

---

# ¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso\*

## Protective custody is the measure is an exceptional? Case study

**Norberto Hernández Jiménez\*\***

Universidad de los Andes. Bogotá, D.C. Colombia  
*n.hernandez29@uniandes.edu.co*

### RESUMEN

En el presente texto se analiza la imposición de las medidas de aseguramiento en contra de Andrés Felipe Arias y Bernardo Moreno, así como la posterior revocatoria de la detención preventiva, mediante providencias proferidas por parte del Tribunal Superior de Bogotá, actuando bajo la función de control de garantías. Para esto se examina la figura del Juez de Control de Garantías, la procedencia de las medidas de aseguramiento y particularmente la detención preventiva, demostrando cómo una medida excepcional se ha convertido en la generalidad.

**Palabras clave:** medidas de aseguramiento, detención preventiva, control de garantías.

### ABSTRACT

The paper analyses the assurance measure against Andres Felipe Arias (Minister of Agriculture, Colombia 2006-2009) and Bernardo Moreno (General Secretary of The Presidency, Colombia 2004-2010), and the subsequent revocation by Superior Court of Bogotá. I examine the role of guarantee control, the requirements to impose the assurance measures and the preventive detention, showing that an exceptional measure has become a generality.

**Key words:** assurance measure, preventive detention, guarantees control.

### INTRODUCCIÓN

La detención preventiva es una medida de aseguramiento de carácter excepcional, que pretende evitar que el sindicado<sup>1</sup> altere los elementos materiales probatorios y evidencia física inherente a la investigación judicial o se fugue y no responda frente a una eventual sentencia condenatoria. También se impone como

---

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2013.

Fecha de aceptación: 12 de noviembre de 2013.

\* Artículo de reflexión, correspondiente al proyecto de investigación titulado: “*El derecho en Contexto 2013-I*”, desarrollado en el doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes.

\*\* Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre. Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario. Doctorando en Derecho de la Universidad de los Andes. Coordinador del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>1</sup> Nota: La utilización del término “sindicado”, propio del sistema de enjuiciamiento penal regido por la Ley 600 de 2000 y consagrado en el artículo 29 Constitucional, se hace extensivo en la presente investigación para todos los individuos sometidos a un proceso penal y que en su contra no se ha proferido una sentencia condenatoria ejecutoriada, comprendiendo las categorías: imputado y acusado inherentes al sistema acusatorio.

respuesta a la predicción, con base en su comportamiento anterior, que permite inferir que al permanecer en libertad, constituirá un peligro para la víctima y/o la comunidad.

A pesar de la excepcionalidad de esta medida, en la actualidad, más del 30% de las personas privadas de la libertad, no han sido condenadas<sup>2</sup>. Esta cifra, compaginada con el índice de hacinamiento carcelario que en la actualidad supera el 51%<sup>3</sup> de la población intramuros, es alarmante, prolongando de esta manera las inhumanas condiciones de reclusión analizadas desde el año 1998<sup>4</sup> por la Corte Constitucional, cuando declaró el estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas.

La sobrepoblación carcelaria tampoco permite separar a las personas que están siendo procesadas y que se encuentran privadas de su libertad con base en una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva -35.519 sindicados<sup>5</sup>-, de aquellas sobre las cuales pesa en su contra una sentencia condenatoria ejecutoriada -79.353 condenados<sup>6</sup>-, ni tampoco separar en debida forma, a los miembros de la fuerza pública privados de la libertad de los demás reclusos, encontrándose mezclados<sup>7</sup>, lo que vulnera sus derechos al debido proceso, la vida y la integridad personal.

Estas circunstancias van en contravía, concretamente, de lo establecido en los artículos [en lo sucesivo se utilizarán las siglas art. (singular) / arts. (plural)] 7<sup>8</sup> y 10<sup>9</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se constituyen en una “*flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los*

