preventiva

Fuente. Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington D.C., 01 de noviembre de 2012) pagina 5. Documento plenamente referenciado en la bibliografía.

El documento denominado “Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas...”, ya referenciado plenamente a pie de página, nos ofrece además de los datos estrictamente numéricos (cuantitativos), algunos aspectos cualitativos que reportan bastante interés para el presente trabajo, en torno a la información sobre la prisión preventiva en Colombia. En primer lugar, el documento señala que en el caso de Colombia: “No se ha podido recabar información sobre el plazo real de la prisión preventiva para ver si se están cumpliendo de manera adecuada los plazos legales. Esto indica una deficiencia de la información en cuanto a lo que respecta a los usos y controles de la prisión preventiva”⁵². En segundo lugar, se señala que tanto en Colombia como en Chile, los operadores judiciales no tienen claros los criterios para determinar cuándo aplica la prisión preventiva: “Finalmente, sobre la aplicación de los criterios que

⁵² Dejusticia – Centro de estudios de derecho justicia y sociedad. Et., al. Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington DC., 01 de noviembre de 2012), p. 6.

sustentan la prisión preventiva existen formulaciones diferentes y en muchos casos una lectura equivocada por parte de los operadores del sistema”⁵³.

Así mismo, resulta llamativo el hecho de que se indique, en este informe, que la calidad de la información recolectada en nuestro país es bastante deficiente: “En algunos Estados la información se produce con periodicidad sin embargo es limitada. (...) En Colombia se produce cada mes, pero es excesivamente general y de baja calidad.”⁵⁴ Sin embargo, es esta la información –oficial– con la que contamos y con la cual trabajaremos, y donde se nos indica que de cada 100 colombianos presos, 30 se encuentran en detención preventiva.

5.1. Abuso de la prisión preventiva en México

México al igual que Colombia, es un país que en fechas recientes ha adoptado un modelo penal de corte acusatorio, por medio del cual se da paso a la oralidad. En el caso mexicano, este cambio fue posible gracias a la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia penal, publicada el 18 de junio de 2008, la cual se pone especial énfasis –artículo 19– en las múltiples medidas cautelares que resultan aplicables dentro del proceso penal, indicando que la medida de la “prisión preventiva” es sólo una más entre las muchas opciones con que cuenta la Administración de justicia. Se la presenta así, como la *última ratio*⁵⁵.

Se debe precisar que la reforma penal del sistema mexicano tiene entre sus principales objetivos, el de poner fin a una aplicación excesiva e injustificada de la medida cautelar

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 20.

⁵⁵ CHACÓN ROJAS, Oswaldo y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos Faustino. *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*. Editado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación Para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México D.F., 2014, p. 16 (sin más datos).

de prisión preventiva⁵⁶. En ese sentido, la doctrina mexicana ha venido indicando de manera insistente desde hace ya bastante tiempo que, el uso de las medidas cautelares no puede justificarse de la misma manera en que se justifica la pena privativa de libertad⁵⁷. Lo anterior quiere decir que, la prisión preventiva no puede ni debe operar como una medida restrictiva o de prevención general. La razón de ser de la prisión preventiva es bastante diferente, ya que sólo se justifica en tanto se la considera como una medida cautelar⁵⁸, más no como el adelanto de la pena.

Las medidas cautelares en el caso mexicano tienden exclusivamente a proteger y garantizar la realización de funciones procesales. Por lo cual, solo pueden ser aplicadas bajo dos circunstancias: a). Cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad y, b). Cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del derecho (peligro de fuga)⁵⁹. En relación con este último presupuesto se debe indicar que no se determina de manera abstracta, pues solo opera cuando existen antecedentes o tentativas de fuga por parte del imputado.

Sin embargo, en México al igual que en los demás países de la región, especialmente de Centro y Suramérica, la teoría no va de la mano con la práctica. Mientras que por un lado van las leyes por otro bien distinto va su aplicación. Esto se hace evidente cuando se constata que la prisión preventiva lejos de ser una medida excepcional, ha terminado por convertirse en regla de aplicación general, con lo cual se tergiversa su esencia y de paso se vulnera el derecho de presunción de inocencia. Punto sobre el cual ya se ha

⁵⁶ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*. Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Procesal UNAM. En: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf> consultado por última vez el 15 de julio de 2015.

⁵⁷ CHACÓN ROJAS, Oswaldo y otros. ÓP. Cit., p. 25.

⁵⁸ Cfr. SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo. *El juez penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010; GONZÁLEZ CHEVES, Héctor. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*, México, Fontamara, 2009; EMBRIS VASQUEZ, José Luis, *Medidas cautelares su transición al sistema acusatorio*, México, Porrúa, 2011.

⁵⁹ CHACÓN ROJAS, Oswaldo y otros. ÓP. Cit., p 54.

pronunciado en reiteradas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH⁶⁰.

En relación con este tema la doctrina mexicana ha sido bastante prolija a la hora de presentar estudios y debate sobre el tema. Todos llegan a la misma conclusión: el abuso de la prisión preventiva por parte de las autoridades judiciales. Entre los estudios más destacados sobre el tema encontramos los que ha realizado el tratadista Zepeda Lecuona, adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM, especialmente el titulado, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México”.

Son varios los datos relevantes que se obtienen a partir de este estudio. El primero de ellos, indica que, “El día de hoy 90 mil de las 210 mil personas encarceladas en México no tienen sentencia, es decir, está recluidas mientras dura su proceso, están en prisión preventiva. Son legalmente inocentes (hay presunción de que se es inocente hasta tanto no haya una sentencia condenatoria), pero en la práctica están padeciendo una sanción que debería ser sólo para las personas legalmente declarada responsable de un delito”, y en segundo lugar, “el fenómeno de la prisión preventiva está creciendo (...). Cada vez hay más personas en prisión y una proporción muy significativa (42.8%) están sujetos a prisión preventiva”⁶¹.

⁶⁰ Cfr. Informe N 2/97 de la CIDH. En dicho informe la CIDH señaló que sólo por razones legítimas se puede justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Sin embargo, la Comisión indicó que tiene la convicción de que, en todos los casos, deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual. Las justificaciones que mencionó la CIDH en dicho informe son: la presunción de que el acusado ha cometido un delito, el peligro de fuga, el riesgo de comisión de nuevos delitos, la necesidad de investigar y la necesidad de colusión, el riesgo de presión sobre los testigos, y la preservación del orden público.

⁶¹ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México D.F., Ponencia presentada ante el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf> consultado por última vez el 15 de julio de 2015.

Este creciente aumento –irracional y desmedido– en el uso de la prisión preventiva fue el que llevo a que se presentara la correspondiente reforma constitucional y penal del 2008, por medio de la cual se perseguía, entre otros objetivos, hacer de la prisión procesal la *última ratio*.

5.2. La prisión preventiva en Chile, un ejemplo a seguir

En el caso chileno la reforma por medio de la cual se pasa de un proceso inquisitivo a uno oral y público se presenta en el año 2000. Al igual que en las demás legislaciones de la región, en Chile se considera que el investigado o imputado se encuentra cobijado por la presunción de inocencia. Lo que no impide que se pueda dar una limitación en el ejercicio de sus derechos con el fin de garantizar: a). El adecuado curso del proceso, b). El cumplimiento de lo ordenado en la sentencia (tanto en sus aspectos penales como civiles)⁶².

Atendiendo a la clasificación doctrinal clásica, en Chile las medidas cautelares pueden ser reales o personales. Estas últimas son las que de una u otra manera imponen restricciones sobre la libertad del imputado, incluyendo la legislación chilena las siguientes: a. la prohibición de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale; b. la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; c. la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine; d. la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal; e. la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; f. la prohibición de comunicarse con personas determinadas; g. la prohibición

⁶² AHUMADA, Alejandra; FARREN, Diego y WILLIAMSON, Bernardita. *Los cotos de la prisión preventiva en Chile*. En: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/737.pdf> consultado por última vez el 15 de julio de 2015.

de aproximarse al ofendido o a la familia. Estas medidas tienen el carácter de “acumulables”, lo que quiere decir que se puede imponer más de una.

En cuanto a la regulación judicial y constitucional de las medidas cautelares personales tenemos lo siguiente, “El principio general consagrado en el artículo 19 número 7 de la Constitución Política Chilena indica que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Garantía constitucional que figura igualmente en el Código Procesal Penal chileno (título primero del libro primero), donde aparece referido como un principio básico. El artículo 139 del mismo ordenamiento señala que, “la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”.

En cuanto a los requisitos para ordenar o imponer la medida cautelar denominada prisión preventiva, los encontramos en el artículo 140 del Código Penal Procesal Chileno, allí puede leerse que una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que quien la solicita demuestre que se cumplen los siguientes requisitos:

- a. Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare.
- b. Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor; y
- c. Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga.