---

<sup>2</sup> <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-288722-los-excesos-detencion-preventiva> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>3</sup> Fuente: Informe INPEC - Enero 31 de 2013. Capítulo “Población internos en Establecimiento de Reclusión y regionales” Disponible on line: <http://relatoresmaticos.uniandes.edu.co/index.php/es/relatorias/40/533-novedades.html> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013). Para el año 2008 este porcentaje era del 30.7 y para el 2010 aumentó a 41.7. Cfr. SITUACIÓN CARCELARIA EN COLOMBIA, 99° período de sesiones, Ginebra, Suiza, Julio de 2010, INFORME SOMBRA PRESENTADO AL CDH DE NACIONES UNIDAS, En respuesta al SEXTO INFORME DE COLOMBIA, Presentado por: Grupo de Derecho de Interés Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá. Colombia. The Carlos A. Costa Immigration and Human Rights Clinic at Florida International University College of Law. United States, p. 41. Curiosamente las estadísticas del Ministerio de Justicia no coinciden con estas cifras. La sobrepoblación para el año 2008, allí indicada, es de 27.75%, para el 2009: 38.80%, 2010: 24.42%, 2011: 32.80% y 2012: 50.39% (Fuente: 12 pasos para hacerle frente a la crisis del sistema penitenciario y carcelario, Ministerio de Justicia, Bogotá, Enero de 2013).

<sup>4</sup> Sentencia T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Nota: Las referencias que dentro de este texto se hagan a las providencias precedidas por los literales C- y T- corresponden a sentencias de constitucionalidad y de tutela, respectivamente, proferidas por la Corte Constitucional, organismo perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público en Colombia, Corporación a la que el constituyente primario le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política. Las siglas M.P. se utilizan para designar al Magistrado que elaboró la ponencia o el proyecto de fallo.

<sup>5</sup> Fuente: Informe INPEC - Enero 31 de 2013. Capítulo “Población internos en Establecimiento de Reclusión y regionales”.

<sup>6</sup> Fuente: Informe INPEC - Enero 31 de 2013. Capítulo “Población internos en Establecimiento de Reclusión y regionales”.

<sup>7</sup> Paradigmático el caso desarrollado en la sentencia T-506/13, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en donde el accionante (privado de la libertad en la Cárcel Nacional Modelo) y quien a su vez ostenta la calidad de ex policía, se encontraba en un patio común, sin ninguna clase de aislamiento.

<sup>8</sup> “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

<sup>9</sup> “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma

*internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.*<sup>10</sup>

Recordemos que aún cuando los derechos a la libertad física y a la libre locomoción, lo mismo que los derechos políticos, se encuentran restringidos en contra de las personas que se encuentran privadas de la libertad<sup>11</sup>, los demás derechos fundamentales permanecen intactos a favor de la población carcelaria y por la situación de hacinamiento los mismos no han podido ser garantizados por parte del Estado<sup>12</sup>.

Ahora bien, los jueces penales con función de control de garantías han habilitado la procedencia de la detención preventiva de manera excesiva, ora por la presión mediática, ya por la eventual judicialización penal y disciplinaria en su contra, bajo el entendido de que todos los delitos son graves y por ende sus agentes, merecedores de esta medida de aseguramiento.

Acuña una posición crítica frente a los fundamentos que adoptan los jueces al momento de proferir una decisión que afecta la libertad de las personas a través de la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, se ofrece al lector el resultado de una investigación, que identifica los criterios de libertad, restricción e independencia, en la labor de administrar de justicia. Para este efecto se analizaron, en particular, los criterios que utiliza el Tribunal Superior de Bogotá cuando actúa bajo la función de control de garantías, con miras a imponer la detención intramural.

La presente investigación se circunscribe al análisis de dos casos principales:

1. **Medida de aseguramiento (detención preventiva) impuesta en contra de Andrés Felipe Arias Leiva**<sup>13</sup>, quien se desempeñó como Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural del Gobierno Nacional (2006-2009), período dentro del cual el Congreso de la República expidió la Ley 1133 del 9 de abril 2007, con la cual se implementó el programa denominado “*Agro Ingreso Seguro - AIS*”, con el fin de establecer las políticas agropecuarias y beneficios con ayudas económicas a *pequeños y medianos agricultores*. No obstante lo anterior, en el desarrollo de este programa se otorgaron subsidios por más de veintiséis mil millones de pesos, resultando beneficiados con aquellos, *las familias más acaudaladas de la costa atlántica colombiana*<sup>14</sup>.
2. **Medida de aseguramiento (detención preventiva) impuesta en contra de Bernardo Moreno Villegas**<sup>15</sup>, quien se desempeñó como Secretario General de la Presidencia (2004-2010). El “*escándalo*”

---

y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

<sup>10</sup> Sentencia T-153/98.

<sup>11</sup> “Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad”. *Ibidem*.