Pasando ya al aspecto cuantitativo, tenemos que en Chile la aplicación de la prisión preventiva es relativamente bajo en comparación con otros países de la región: el porcentaje de personas privadas de libertad sin juicio es de 26.4%, preocupante pero no al nivel de la crisis que vive Bolivia, por ejemplo, donde alcanza el 84%, o Paraguay, con 73%. En cuanto al tiempo promedio que una persona pasa en prisión previa al juicio es de 121 días, unos cuatro meses, tiempo que también resulta bajo si se le compara, por ejemplo, con México, donde es de casi un año⁶³.

La conclusión que se impone es de Perogrullo, sin embargo, exige ser enunciada. Los países de Latinoamérica que en fechas recientes han adoptado modelos procesales penales de marcada tendencia acusatoria, acogiendo dentro de su normativa criterios bastante similares, por no decir idénticos, en relación con la prisión preventiva, que es presentada como la última ratio a la cual debe acudir únicamente en ciertos casos específicos y, valga la redundancia, excepcionales.

Sin embargo, esto no ha conllevado necesariamente a que en todos estos países se obtengan resultados similares. A manera de ejemplo puede indicarse que México y Chile poseen normativas penales bastante similares en materia de prisión preventiva, sin embargo, los resultados de su aplicación no podrían ser más disímiles y distantes. Mientras que en el primero se hace un uso irracional de dicha figura el segundo se presenta como uno de los países de la región con un índice más bajo en su aplicación. La conclusión que se impone nos indica entonces que en el fondo el asunto no es exclusivamente de legislación y normas. La problemática va mucho más allá y pasa por aspectos relacionados con la política criminal, la formación de los jueces y los recursos disponibles para el ejercicio adecuado y correcto de la Administración de justicia.

⁶³ Cfr. <http://redjusticiaprevia.com/amenaza-de-retroceso-en-chile-por-abuso-de-prision-preventiva/> consultado por última vez el 15 de julio de 2015, documento sin más datos.

6. REFLEXIÓN FINAL

Tras revisar la normatividad y la jurisprudencia constitucional más representativa sobre la materia, surgen dos inquietudes. En primer lugar, se aprecia por parte del Gobierno Nacional, especialmente en el periodo del expresidente Álvaro Uribe Vélez, una marcada tendencia por aumentar las penas imponibles a ciertos delitos, así como aumentar la cantidad de medidas privativas de la libertad en fase de indagación o investigación preliminar, idea que se continuó bajo la presidencia de Juan Manuel Santos, siendo prueba de ello el famoso “Estatuto de Seguridad Ciudadana” – Ley 1453 de 2011–. No cabe duda entonces, de que nos hemos vuelto un país carcelero, o por lo menos, de que tenemos la firme intención de serlo.

El Gobierno ha partido de la errada idea, según la cual, el aumento de las penas, incide directamente en la disminución de la delincuencia, con lo cual ha demostrado su falta de claridad y planificación a la hora de adoptar medidas en materia de política criminal. Sobre este tema se hace necesario traer de nuevo a colación lo que señalará el reconocido tratadista y catedrático, Luis Ernesto Chiesa Aponte, sobre cómo el aumento de las penas no repercute en forma necesaria en la disminución del accionar delictivo: “El endurecimiento de la pena no garantiza nada, debido a que si una persona cree que existe un 1% de probabilidad de que le impongan una pena de 99 años, en realidad, en términos de rendimiento esperado, delinquir no le parecerá tan problemático, porque cree que no lo van a capturar ni a condenar. En cambio si una persona sabe que existe un 90% de probabilidad de que le impongan una pena de 6 años, eso es mucho más serio (...)”⁶⁴.

⁶⁴ MORENO RIVERA, Luis Gustavo. *El falso testimonio*. Ediciones Nueva Jurídica. 1ª ed., Bogotá, 2014, p. 148.

La segunda inquietud que surge, se relaciona directamente con la propia jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional ha sido testigo de cómo el Gobierno Nacional ha promovido la expedición por parte del Legislativo de ciertas normas, que se sabe van en contravía, de lo que ha sido claramente expuesto en la jurisprudencia constitucional, donde se señala en forma reiterada que la prisión procesal debe operar como un mecanismo excepcional, que no puede atender en forma exclusiva a criterios objetivos de peligrosidad de la conducta.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a las diferentes normas por medio de las cuales el Gobierno ha pretendido desconocer que la detención preventiva o prisión procesal es una medida excepcional, ha sido siempre coherente y homogéneo. Coherente al señalar que la prisión preventiva, si bien posee fundamento constitucional, es una situación excepcional que solo puede darse una vez satisfechos los presupuestos constitucionales ya señalados páginas atrás. Y homogéneo al señalar que, para determinar el “peligro que el sindicado representa para la sociedad”, no se pueden olvidar los presupuestos establecidos en los artículos 308 y 310 del Código de Procedimiento Penal.

Una inquietud queda entonces flotando en el aire; por que la Corte Constitucional ha optado siempre por declarar la exequibilidad condicionada de las diferentes normas que apuntan a convertir la peligrosidad de la conducta en requisito objetivo que permite la imposición de la detención preventiva. Porque ha optado, por aceptar que se continúe “remendando” una norma que desde el principio fue clara, y que encuentra los motivos de su claridad tanto en la Carta Política como en la Ley 906 de 2004. Si bien, no estamos en capacidad de responder a estos interrogantes, si estamos en capacidad de señalar que en afán de la claridad y del respeto por la Carta Política del 91, la Corte Constitucional, en su momento, debió proceder a declarar la inexecuibilidad de las normas expedidas, por medio de las cuales se ha pretendido fijar la sola peligrosidad de la conducta como motivo suficiente para imponer la detención preventiva.

Recordemos lo ya señalado, donde se indicó que la detención preventiva, de acuerdo a la Constitución Política de 1991 y la Ley 906 de 2004, artículos 308 y 310, opera como una regla, que de acuerdo con la teoría constitucional: “(...) contienen disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas (...) ALEXI va más allá. Afirma que las reglas y los principios no solo se diferencian por el grado de generalidad, sino que también hay diferencias cualitativas; se trata de dos tipos de normas disimiles (...) Las reglas (...) son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Ej.: El artículo 267 de la Constitución Colombiana contiene los requisitos y el procedimiento para la designación del Contralor General de la República y así debe hacerse”⁶⁵.

Ateniéndonos a la doctrina constitucional, podría afirmarse que la exigencia contenida en el artículo 28 superior, según la cual, nadie podrá ser detenido sino en virtud del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y con los motivos previamente definidos en la ley, constituye una regla cuya aplicación fue claramente establecida en la Ley 906 de 2004, artículos 308 y 310. Luego, los intentos posteriores del gobierno por establecer elementos objetivos van en clara contravía de los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia, de que deberían gozar todos los colombianos. Desconociendo además, que el sistema acusatorio surgió como un sistema garantista, pues no en balde es el nombre que se da a sus jueces: jueces de control de garantías.

Una cosa queda en claro tras estas palabras: nuestro país nunca ha contado con una política criminal clara, definida y seria, pues en vez de avanzar, retrocedemos. En la

⁶⁵ SUAREZ-RODRIGUEZ, José Julián. *El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista*. En: Revista Civilizar 12 (22): 57-76, enero junio de 2012. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, p. 61.

época de Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, quien fuera ministro del interior entre 1959 y 1960, y quien tuviera la brillante idea de señalar que los indigentes debían ser privados de la libertad en cuanto se presuponía su peligrosidad. Idea respecto de la cual, la actual legislación penal, no se encuentra muy alejada, pues resulta evidente que hemos vuelto a las teorías del *peligrosismo* expuestas a comienzos del siglo XX por Ferri en el positivismo penal.

Dentro de las últimas medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, tenemos que en los últimos días del mes de octubre de 2014, el Ministro de Justicia, Yesid Reyes Alvarado, y el Fiscal General de la Nación, radicaron ante el Senado de la República, un proyecto de ley a través del cual se persigue transformar la detención preventiva, para que la misma opere solo en ciertos casos excepcionales, por lo cual el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

- a). La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
- b). El número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos.
- c). El hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
- d). La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- e). Que se trate de abuso sexual con menor de 14 años.
- f). Que el imputado haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada.

6.1. Avances de la Ley 1760 de 2015

En fecha reciente, faltando muy poco tiempo para concluir el presente trabajo, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 1760 de 2015 (julio 06), por medio de la cual se “*Modifica el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) en lo relacionado con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad*”.

Una de las principales novedades de esta norma radica en los profundos cambios que se le introducen al artículo 307 del CPP. Cambios de los cuales se sigue que *el término de la detención no podrá exceder de un año*. Aclarando que el mismo se podrá prorrogar en tres circunstancias: a) cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, b) cuando sean tres o más los acusados y c) cuando se trate de investigaciones o juicios por corrupción.

Si bien, a primera vista, los cambios introducidos por la Ley 1760 de 2015 parecen mayormente favorables y acordes con el garantismo penal que debe imperar en un sistema de corte acusatorio, resultaría demasiado apresurado, por no decir imposible, emitir un juicio en este momento, puesto que la misma norma indica que esta disposición entrará en vigor hasta dentro de un año, esto será a mediados de 2016.

Sin embargo, dos posibles interpretaciones se puede sacar en limpio desde ahora. La primera –ya señalada–, la medida resulta mayormente garantista y acorde con un sistema penal de corte acusatorio. La segunda, no tenía mayor sentido diferir la entrada en vigencia de la norma a un año después de su entrada en vigor, mucho más si nos atenemos al principio de favorabilidad, el cual le permitirá invocar a quienes han sido detenidos preventivamente, en cualquier tiempo, solicitar su excarcelación con fundamento en el nuevo contenido del artículo 307 del CPP, y donde lo que se viene es una avalancha de solicitudes represadas, respecto de las cuales se perdió un año para su resolución.

Atendiendo, por fin, a los lineamientos constitucionales que desde hace ya décadas ha venido proponiendo la Corte Constitucional, la Ley 1760 de 2015 ha pretendido “racionalizar” la detención preventiva, mediante la imposición de una obligación a los jueces, quienes de ahora en adelante quedan obligados a demostrar que ninguna de las otras medidas de aseguramiento son útiles para evitar que el sindicado obstruya el proceso o continúe delinquiriendo. Se avizora entonces ya desde ahora, que se hará necesario un gran desarrollo jurisprudencial capaz de explicar de manera clara y concreta en qué consiste la “racionalización” de la prisión preventiva y procesal. Igualmente, se exige de este esfuerzo jurisprudencial por venir, que corra paralelo a la norma, pues no podemos olvidar que hasta el momento lo que hemos tenido en materia de prisión preventiva son sentencias que van por un lado y leyes de seguridad que corren en una dirección diametralmente opuesta.

Más allá de todos estos cambios introducidos por la Ley 1760 de 2015 que venimos exponiendo, uno de los mayores avances de esta norma radica en reafirmar una postura abierta y clara frente al *peligrosismo*, postura que ya debería estar superada, pero que nuestros gobernantes, por razones de populismo, cada cierto tiempo se empeñan en revivir. En esta materia la norma bajo comentario es clara al indicar que para determinar si la libertad del imputado representa un peligro, no basta con valorar la gravedad y modalidad de la conducta, así como la pena imponible. En tanto se le exige al juez valorar:

- a). La continuación de la actividad delictiva o la probable vinculación del sindicado con organizaciones criminales.
- b). El número de delitos imputados y la naturaleza de los mismos.

- c). El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
- d). La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- e). Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
- f). Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
- g). Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Se debe mencionar, en último lugar, que otro de los grandes avances de esta norma radica en establecer términos claros y precisos. Por ejemplo, entre la presentación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia de juicio no podrán transcurrir más de 120 días, y entre el inicio de la audiencia de juicio oral y la lectura de fallo no podrán transcurrir más de 150 días.

Para concluir es necesario indicar que en términos generales la Ley 1760 de 2015 constituye un gran avance que permitirá, si se aplica correctamente, consolidar un modelo de corte acusatorio verdaderamente garantista. Poniéndonos así en consonancia con la normatividad internacional que había sido recogida por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, pero que infortunadamente no había tenido una buena acogida y, menos aún, una verdadera aplicación práctica.

Reiteramos que aún es demasiado pronto para conocer cuáles serán los efectos concretos de la Ley 1760 de 2015 sobre la prisión preventiva o procesal en nuestro medio, pues si bien, su texto constituye un avance, no sería de extrañar su inadecuada aplicación o, peor aún, su inaplicación absoluta en razón de una interpretación jurisprudencial amañada o de nuevas normas de carácter populista y peligrosista que pongan en riesgo su concreción. Pasando así la Ley 1760 de 2015 a convertirse en un simple manojito de buenas intenciones. Cualquier cosa puede suceder.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS Y RESULTADOS

1. LOS DATOS RECOLECTADOS

El DRAE define el término “dato” como proveniente del latín *datum* –lo que se da–, y que consiste en el antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho. Un autor ya clásico en materia de investigación, como lo es Sabino, señala que: “Por dato entendemos cada uno de los elementos de información que ha de ser recogido durante el desarrollo de la investigación, y con base en los cuales, en su conjunto, podrán extraerse conclusiones de relevancia con relación a marco teórico elaborado”⁶⁶.

Al ser esta una investigación exploratoria, tal como se señaló en la Introducción, se hizo necesario recolectar la información que nos permitiera establecer qué tan efectivas han sido las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en el Distrito Judicial de Tunja entre los años 2010 a 2012.

En esta tarea se recolectaron los siguientes datos:

a). Documento en un folio de la Dirección Seccional de Fiscalías de Tunja, con fecha 05 de febrero de 2014, y en el cual se nos informa que aparecen registradas entre enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012 un total de 999 medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

b). Documento en un folio de la Dirección Seccional de Fiscalías de Boyacá, donde se nos informa que en el Distrito judicial de Tunja se encontró el registro de comisión de

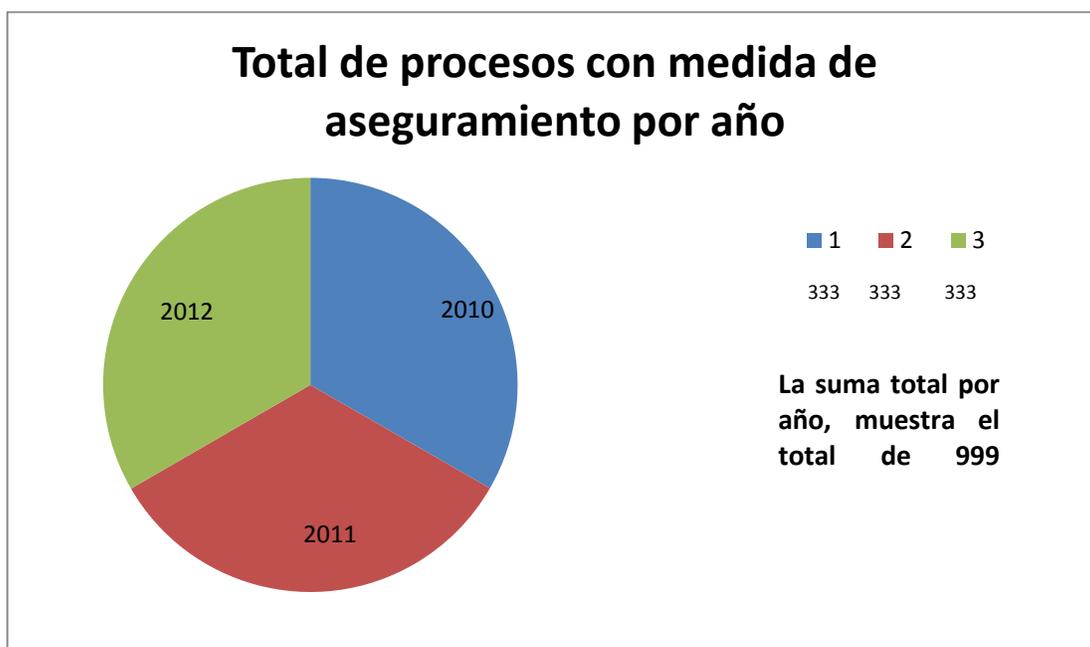
⁶⁶ SABINO, Carlos A. *El proceso de investigación*. Editorial Panamericana, Bogotá, 1995, p. 87.

conductas punibles, con los siguientes datos: en el año 2010 equivalente a 14.885, en el año 2011 equivalente a 15.453 y en el año 2012 equivalente a 14.038.

c). Así mismo, se elaboró un cuestionario que fue diligenciado por 15 jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja, obteniendo unos datos que se analizaran en título siguiente.