<sup>12</sup> En el texto “The decent society”, Margalit (1996) construye una filosofía moral con base en la siguiente premisa: una sociedad decente, o una sociedad civilizada, es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas sujetas a su autoridad, y cuyos ciudadanos no se humillan unos a otros. Estableciendo que los mejores escenarios para analizar que tan decente es la sociedad de un Estado, son los hospitales y las cárceles.

<sup>13</sup> Providencia del 26 de julio de 2011, Radicado: 11001600010220090036001, Magistrado: Orlando Fierro Perdomo, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>14</sup> <http://m.eltiempo.com/justicia/proceso-contra-andrs-felipe-arias-por-agro-ingreso-seguro/10548685> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>15</sup> Providencia del 30 de julio de 2011, Radicado: 11001600000020090012202, Magistrada: Marlenne Orjuela Rodríguez, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

*de las chuzadas*” por el cual se encuentra vinculado a la investigación penal Moreno Villegas, corresponde a interceptaciones telefónicas y seguimientos ilegales realizados por el extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, en contra de líderes de la oposición, magistrados, fiscales, periodistas, y otros funcionarios del Estado<sup>16</sup>.

En este segundo caso, a diferencia del primero en el que se negaron en dos oportunidades las solicitudes de revocatoria de la detención preventiva elevadas por la defensa<sup>17</sup>, el 12 de marzo de 2013<sup>18</sup> se revocó esta medida, otorgándose consecuentemente la libertad de Bernardo Moreno; igualmente, el pasado 14 de junio de 2013<sup>19</sup> se revocó la medida de aseguramiento contra Andrés Felipe Arias. Con base en estas decisiones se hace un análisis comparativo entre los dos casos.

Corolario de lo anterior, este documento es el resultado de una investigación referente a los criterios empleados por el Tribunal Superior de Bogotá actuando bajo la función de control de garantías, contextualizando en el capítulo V los requisitos para imponer una medida de aseguramiento, así como analizando la competencia atribuida a este Tribunal para ejercer la función de control de garantías (Capítulo VI). En los capítulos iniciales (I. – VI.) expondré el marco teórico y la labor realizada para la obtención de los resultados.

## 2. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

El problema de la investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿Por qué los jueces de control de garantías han convertido una medida excepcional -como lo es la detención preventiva-, en la regla general?

### 2.1 Hipótesis

A pesar de que la detención preventiva es una medida excepcional, los jueces la han venido aplicando de manera general por el temor a que se inicie una investigación disciplinaria o la eventual judicialización penal en su contra, esta última bajo la figura del prevaricato.

Por esta razón, el operador jurídico: Juez de Control de Garantías, se limita al análisis de los requisitos legales establecidos en el Código de Procedimiento Penal [en lo sucesivo se utilizará la sigla C.P.P.], para la imposición de la medida, cuya interpretación resulta flexibilizada en aras de obtener un objetivo, en exceso represivo, que genera tranquilidad en la ciudadanía, de acuerdo con la información suministrada por los medios de comunicación y adicionalmente repele cualquier reproche en contra de su actuación. Por esto, aspectos como el hacinamiento carcelario, no representan ningún criterio principal o accesorio para adoptar la decisión<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-das-sigue-grabando/100370-3> y <http://www.publico.es/internacional/305801/el-supremo-acusa-a-uribe-de-espiar-a-jueces-y-politicos>. (Páginas de internet consultadas por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>17</sup> Providencias del 19 y 20 de marzo de 2013, Radicado: 11001600010220090036010, Magistrado: Hermens Darío Lara Acuña y del 6 de mayo de 2013, Radicado: 11001600010220090036011, Magistrado: Ramiro Riaño Riaño, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>18</sup> Providencia del 12 de marzo de 2013, 11001600000020090012207, Magistrado: Dagoberto Hernández Peña, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>19</sup> Providencia del 14 de junio de 2013, 11001600010220090036012, Magistrada: Patricia Rodríguez Torres, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>20</sup> Los funcionarios judiciales entrevistados en esta investigación, son congruentes en afirmar que esta situación no influye en lo absoluto, salvo en la sustitución de detención intramural por domiciliaria. Esto último, según lo afirmado por el Ex Juez de Control de Garantías, Rolando Robayo (entrevista realizada el 15 de abril de 2013).