Todo lo anterior se puede representar gráficamente y en forma ordenada, de la siguiente manera:

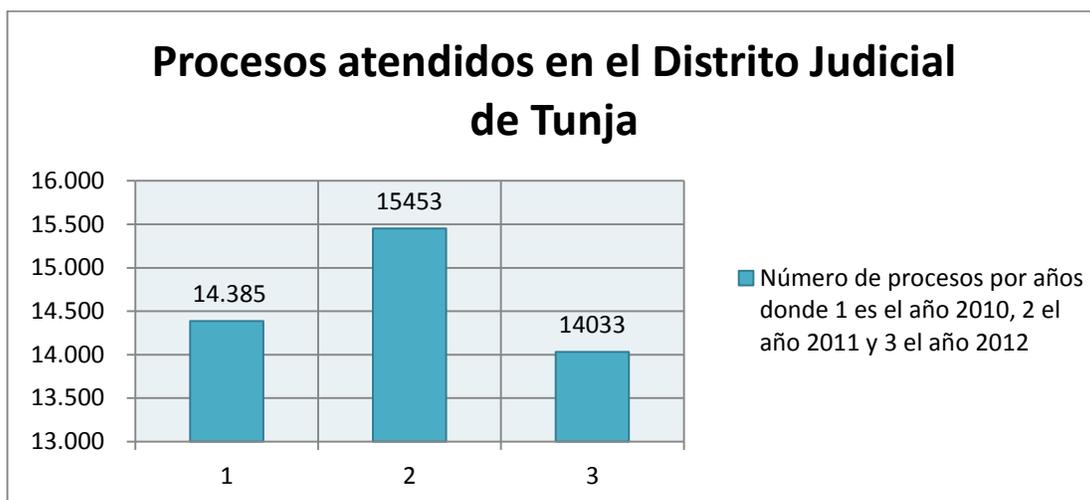
En primer lugar, tendríamos que si nos atenemos a la información recolectada en el documento (a), en el Distrito Judicial de Tunja se profirieron entre 2010 y 2012, en promedio, 333 medidas de aseguramiento privativas de la libertad en forma anual:



Fuente. Autoría propia.

Tabla 2 Total de procesos con medida de aseguramiento por año

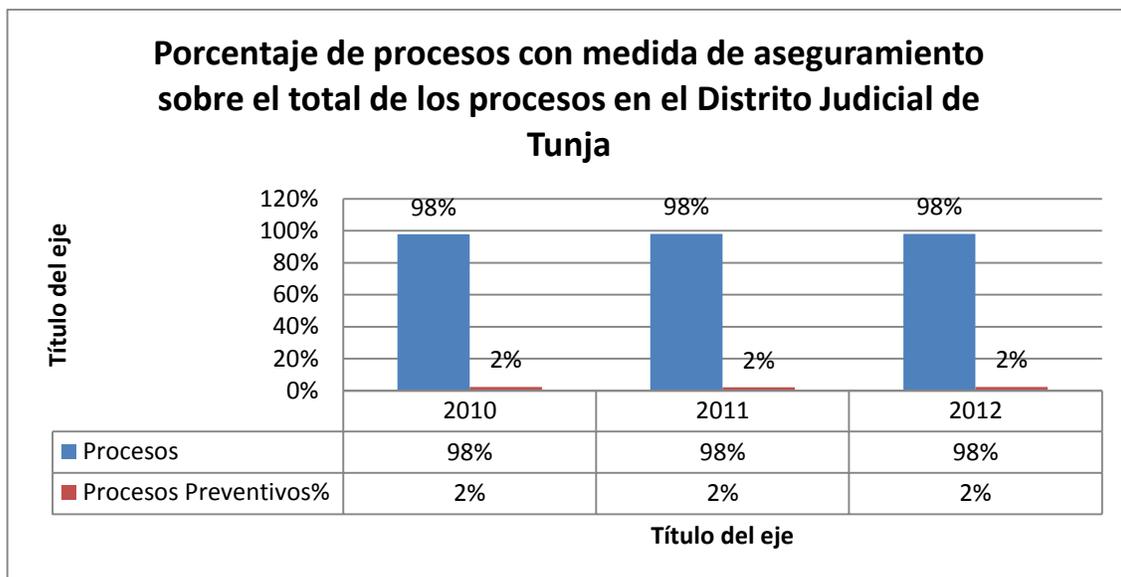
En segundo lugar, en relación con la cantidad de procesos atendidos en el Distrito Judicial de Tunja entre los años 2010 a 2012, tendríamos la siguiente representación gráfica:



Fuente. Autoría propia.

Tabla 3 Procesos atendidos en el Distrito Judicial de Tunja

Recolectados y organizados estos datos, nos resulta posible pasar a establecer el porcentaje de equivalencia, lo que nos exige saber, en términos porcentuales, a cuánto equivalen las 333 medidas de aseguramiento privativas de la libertad que se profieren en forma anual, con relación al 100% de los procesos adelantados en un año, lo que nos arroja entonces la siguiente gráfica:



Fuente. Autoría propia.

Tabla 4 Porcentaje de procesos con medidas de aseguramiento

La importancia de esta gráfica radica en que nos permite concluir que: mientras a nivel nacional el porcentaje de medidas de aseguramiento privativas de la libertad es del 30%, o sea que de cada 100 personas detenidas en una prisión colombiana, 30 aún no han sido condenadas. En el Distrito Judicial de Tunja este porcentaje es de tan solo el 2%, número que resulta bastante bajo en relación con el promedio nacional.

Surge entonces la pregunta sobre la causa de un nivel tan reducido en la cantidad de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, inquietud frente a la cual estamos en capacidad de brindar una respuesta, que si bien no apunta a ser precisa, si puede ser considerada como bastante plausible.

Lo primero que se debe señalar es que los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja, poseen un muy buen conocimiento de la normatividad y la jurisprudencia constitucional que rigen lo relacionado con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad –tal como se demuestra en el título siguiente–. Y por lo tanto, saben que las medidas privativas de la libertad son excepcionales, y que solo deben ser

impuestas cuando se da cumplimiento a la amplia gama de requisitos formales, legales, constitucionales y jurisprudenciales exigidos.

A lo anterior se debe agregar una variable que si bien no ha sido medida en este trabajo, resulta innegable que debe haber influido en los resultados del mismo: los delitos que se presentan en la totalidad del departamento de Boyacá, incluido desde luego, el Distrito Judicial de Tunja, no son delitos de mayor impacto, se trata, en síntesis, de delitos que no ameritarían la detención preventiva. Si nos atenemos por ejemplo al más reciente reporte entregado por la policía de Boyacá en 2013, encontraremos que los delitos más comunes son las lesiones personales simples y el hurto simple. Así mismo, se presentaron caso de “atracos” a personas, hurtos al comercio, hurto a residencias, abigeato, hurto de vehículos, entre otros.

1.1. Cuestionario aplicado

Con el ánimo de recolectar información sobre el conocimiento que los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja poseen sobre la jurisprudencia constitucional que trata lo relacionado con las medidas cautelares privativas de la libertad, se elaboró un cuestionario. “El cuestionario es la forma más usada para recolectar datos, pues posibilita medir con mayor exactitud lo que se desea. En general la palabra ‘cuestionario’ se refiere a un medio para obtener respuestas mediante un formulario que el mismo informante diligencia”⁶⁷.

En nuestro caso se aplicó un cuestionario que contiene 10 preguntas, de las cuales 9 son cerradas, y solo la última, la pregunta número 10, es abierta, y en la cual el juez de control de garantías debía responder sobre las que consideraba son las sentencias más

⁶⁷ CERVO, A.L., y BERVIAN, P.A., *Metodología científica*. Editorial McGrawHill. México DF, 1979, p. 95.

importantes que la Corte Constitucional ha emitido en materia de medidas cautelares privativas de la libertad.

En un principio se intentó que los encuestados plasmaran sus nombres para el diligenciamiento del formulario, medida frente a la cual se mostraron bastante reacios, por lo cual se optó porque se identificaran únicamente con el cargo, medida con la que se obtuvieron mejores resultados, pues la idea en un principio era que indicaran simplemente que se desempeñaban como “jueces de control de garantías”, sin embargo, la mayor parte terminó identificándose en forma completa al indicar el Despacho en que labora. Luego, aún sin contar con los nombres, se sabe a qué Despacho judicial corresponde cada formulario diligenciado.

En total se logró recolectar información de 15 jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja, lo que equivale aproximadamente a un 25% del total de la población, muestra que resulta significativa y es más que suficiente para entregar unos resultados válidos. En este punto se debe recordar que: “En el caso de que nuestro universo este compuesto por un número relativamente alto de unidades, será prácticamente imposible, por razones de tiempo y costos, examinar cada una de las unidades que lo componen. En vez de realizar esa fatigosa tarea, procederemos a extraer una muestra de ese universo, o sea un conjunto de unidades, una porción del total, que nos representa la conducta del universo total”⁶⁸. Por lo cual, pasamos a revisar, los resultados que nos arroja la *muestra* recolectada.

Para la pregunta número 1, destinada a saber si los jueces conocen la jurisprudencia de la CIDH sobre medidas cautelares privativas de la libertad, obtuvimos que 8 jueces manifestaron no conocer esta jurisprudencia, lo que no deja de resultar preocupante, pues equivale a más de 50% del total de la muestra. Lo que solo puede ser explicado si se atiende a la poca importancia que los jueces prestan a la jurisprudencia internacional,

⁶⁸ SABINO, Carlos A. *El proceso de investigación*. Editorial Panamericana, Bogotá, 1995, p. 89.

en tanto prefieren centrarse en la jurisprudencia de las corporaciones nacionales, como por ejemplo, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

En la segunda pregunta, destinada a saber si de acuerdo con la Constitución Política de 1991, la libertad puede considerarse como un derecho absoluto, obtuvimos que 13 jueces respondieron acertadamente al señalar que la libertad NO es un derecho absoluto, mientras que 2 jueces indicaron, en forma errada, que la libertad si es un derecho absoluto.

En la tercera pregunta destinada a saber si la “modalidad y gravedad” de la conducta son en sí mismas motivos suficientes para imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, obtuvimos que el 100% de la muestra, esto es 15 jueces, acertaron en su respuesta al considerar que la modalidad y la gravedad de la conducta, por si mismas, no son un motivo suficiente para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Respuesta con la cual se muestra bastante claridad frente al tema.

La cuarta pregunta estuvo destinada a saber si los jueces conocían en que consiste el principio de “legalidad formal” en relación con la limitación de la libertad, y arrojó como resultado que 13 jueces manifestaron conocer dicho principio, y tan solo 2 manifestaron no conocerlo, cifra que si bien es baja, no deja de ser preocupante, pues no resulta fácil de explicar que un juez de control de garantías no sepa que de conformidad con los artículos 29 y 32 de la Constitución Política, el control judicial sobre las capturas debe comprender tanto el aspecto formal como la existencia misma de las ordenes de captura.

La quinta pregunta estaba destinada a saber si de acuerdo a la legislación y la jurisprudencia actualmente vigentes, los fiscales pueden librar o dictar ordenes de captura, obteniendo como respuesta que 5 jueces manifestaron que los fiscales si pueden librar ordenes de captura, mientras que 10 jueces afirmaron que los fiscales no puede

librar ordenes de captura. Asistiendo la razón a los primeros, puesto que de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, el cual adicionó y modificó el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, tenemos excepcionalmente la Fiscalía General de la Nación o su delegado podrán proferir orden de captura escrita y motivada. Luego, la respuesta viene a demostrar gran confusión y desconocimiento sobre este punto específico.

En la pregunta número seis se interroga a los jueces sobre si conocen los requisitos para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad en la residencia del sindicado, y obtuvimos como respuesta que 14 jueces manifestaron conocer dichos requisitos, mientras que solo 1 manifestó no conocerlos.

La pregunta número siete corresponde más a una reflexión casuística, donde se indaga sobre qué harían los jueces de control de garantías en un caso hipotético, en el cual un habitante de la calle ha robado un pan en un supermercado, y la Fiscalía solicita la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad, argumentando principalmente la falta de arraigo del sindicado. Obteniendo como respuesta que el total de los jueces (15), manifestó que en un caso como éste no concedería la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

La pregunta ocho estuvo destinada a saber si los jueces tenían claro en que consiste el principio de proporcionalidad a la hora de imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, y donde se obtuvo como respuesta que el total de los jueces (15) manifestó conocer en que consiste dicho principio y su relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

La pregunta nueve se orientó a saber si los jueces de control de garantías conocían y aplicaban en sus decisiones la jurisprudencia constitucional, obteniendo como respuesta que 13 jueces manifestaron conocer y aplicar dicha jurisprudencia, y tan solo 2 manifestaron no conocerla y/o no aplicarla. Respuesta que nos lleva a pensar en lo

siguiente, si bien muchos jueces conocen la jurisprudencia constitucional son reacios a aplicarla, y se orientan más por la aplicación positivista de la normatividad penal propiamente dicha, Código Penal y Código de Procedimiento Penal, por dos motivos especialmente: a). La complejidad y ambigüedad de la jurisprudencia constitucional, y b). La creencia de que apartarse del Código pueda acarrearles algún tipo de investigación o sanción.

La décima pregunta fue la única que se presentó en forma abierta, y en ella se solicitó a los jueces que indicaran los que consideraban como fallos más relevantes que en materia de medidas cautelares personales privativas de la libertad había expedido la Corte Constitucional, obteniendo como respuesta que los 2 jueces que en la pregunta número nueve manifestaron no conocer la jurisprudencia constitucional, dejaron este espacio en blanco. Mientras que en los otros 13 cuestionarios restantes, se hace común la referencia a las sentencias: C-774 de 2001, C-318 de 2008 y 1198 de 2008, lo que viene a demostrar que los jueces del Distrito Judicial de Tunja, tienen claridad sobre la jurisprudencia constitucional que rige lo relacionado con las medidas cautelares privativas de la libertad.

CONCLUSIONES

A. Conclusiones relacionadas con la jurisprudencia constitucional

- Si pretendiéramos crear una línea jurisprudencial en torno a las medidas de aseguramiento y la libertad personal, necesariamente se habría de empezar por la Sentencia **C-774 de 2001**, donde la Corte Constitucional argumenta que, el legislador no concibió el derecho a la libertad como un derecho absoluto, pues surge directamente del texto constitucional -artículo 28- que en ciertos casos puede darse la privación de la libertad, siempre y cuando, se cumplan los criterios que ha fijado el propio legislador, y que exigen tener en cuenta tanto la razonabilidad como la proporcionalidad de la medida.
- Lo anterior quiere decir que si bien la detención preventiva no va en contravía de la Carta Política, la misma si debe encontrarse ajustada a ciertos requerimientos propios del Estado social de Derecho, y la concepción que dentro de éste se tiene de la libertad personal, por lo cual, para que opere la restricción del derecho a la libertad, han de observarse los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que deben servir para justificar adecuadamente una medida tan drástica. Curiosamente, las definiciones ambiguas que ofrece la Corte Constitucional sobre la razonabilidad y la proporcionalidad nos obligaron a recurrir a la doctrina, con la intención de esclarecer estos conceptos.
- En esta misma Sentencia, C-774 de 2001, se indica igualmente que el desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, impone que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se sometan a estrictas exigencias: a). *Requisitos formales*. Obligación de adoptar la medida de aseguramiento mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida. b). *Requisitos sustanciales*. La existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad -artículo 388 del Código de Procedimiento Penal- o de dos indicios graves de responsabilidad -

artículo 356 del nuevo Código de Procedimiento Penal-, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. En cuanto a los fines de la medida cautelar, señalará la Corte Constitucional que se persigue evitar la fuga de las personas acusadas de un delito, tanto para cumplir con los fines de la instrucción, como para dar cumplimiento a la pena que mediante sentencia se llegare a imponer en un eventual caso.

- La sentencia C-774 de 2001 es además una decisión trascendental, en cuanto en ella se indica que para que sea procedente la detención preventiva no solo se requiere el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales impuestos por el ordenamiento legal, sino que además se exige una garantía, según la cual, quien decreta la medida debe sustentar “la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.
- De la conclusión inmediatamente anterior se sigue que buena parte de las finalidades constitucionales de la prisión preventiva se recogen en la Ley 906 de 2004, sin que tal enumeración –artículo 308 CPP– resulte taxativa, pues si nos atenemos a la textura abierta de la norma, siempre resultará posible encontrar más finalidades constitucionales. A manera de ejemplo, nos indica la Corte Constitucional, que en el artículo 250 de la Carta Política se recoge una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores, sin embargo, aclara la propia Corte, que con esto no se agota el ámbito de indeterminación del concepto. La tarea de determinar el concepto se encuentra en cabeza del legislador, el cual posee unos límites, por lo cual al pronunciarse sobre la materia deberá considerar el carácter excepcional de las medidas cautelares, así como los principios y derechos constitucionales.
- Las sentencias C-385 de 2002 y C-805 de 2002, permiten ampliar y precisar lo indicado en Sentencia C-774 de 2001, en la cual se señaló que las medidas de aseguramiento –privativas de la libertad– debían sujetarse a fines constitucionalmente admisibles: a). Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal. b). Impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que

emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción. c). Proteger a las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso y a la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual. Elementos a los cuales se les debe dar una lectura constitucional en los siguientes términos: a). Necesidad de la medida de aseguramiento, la cual, no puede proferirse con fundamento en motivos arbitrarios o caprichosos. Pues debe fundarse en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto. b). Proporcionalidad, la medida debe ser proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica. Por ejemplo, sería desproporcionado que a pesar de que la medida no sea necesaria para garantizar la integridad de las pruebas, o la comparecencia del sindicado a la justicia, se ordenara la detención preventiva. c). Convicción acerca de la probabilidad de que el procesado sea el autor de la conducta punible investigada. Este último punto (c), se relaciona con el parámetro establecido en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, el cual exige cuatro requisitos que señalan la existencia de motivos fundados para asegurar: 1. Que se trate de indicios. 2. Que sean por lo menos dos indicios. 3. Que sean graves. 4. Que indiquen responsabilidad, es decir, que indiquen que la conducta fue típica, antijurídica y culpable. Estos indicios deben basarse en pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

- En la Sentencia C-318 de 2008 nuevamente se hace referencia al principio de proporcionalidad, que en este caso aparece como un límite que se impone al legislador: la libertad del legislador no es absoluta, pues encuentra sus límites en los propios fines constitucionales y en los derechos fundamentales de los asociados, así como en las restricciones que le imponen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Concluyendo la Corte Constitucional que los criterios puramente objetivos, como los fijados en el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, resultan insuficientes para justificar la razonabilidad de la prohibición de una medida sustitutiva a la privación de la libertad en establecimiento carcelario.