Ahora bien, aunque este criterio no se encuentra expresamente consagrado dentro de nuestra legislación adjetiva, el Juez al imponer la medida no solo debe tener en cuenta el juicio de necesidad, la proporcionalidad, la adecuación y razonabilidad, sino también las condiciones objetivas de nuestro régimen carcelario (Aponte, 2004a, p. 127 y 136)<sup>21</sup>.

Respecto a los dos casos escogidos para la presente investigación, resulta notorio el gran cubrimiento que los medios han dado a los mismos y la hipótesis está construida sobre la influencia que han tenido aquellos en la decisión de los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal- para privar de la libertad a esos sindicados.

Nótese que la ciudadanía vislumbra cierta “impunidad” cuando la persona no es privada de la libertad (provisionalmente), a pesar de que la decisión de responsabilidad penal solo se cristaliza en la sentencia que emite el Juez de Conocimiento y que es susceptible de la interposición del recurso ordinario de apelación y extraordinario de casación. En virtud de esto y los otros aspectos enunciados, constantemente se actualiza el concepto judicial –utilizado de manera jocosa e irrespetuosa- acerca de que “una detención preventiva no se le niega a nadie”<sup>22</sup>, ya que su imposición no es investigada, a diferencia de la abstención al respecto.

## 2.2 Justificación

La proliferación de las medidas de aseguramiento consistentes en detención preventiva, ha afectado significativamente el sistema penitenciario y carcelario, invadiendo cupos que preponderantemente deberían estar destinados a los condenados. Igualmente han lesionado el derecho a la libertad<sup>23</sup> que tienen las personas, estableciendo que en todo caso, los ciudadanos sometidos a las miserias del proceso penal –utilizando los términos de Carnelutti- deben aguardar por la decisión definitiva privados de la libertad y en caso de

<sup>21</sup> “Se trata desde luego, de una necesidad que no surge ahora con la nueva normatividad, siempre ha estado presente. Lo que sucede en este momento, es que la restricción del uso de la detención preventiva por ejemplo, su carácter limitado estrictamente a asegurar la comparecencia del sindicado, tiene que cumplirse en condiciones dignas, o de lo contrario, toda la normatividad procesal es negada en la práctica. La dignidad está presente tanto en los límites para dictar la medida cautelar, como en las restricciones para capturar; y está presente también en el contexto de ejecución de la medida. Tanto más será cierto ello, si se tiene en cuenta que el Código está informado de manera general por el principio de humanización del proceso penal”. (Aponte, 2004, p. 128).

<sup>22</sup> La mayoría de los funcionarios judiciales entrevistados coinciden en señalar que al haberse radicado en cabeza de los jueces, la competencia para decidir sobre la libertad, ese escenario lúgubre y usual en vigencia de la Ley 600 de 2000, ha dejado de operar. Divergen de esta posición, Rolando Robayo quien considera que “No debería ser así, pero en el sistema penal acusatorio se ha llegado a lo mismo, pese a lo que establece el artículo 295 de la Ley 906” (entrevista realizada el 15 de abril de 2013) y el funcionario judicial X (en el capítulo IV. se explicará este rotulo) que al respecto manifiesta: “Aún continúan jueces y juezas que siguen inscritos en una visión regresiva” (entrevista realizada el 16 de abril de 2013).

<sup>23</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador (sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, N.-170), define a la libertad de la siguiente manera: “En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones... La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.” Continúa manifestando la Corte que “...este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.”

resultar absueltos, hacerse merecedores a una disculpa y eventualmente a una indemnización que luego de varios lustros, podrá ser fallada como compensación de un tiempo irrecuperable.

Estas decisiones judiciales van en contra del Bloque de Constitucionalidad, que en abundantes instrumentos consagra la excepcionalidad de esta medida, así como de nuestra jurisprudencia constitucional, que en reiteradas oportunidades ha enfatizado esta situación.