- En la Sentencia C-318 de 2008 al igual que en la C-774 de 2001 se considera que los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad son principios, pero también criterios, así como exigencias (¿?). Más curioso aún resulta que la Corte Constitucional no entre a ofrecer una definición clara y precisa de este principio-criterio-exigencia, por lo cual, para arrojar algo de claridad sobre este punto, en el trabajo debimos acudir a criterios doctrinales.
- En la Sentencia C-1198 de 2008 (relacionada con el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, por medio del cual se modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004) la Corte Constitucional es clara al reiterar que la detención de una persona debe tener un carácter excepcional, y por lo tanto, la modalidad y la gravedad de las conductas no pueden ser los criterios de mayor relevancia para la imposición de medidas restrictivas de la libertad. Concluye la Corte, señalando que el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 no atiende a la jurisprudencia que con anterioridad había proferido esa corporación. Se refiere especialmente a la ya tratada sentencia C-774 de 2001, la cual había establecido que: “no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.
- El Legislativo profiere normas que contravienen lo que ya ha sido claramente expresado y establecido en la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional ha sido testigo de cómo el Gobierno Nacional ha promovido la expedición por parte del Legislativo de ciertas normas que van en contravía de lo que ha sido claramente expuesto en la jurisprudencia constitucional, donde se señala en forma reiterada que la prisión procesal debe operar como un mecanismo excepcional, que no puede atender en forma exclusiva a criterios objetivos de peligrosidad de la conducta.
- El pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a las diferentes normas por medio de las cuales el Gobierno ha pretendido desconocer que la detención preventiva o

prisión procesal es una medida excepcional, ha sido siempre coherente y homogéneo. Coherente al señalar que la prisión preventiva, si bien posee fundamento constitucional, es una situación excepcional que solo puede darse una vez satisfechos los presupuestos constitucionales ya señalados páginas atrás. Y homogéneo al señalar que para determinar el “peligro que el sindicado representa para la sociedad”, no se pueden olvidar los presupuestos establecidos en los artículos 308 y 310 del Código de Procedimiento Penal.

- Queda en claro que nuestro país nunca ha contado con una política criminal clara, definida y seria, pues en vez de avanzar, retrocedemos. En la época de Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, quien fuera ministro del interior entre 1959 y 1960, y quien tuviera la brillante idea de señalar que los indigentes debían ser privados de la libertad en cuanto se suponía su peligrosidad. Idea respecto de la cual, la actual legislación penal, no se encuentra muy alejada, pues resulta evidente que hemos vuelto a las teorías del *peligrosismo* expuestas a comienzos del siglo XX por Ferri en el positivismo penal.

B. Conclusiones relacionadas con el trabajo de campo

- Se obtuvo información según la cual aparecen registradas entre enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012 un total de 999 medidas de aseguramiento privativas de la libertad. En cuanto al registro de comisión de conductas punibles, se obtuvieron los siguientes datos: en el año 2010 equivalente a 14.885, en el año 2011 equivalente a 15.453 y en el año 2012 equivalente a 14.038.
- Se concluyó que a nivel nacional el porcentaje de medidas de aseguramiento privativas de la libertad es del 30%, o sea que de cada 100 personas detenidas en una prisión colombiana, 30 aún no han sido condenadas. En el Distrito Judicial de Tunja este porcentaje es de tan solo el 2%, número que resulta bastante bajo en relación con el promedio nacional.

- Se determinó que los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja, poseen un buen conocimiento sobre la normatividad y la jurisprudencia constitucional que rigen lo relacionado con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, las cuales son vistas como excepciones que solo deben ser impuestas cuando se cumplen a cabalidad los requisitos formales, legales, constitucionales y jurisprudenciales exigidos.
- Se determinó que más del 50% de los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja desconocen la jurisprudencia de la CIDH sobre medidas cautelares privativas de la libertad, y propusimos como hipótesis tentativa que este hecho solo puede ser explicado si se atiende a la poca importancia que los jueces prestan a la jurisprudencia internacional, en tanto prefieren centrarse en la jurisprudencia de las corporaciones nacionales, como por ejemplo, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.
- Se determinó que casi el 90% de los jueces del Distrito Judicial de Tunja conocen que la libertad no es un derecho absoluto, puesto que su privación encuentra sustento constitucional en el artículo 29 superior, del cual se sigue que con el cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales se pueden imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad.
- Se pudo establecer que el 100% de los jueces del Distrito Judicial de Tunja, saben que la modalidad y la gravedad de la conducta, por sí mismas, no son motivos suficientes para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Lo que demuestra bastante claridad frente al tema.
- Se pudo establecer en relación con el principio de “legalidad formal” que más del 85% de los jueces conocen dicho principio, y tan solo un número muy bajo, manifestó no conocerlo, lo que no deja de ser preocupante, pues no resulta fácil de explicar que un juez de control de garantías no sepa que de conformidad con los artículos 29 y 32 de la

Constitución Política, el control judicial sobre las capturas debe comprender tanto el aspecto formal como la existencia misma de las órdenes de captura.

- Se determinó que un 33% de los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja desconocen que de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, el cual adicionó y modificó el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, excepcionalmente la Fiscalía General de la Nación o su delegado podrán proferir orden de captura escrita y motivada. Se demuestra entonces gran confusión y desconocimiento sobre este punto específico.
- Se pudo establecer que más del 90% de los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja conocen los requisitos exigidos para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad en la residencia del sindicado.
- Se pudo establecer que más del 90% de los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja tienen claro en que consiste el principio de proporcionalidad y cómo opera a la hora de imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad.
- Se pudo establecer que casi el 90% de los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja conocen y aplican en sus decisiones la jurisprudencia constitucional. Para explicar por qué el 10% restante no aplica la jurisprudencia constitucional, propusimos una hipótesis tentativa, según la cual, la mayoría de los jueces conocen la jurisprudencia constitucional, son reacios a aplicarla y se decantan más por la aplicación positivista de la normatividad penal propiamente dicha, Código Penal y Código de Procedimiento Penal, por dos motivos especialmente: a). La complejidad y ambigüedad de la jurisprudencia constitucional, y b). La creencia de que apartarse del Código pueda acarrearles algún tipo de investigación o sanción.
- Se pudo establecer que casi el 90% de los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja conocen los fallos constitucionales más relevantes en materia

de medidas cautelares privativas de la libertad. Especialmente las sentencias C-774 de 2001, C-318 de 2008 y 1198 de 2008.

C. Conclusiones relacionadas con los aspectos metodológicos

- En cuanto al objetivo general, consistente en *establecer la pertinencia legal y constitucional de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en el distrito judicial de Tunja, entre los años 2010 a 2012, en relación con la Ley 906 de 2004*, debemos señalar que en el distrito judicial de Tunja se vienen manejando en forma adecuada las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, ya que en su aplicación se están teniendo en cuenta los postulados legales y constitucionales que hacen de este tipo de medidas una situación “excepcional”, jamás la regla. La prueba de esta afirmación radica en el muy bajo porcentaje de medidas de aseguramiento privativas de la libertad impuestas, puesto que si la media nacional es de 30%, en el distrito judicial de Tunja es de solo el 2%, diferencia abismal que resulta explicable si se atiende tanto a la buena labor que vienen desarrollando los jueces de control de garantías en este distrito judicial. (Así como al bajo impacto de los delitos que en el mismo distrito judicial se cometen).
- En cuanto al primer objetivo específico, determinar el número de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, impuestas entre los años 2010 a 2012 en el distrito judicial de Tunja bajo el sistema de la Ley 906 de 2004, este se cumplió a cabalidad en tanto se obtuvo la información directamente de la fuente (Fiscalía).
- En cuanto al segundo objetivo específico, *establecer qué tan efectivas resultan en el distrito judicial de Tunja las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, en relación con la protección de la prueba y la protección de la sociedad y las víctimas*, podemos concluir que las mismas fueron efectivas en el periodo de estudio seleccionado

(2010 a 2012), recordemos que efectivo es sinónimo de eficaz, lo que indica que está cumpliendo con sus objetivos, y en este estudio se revela que los mismos se cumplen: las medidas de aseguramiento privativas de la libertad vienen siendo aplicadas tan solo en muy pocos casos donde la gravedad del delito, el peligro para las víctimas o el material probatorio o la posibilidad de no comparecencia del sindicado, así lo exigen.

- En cuanto al tercer objetivo, *proponer mecanismo y soluciones que permitan aumentar la efectividad de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad (en caso de que la encuesta arroje resultados negativos)*, se debe indicar que no aplica para este caso puesto que los resultados obtenidos fueron **positivos** y se comprobó que en el distrito judicial de Tunja las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se vienen aplicando en forma excepcional tal como lo exigen la constitución y la ley. A esto se debe agregar, así sea de manera simplemente accesorio, que el bajo índice de medidas de aseguramiento privativas de la libertad se debe en parte a que los delitos que aquejan al departamento de Boyacá no pueden ser considerados como de alto impacto.

- En cuanto a la hipótesis propuesta, tal como lo señalamos en su momento que se encuentran dependiendo de los resultados que arroje la información recaudada. En primer lugar, que los jueces de control de garantías estén haciendo una aplicación adecuada de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, lo que puede evidenciarse en su consonancia con la media nacional (30%). Luego, nuestra hipótesis se ve corroborada al considerar que mientras el promedio nacional de medidas de aseguramiento privativas de la libertad es del 30%, en el distrito judicial de Tunja es de tan solo el 2%.

Las grandes conclusiones a las que tras desarrollar la presente investigación académica se ha podido arribar, son las mismas que ya se han recalado una y otra vez en el cuerpo del documento: En primer lugar, que en Colombia se carece de una política criminal seria y estructurada en materia de medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Como consecuencia de lo anterior, tenemos que desde el Poder Ejecutivo se han

impulsado diferentes normas que apuntan al “endurecimiento” tanto de las penas como de las medidas cautelares privativas de la libertad, so pretexto de mejorar la seguridad ciudadana, argumento que infortunadamente ha encontrado eco, en múltiples ocasiones, dentro del Poder Legislativo, que se ha prestado para la expedición de normas que abiertamente contravienen lo que ya ha sido preceptuado por la jurisprudencia constitucional.

Frente a esta situación, la Corte Constitucional ha sido enfática y coherente, al manifestar que la libertad de configuración que le asiste al legislador no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por los principios constitucionales. En el caso específico de las medidas cautelares privativas de la libertad, la Carta Política le impide al legislador establecer “criterios objetivos” –ejemplo: la peligrosidad de la conducta-, como factores determinantes de la imposición de dichas medidas.

En síntesis, la Corte Constitucional le ha indicado en varias ocasiones, al poder Legislativo, que su libertad de configuración en materia de medidas cautelares privativas de la libertad no puede desconocer los principios constitucionales de Proporcionalidad y Razonabilidad.

Sin embargo, la Corte Constitucional no deja de tener cierto grado de responsabilidad en esta situación. En primer lugar, esta Corporación no maneja criterios claros sobre los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y menos aún, de los *tests* de constitucionalidad que hacen viable la ponderación de derechos en estos casos específicos. En segundo lugar, la Corte Constitucional ha mostrado cierto grado de complicidad con el Gobierno al declarar la exequibilidad condicionada de normas que al contrariar el marco constitucional, simple y llanamente merecían salir del ordenamiento, situación que ha terminado por generar caos y confusión en relación con la interpretación que de la normatividad sobre el tema debe realizarse.

Pasando al trabajo de campo, es innegable el carácter fructífero de los resultados obtenidos, pues tras conocer que a nivel nacional el porcentaje de medidas de aseguramiento privativas de la libertad es del 30%, mientras que en el Distrito Judicial de Tunja es de tan solo el 2%, se pudo explicar este hecho con fundamento en diversos factores que solo pueden ser calificados como positivos, y que pueden sintetizarse en los siguientes términos: el excelente conocimiento de los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja en materia normativa y jurisprudencial relacionada con las medidas cautelares privativas de la libertad, lo que permite concluir que estas medidas vienen siendo aplicadas en forma pertinente, tanto desde el punto de vista legal como constitucional.

ANEXOS

Anexo número 1.

Documento en un folio de la Dirección Seccional de Fiscalías de Tunja, con fecha 05 de febrero de 2014, y en el cual se nos informa que aparecen registradas entre enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012 un total de 999 medidas de aseguramiento privativas de la libertad.



Tunja, miércoles 05 de febrero de 2014
Oficio No. DSF/

0290

Doctor
JOSE NOE BARRERA SAENZ
Avenida Maldonado Nro 27 – 67.
Tunja – Boyacá

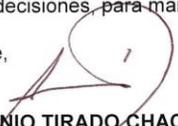
Respetado Doctor Barrera:

En atención a su solicitud de fecha 22 de enero de 2014, en la cual requiere información sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad impuestas en el Distrito Judicial de Tunja, entre los años 2010 a 2012, para un trabajo de investigación, de manera comedida le informo que revisado el Sistema de Información sobre Antecedentes y/o Anotaciones SIAN de esta Dirección Seccional de Fiscalías, aparecen registradas del 01/Ene/2010 al 31/Dic/2012 (vigentes y/o sin vigencia) las medidas de aseguramiento que se relacionan, impartidas bajo la Ley 906 de 2004 C.P.P. por las Autoridades del Distrito Judicial de Tunja.

Tipo de providencia	Número de decisiones
Medida de Aseguramiento	999

Es de anotar, que la Fiscalía General de la Nación por mandato Constitucional y Penal vigente, se encarga del registro de la información referente medidas de aseguramiento y otras, pero son las mismas Autoridades Judiciales quienes deben informar las decisiones, para mantener un Sistema SIAN actualizado.

Cordialmente,


JOSE ANTONIO TIRADO CHACON
Director Seccional de Fiscalías

FUNCIONARIO	NOMBRE	FIRMA	FECHA
Proyectó y Tramitó	JOHAN FERNANDO QUINTERO R.		05-02-2014
Revisó y aprobó	Dr. JOSE A. TIRADO CHACON		05-02-2014

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad, lo presentamos para la firma

DIRECCION SECCIONAL DE FISCALIAS
CARRERA 10 N° 20 - 21, PISO 5°. TUNJA
TELEFONOS 7422039, 7401211 Ext 4, FAX 7422039
www.fiscalia.gov.co

Anexo número 2.

Documento en un folio de la Dirección seccional de Fiscalías de Boyacá, donde se nos informa que en el Distrito judicial de Tunja se halló el registro e comisión de conductas punibles, en el año 2010 equivalente a 14885, en el año 2011 equivalente a 15453 y en el año 2012 equivalente a 14038.



Tunja, septiembre 25 de 2014

Oficio Nro. 0498

Doctor
JOSE NOE BARRERA SAENZ
Ciudad

Respetado doctor:

En respuesta a su solicitud de fecha 8 de septiembre del año en curso, a través de la cual requiere información sobre la cantidad o número de investigaciones registradas en el sistema SPOA en el distrito de Tunja durante los años 2010 al 2012, con destino a trabajo de investigación; de manera comedida le informo que consultado el sistema misional SPOA en el que se registran las noticias criminales que adelanta la Fiscalía General de la Nación como presuntas conductas punibles; se halló el siguiente registro para el Distrito Judicial de Tunja:

AÑO	TOTAL NUC
2010	14885
2011	15453
2012	14038

Atentamente,


ALVARO VINCOS URUEÑA
Director Seccional de Boyacá (E)

Proyectó: Blanca A. González Torres
Revisó: Alvaro Vincos Urueña

DIRECCION SECCIONAL DE BOYACA
Carrera 10 No. 20-21 Piso 5 Tunja, Boyacá
Teléfonos: 098-7422039- Fax 7427712
www.fiscalia.gov.co

Anexo número 3.

Modelo del formulario que contiene la encuesta aplicada los jueces de control de garantías del Distrito Judicial de Tunja.

ENCUESTA
SOBRE EL CONOCIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD Y LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE
MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Cargo	Jefe Promiscuo Municipal - Tujaco
Edad	35
Sexo	Masculino

Lea atentamente cada uno de los enunciados y marque con una X en la respuesta que considere acertada:

1°. Conoce Usted los lineamientos de la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre medidas cautelares privativas de la libertad:

No

2°. De conformidad con la Constitución Política de 1991, ¿la libertad es un derecho absoluto?

Si

3°. Considera Usted que la modalidad y gravedad de la conducta considerada en si misma es motivo legal suficiente para imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad

Si

4°. Sabe Usted en que consiste el principio de "legalidad formal" de la limitación a la libertad previsto en la Constitución Política.