Dentro de los instrumentos internacionales que protegen la libertad y señalan la excepcionalidad de la detención preventiva, se observa:

- **Numeral 3 del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** “*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*” (Resaltado fuera del texto)
- **Numeral 5 del art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:** “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*”.
- **Art. 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos:** “*Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido detenido legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido privado de libertad o detenido, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial dictada conforme a derecho o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido privado de libertad y detenido, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de un menor con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la privación de libertad o de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.*”

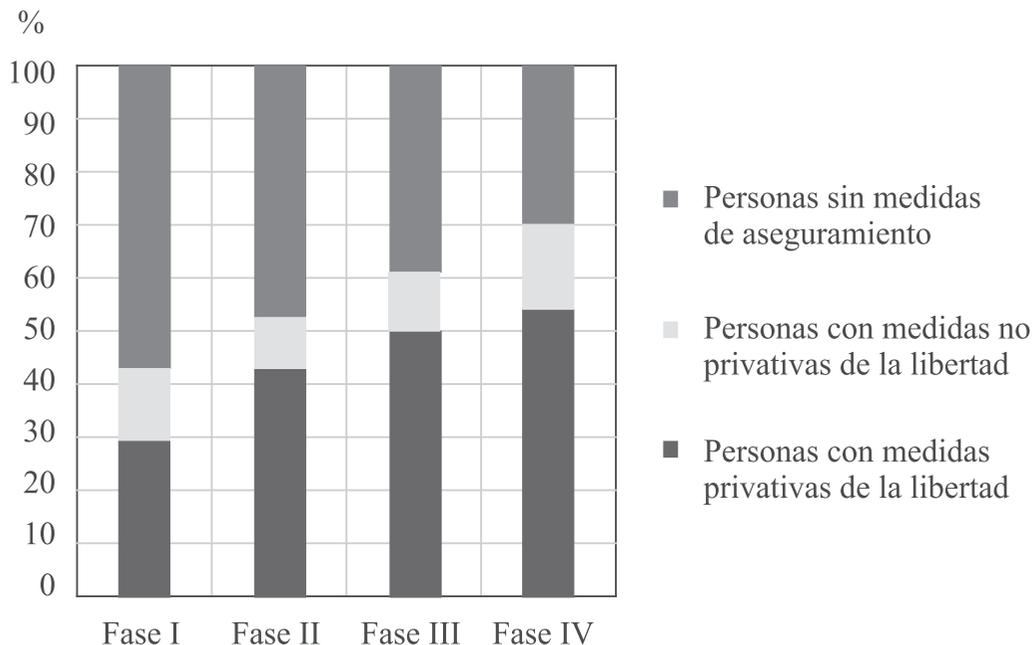
Igualmente, la Corte Constitucional ha expresado al respecto:

- **Sentencia T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.** “*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 las reglas de Tokio*”
- **Sentencia C-774/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil.** “*La detención preventiva es compatible con la Constitución y con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, en cuanto tiene un carácter preventivo y excepcional.*”

- **Sentencia C-318/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.** *“Al lado de la naturaleza excepcional de la detención preventiva y de su vinculación a fines (necesidad), se ha desarrollado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, introducido por el propio legislador al establecer un plexo de posibilidades para el aseguramiento de los fines del proceso, que va desde la privación de la libertad en establecimiento carcelario, ó en la residencia del imputado, pasando por otra serie de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar más idóneas y menos gravosas, para los fines cautelares de aseguramiento de la comparecencia del imputado, de la prueba, o de la protección de la comunidad y de la víctima. De acuerdo con este principio el juez podrá imponer una o varias medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer sanción prendaria.”*
- **Sentencia C-425/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.** *“Por estas razones, la Corte ha concluido que dentro de los límites de la potestad de configuración legislativa se encuentra la determinación de la proporcionalidad, razonabilidad y excepcionalidad de la medida porque la restricción de la libertad no puede convertirse en la regla general ni en el único instrumento que tiene el juez para asegurar el éxito de la investigación y juzgamiento penal.”*
- **Sentencia C-1198/08, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.** *“Para que una persona pueda ser preventivamente privada de la libertad se requiere que existan motivos previamente establecidos en la ley, y que para la aplicación de la misma medie el mandamiento de autoridad competente, en este caso autoridad judicial, y el cumplimiento de los requisitos legales para el efecto. La detención preventiva de una persona tiene un carácter excepcional.”*

No obstante lo anterior, las cifras sobre imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, van en aumento:

**Tabla 1.** Población con medida de aseguramiento



Fuente: Estadística Diaria, Fiscalía General de la Nación. Cálculos: Corporación Excelencia de la Justicia.

Así, en la fase 4<sup>24</sup> (Tabla No. 1), tan solo el 30% de las personas imputadas, no resultaron afectadas con alguna medida de aseguramiento y del 70% restante, tan solo el 16% recibieron medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. El aumento en las 4 fases ha ido del 29% al 54% de medidas privativas de la libertad. Estas cifras hacen necesarias investigaciones como esta.

Se concluye este apartado advirtiendo que del principio de excepcionalidad de la privación de la libertad, se desprenden dos sub-principios (Suarez, 2008, p. 361): (i) El Estado tiene la obligación de establecer legalmente y aplicar judicialmente, como regla general, medidas menos lesivas que la prisión preventiva para asegurar el desarrollo del procedimiento y (ii) la prisión provisional solo puede ser impuesta en los procesos que se adelantan por posibles delitos de especial gravedad<sup>25</sup>.

### 3. LA ESTRATEGIA METODOLÓGICA

En lo metodológico se aplicó el método comparativo<sup>26</sup> con el fin de establecer la variación en el sentido de las decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá contra el ex Ministro de Agricultura, Andrés Felipe Arias y el ex Secretario General de la Presidencia, Bernardo Moreno.

A su vez, dentro de los métodos cualitativos se recurrió a un enfoque socio-jurídico e interdisciplinario, realizando 7 entrevistas semi-estructuradas a funcionarios judiciales, lo que permitió operacionalizar las variables de investigación<sup>27</sup> que serán descritas más adelante (*infra* 1. y 2.).

En este punto es imperante mencionar que de los 7 funcionarios judiciales entrevistados, 3 otorgaron su consentimiento para ser citados expresamente: Juan Carlos Merchán (Ex Juez 38 y 41 de Control de Garantías de Bogotá. Actualmente se desempeña como Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Fusagasugá), Rolando Robayo (Ex Juez 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Soacha y Ex Juez 2° Penal Municipal de Facatativá - con funciones tanto de garantías como de conocimiento-. Actualmente se desempeña como asistente jurídico del Juzgado 14 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá) y Diego Rayo (Ex Juez Promiscuo Municipal de Tausa y actual Juez Promiscuo Municipal de Útica); mientras que los otros 4 manifestaron la intención de que su nombre permaneciera en reserva, razón por la cual en el cuerpo de este texto, son identificados como funcionarios judiciales W, X, Y y Z, obedeciendo el orden cronológico en el cual se realizaron las entrevistas. Igualmente se utilizaron entrevistas realizadas por los medios de comunicación al ex Ministro de Agricultura y al ex Secretario Jurídico de la Presidencia, así como a sus abogados defensores.

Adicionalmente se analizaron las 6 providencias emanadas del Tribunal Superior de Bogotá –Sala Penal– (algunas solo disponibles en audio y otras tanto en audio como en formato físico), donde se decide sobre la libertad de Arias Leyva y Moreno Villegas, constituyéndose estas últimas como nuestra fuente primaria<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Correspondiente al año 2008.

<sup>25</sup> “La detención preventiva se ha convertido en la regla y el principio general” Ponencia del Fiscal General de la Nación –Eduardo Montealegre Lynett- el 16 de mayo de 2013, dentro del Foro “El futuro de las cárceles: reforma penitenciaria y sistema penal colombiano”, Bogotá, Universidad Libre.

<sup>26</sup> “Los investigadores que usan el método comparativo examinan patrones de parecidos y diferencias entre un número moderado de casos”(Ragin, 2007, p. 177).

<sup>27</sup> (Luker, 2008, p. 122 y 139).

<sup>28</sup> “[...] toda investigación histórica comienza con la selección de un tema y la localización de unas fuentes pertinentes” (Silva, 2003, p. 28). “[...] los historiadores suelen dividir las fuentes de su conocimiento en fuentes primarias por una

El marco de investigación se encuentra comprendido dentro del ámbito de la decisión judicial y los criterios de libertad, restricción e independencia de los jueces penales al momento de decidir privar de la libertad a una persona, o mantenerla en esta situación. Al respecto una pregunta inevitable que surge es: ¿Dentro de esta perspectiva, por qué se analizan los casos particulares de la medida de aseguramiento contra Andrés Felipe Arias y Bernardo Moreno?<sup>29</sup> La respuesta tiene el siguiente contexto, que ya se ha anticipado en líneas anteriores: estos casos han tenido un profuso cubrimiento de medios y tienen que ver con escándalos de corrupción y política que han generado alto impacto en la sociedad. Adicionalmente son los dos casos paradigmáticos dentro de los cuales el Tribunal Superior de Bogotá ha ejercido la función de control de garantías, comúnmente realizada por los Jueces Penales Municipales. Finalmente son interesantes para la investigación porque a pesar de la presión mediática existente en ambos casos, en uno se revocó la medida de aseguramiento en la primera solicitud, mientras que en el otro pasaron casi 2 años y 3 peticiones para lograr la revocatoria, lo que ofrece un ámbito fructífero para la aplicación del método comparativo.