No

5°. De acuerdo a la legislación y la jurisprudencia actualmente vigentes, pueden los Fiscales pueden librar ordenes de captura

No

ENCUESTA
SOBRE EL CONOCIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD Y LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE
MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

6°. Conoce Usted los requisitos para imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en la residencia señalada por el imputado

No

7°. En el caso de un habitante de calle que ha robado un pan en un supermercado, la Fiscalía le solicita imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad, argumentando principalmente, la falta de arraigo del imputado. Concedería Usted esta medida:

Si No

8°. Sabe Usted en que consiste el principio de proporcionalidad a la hora de aplicar una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

No

9°. Conoce Usted y aplica el sus decisiones el contenido de la jurisprudencia constitucional

No

10°. En caso afirmativo en la respuesta inmediatamente anterior, cuales considera Usted que han sido los fallos más relevantes de la Corte Constitucional en materia de medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

Sentencia C-318 de 2008

Encuesta elaborada por:

Cecilia Camacho C.

José Noé Barrera.

Maestranter de la Maestría en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre.

Noviembre de 2014

BIBLIOGRAFÍA

A. Bibliografía general

- ABRIL, Ernesto. *Las limitaciones del soberano*. 1ª ed., Ediciones Fontamara, México, D.F, 1998.
- APONTE CARDONA, Alejandro. *Captura y medidas de aseguramiento: El Régimen de Libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006.
- APONTE, Alejandro David. *La Detención Preventiva en la nueva legislación procesal penal: Hacia una prevalencia del principio de libertad*. Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006.
- BARRITA LÓPEZ, Fernando. *Prisión Preventiva y Ciencia Penales*. Editorial Porrúa, México D.F., 1990
- BENAVIDES MORALES, David. *LA PROTECCIÓN DE LA COMUNIDAD COMO FIN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA*. En; MORENO RIVERA, Luis Gustavo (Coordinador). *Temas Actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*. EDICIONES NUEVA JURÍDICA, Bogotá, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BORRERO BROCHERO, Francisco. *Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia*. Publicado en la Revista Justicia No 18 de la Universidad Simón Bolívar, Diciembre de 2010, Barranquilla.
- CAMPOS SÁNCHEZ, Manuel. *La reforma de la Prisión Preventiva. (Selección de Jurisprudencia)*. Editorial DM, Murcia, 1996.
- CARRIÓ, Alejandro D. *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional: Una relación cambiante y difícil*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina*, abril de 2009.
- CERVO, A.L., y Bervian P.A., *Metodología científica*. Editorial McGrawHill. México DF, 1979.
- CHACÓN ROJAS, Oswaldo y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos Faustino. *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*. Editado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación Para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México D.F., 2014 (sin más datos).
- CHIESA APONTE, Luis Ernesto. *Entrevista*. En: Moreno Rivera, Luis Gustavo. *El falso testimonio*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2014.
- CHIESA APONTE, Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Volumen II. Editorial Fórum, Puerto Rico, 1995.
- COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos penales*. 15ª ed.,

- Editorial Porrúa, México D.F., 1993.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto No. 1001 del 03 de abril de 2006. Por medio del cual se organiza la oferta de estudios de posgrado y se dictan otras disposiciones.
- Dejusticia – Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad. Et., al. Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146º periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington DC., 01 de noviembre de 2012).
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II*. 4ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1993.
- DICCIONARIO DRAE. <http://lema.rae.es/drae/?val=medida>
- EMBRIS VASQUEZ, José Luis, *Medidas cautelares su transición al sistema acusatorio*, México, Porrúa, 2011.
- FAJARDO HOYOS, Nilsa. *Por la seguridad y convivencia ciudadana*. Popayán: Universidad Católica de Colombia, 2007. [citado el 28-07-08]. Disponible en: http://www.uccpopayan.edu.co/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=81&Itemid=83.
- FERNANDEZ LEON, Wanda. *El Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá, 2005.
- GONZÁLEZ CHEVES, Héctor. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*, México, Fontamara, 2009.
- GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
- HART-DWORKIN. *La decisión judicial*. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la Investigación*. 2ª ed., Editorial Mc Graw Hill, México D.F., 1998.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. *Apuntes de Derecho Penal. Extracto Principios Fundamentales del Derecho Penal*. 2ª edición. Material del Módulo de Garantías Ciudadanas de la Especialización en Derecho Penal editado por Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Detención y Prisión Provisional. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 10ª ed., Editorial Porrúa, México D.F., 1997 (sin más datos).
- LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. *De la captura a la excarcelación*. 3ª ed., Editorial TEMIS, Bogotá, 2009.
- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús. *La Investigación Ministerial Previa*. 4ª ed., Editorial Porrúa, México D.F., 1999.
- MOHOR A, Salvador. *La libertad provisional en el ordenamiento jurídico chileno*. Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Traducción de P. Dorado, Temis, Bogotá, 1976.

- MONTAÑÉS RUIZ, Julio Cesar. *JUSTICIA NEGOCIADA Y ESTADO PENITENCIARIO*. En; MORENO RIVERA, Luis Gustavo (Coordinador). *Temas actuales del derecho penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2014.
- MORENO RIVERA, Luis Gustavo (Coordinador). *Temas actuales del derecho penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2014.
- MORENO RIVERA, Luis Gustavo. *El falso testimonio*. Ediciones Nueva Jurídica. 1ª ed., Bogotá, 2014.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*. 1ª ed., Editorial Legis, Bogotá, 2006.
- NARDIELLO, Gabriel. *LA PRISIÓN PROCESAL*. Editado por Ciudad Argentina e Hispania Libros, Buenos Aires, 2007.
- PRIETO VERA, José Alberto. *Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004)*. Editado por la Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2006.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social. Parte II, Capítulo V*. Editorial Folio, Madrid, 1990.
- SABINO, Carlos A. *El proceso de investigación*. Editorial Panamericana, Bogotá, 1995.
- SALCEDO DE RAMÍREZ, Emily. *La captura a la luz del nuevo sistema penal acusatorio*. Revista *Atenea* # 8, año 3, abril-junio del 2006. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2006.
- SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo. *El juez penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.
- SANTOYO ÁVILA, Jaime Humberto. *Certeza para condenar en el sistema acusatorio*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014.
- SUAREZ-RODRIGUEZ, José Julián. *El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista*. En: Revista *Civilizar* 12 (22): 57-76, enero junio de 2012. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.
- VANEGAS TORRES, Gustavo y otros. *GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO*. Editado por la UNIVERSIDAD LIBRE, FACULTAD DE DERECHO, CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS, Bogotá, 2002.
- WACQUANT, Loic. *Castigar a los pobres; El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Editorial Gedisa, Madrid, 2010.
- ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. 6ª ed., Porrúa, México D.F., 1993.

B. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-425 de 1997. Mp. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-153 de 1998. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1024 de 2002 Mp. Alfredo Beltrán

Sierra.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-106 de 1994. Mp. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1198 de 2008. Mp. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-135 de 1999. Mp. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-301 de 1993. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-327 de 1997. Mp. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-578 de 1995. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-689 de 1996. Mp. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-730 de 2005. Mp. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-774 de 2001, Mp. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2000. Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.

C Decisiones de la CIDH

Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 01 de febrero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. Informe No 2 de 1997 sobre la prisión preventiva en América Latina.

D. Cibergrafía

AHUMADA, Alejandra; FARREN, Diego y WILLIAMSON, Bernardita. *Los cotos de la prisión preventiva en Chile*. En: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/737.pdf> consultado por última vez el 15 de julio de 2015.

Amenaza de retroceso en Chile por abuso de prisión preventiva. En: <http://redjusticiaprevia.com/amenaza-de-retroceso-en-chile-por-abuso-de-prision-preventiva/> consultado por última vez el 15 de julio de 2015, documento sin más datos.

CALVO SUÁREZ, Diego Germán. *Presunción de inocencia* [en línea]. s.l.: Espacios Jurídicos, s.f. [citado el 27-07-08]. Disponible en: <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/presuncioninocencia.htm>.

DELLA TORRE, Facundo. *Exención de prisión y excarcelación* [en línea]. s.l.: Editorial Estudio, s.f. [citado el 29-07-08]. Disponible en: http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/penal/exencion_de_prision_y_e

xcarcelac.htm.

GRANADOS PEÑA, Jaime. *El principio de la Excepcionalidad de la prisión Preventiva y su aplicación práctica en Colombia*. En; <http://jaimegrados.com.co/articulos1/10-el-principio-de-la-excepcionalidad-de-la-prision-preventiva-y-su-aplicacion-practica-en-colombia>.

Medidas cautelares. En: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp> consultado por última vez el 16 de noviembre de 2014.

ORGANIZACIÓN ELECTORAL [en línea]. s.l. Consejo Nacional Electoral, 2007. [citado el 27-07-08]. Disponible en: <http://www.cne.gov.co/docs1/Consulta%207150%20de%202007.doc>.

PREGUNTAS SISTEMA penal acusatorio [en línea]. Bogotá: Tu Solución Legal, s.f. [citado el 28-07-08]. Disponible en: http://www.tusolucionlegal.com/preguntas_frecuentes.aspx.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México D.F.*, Ponencia presentada ante el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf> consultado por última vez el 15 de julio de 2015.