En cuanto a las variables<sup>30</sup> de investigación utilizadas en la presente investigación, se relacionan las siguientes:

1. **Variable dependiente dicotómica (Y).** En la presente investigación se constituyen como variable dependiente las providencias judiciales emitidas en virtud de la función de control de garantías por el el Tribunal Superior de Bogotá, que (i) imponen o no imponen la detención preventiva y las que (ii) revocan o no revocan esta medida, en virtud de la investigación penal que se adelanta contra Andrés Felipe Arias Leiva y Bernardo Moreno Villegas.
2. **Variables independientes categóricas (X).** Las variables que explican el resultado de la presente investigación, están comprendidas principalmente entre los siguientes criterios:
  - 2.1 **Legalidad.** Con base en lo normado en el art. 230 Constitucional, los jueces solo están sometidos al imperio de la ley en la toma de sus decisiones. Con base en esta premisa se le rinde culto a la ley, actualizando así el pensamiento exégeta francés (Bobbio, 1993, p. 102 y 170), preponderante en el siglo XVIII y vigente en nuestra época  
Al respecto es preciso preguntarse<sup>31</sup>: ¿Será que los jueces de control de garantías solo tienen en cuenta el texto legal o acuden a otros ingredientes para la adopción de sus decisiones?
  - 2.2 **Presión mediática.** En la coyuntura del sistema penal con tendencia acusatoria, los medios de comunicación tienen una gran participación por la transmisión de la información al público en general

---

parte y fuentes secundarias, por la otra. Las primarias son aquellas que están expresadas en documentos y constituyen precisamente el material de los archivos públicos y otros archivos históricos, constituidos por documentos que produjeron directamente los actores de la historia.” (Jaramillo Uribe, 1993, p. 35, citado por Barreto, 2011, p. 24.

<sup>29</sup> Cfr. (Luker, 2008, p. 137).

<sup>30</sup> “Una variable es alguna característica o aspecto general. (...) Las variables vinculan conceptos abstractos con mediciones específicas” (Ragin, 2007, p. 41). Algunas variables (llamadas variables independientes o causales) pueden definirse como causas y otras (llamadas variables dependientes o de resultado) pueden definirse como efectos en un determinado análisis. La variable dependiente es el fenómeno que el investigador intenta explicar; las variables independientes son los factores que se usan para explicar la variación de la variable dependiente” (Ragin, 2007, p. 215).

<sup>31</sup> Las preguntas realizadas respecto a las variables independientes están directamente relacionadas con el cuestionamiento, que en el estudio preliminar de la obra “Libertad y restricción en la decisión judicial”, hace el profesor Cesar Rodríguez: “¿los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes? y por otra, ¿los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derecho inspirados en razones políticas y morales? (Rodríguez, 1999, p. 17).

e incluso formulan “juicios paralelos” a la responsabilidad penal, cuya función se encuentra radicada en cabeza de los jueces.

Las preguntas que se formularon en este aspecto fueron: ¿Influye en algo esta cobertura informativa al momento en que el Juez debe adoptar una medida de aseguramiento? ¿El juez se ve impelido, de una u otra manera a adoptar una decisión que satisfaga el clamor popular?

**2.3 Temor disciplinario y judicial.** Los jueces tienen una responsabilidad penal y disciplinaria que garantiza un control en la adopción de sus decisiones<sup>32</sup>; sin embargo, en ocasiones resulta más fácil adoptar una decisión represora, evadiendo posibles investigaciones en su contra.

Con base en lo anterior se indagó sobre lo siguiente: ¿Por razones de estabilidad laboral o incluso con miras a garantizar su libertad, los jueces de control de garantías optan por despachar favorablemente las solicitudes que afectan el derecho a la libertad de los sindicatos?

**2.4 Discreción judicial.** A pesar del imperativo legal que rige la actividad judicial, ciertos aspectos de la decisión no se encuentran regulados. Piénsese por ejemplo en la inferencia razonable de responsabilidad que demanda la imposición de una medida de aseguramiento.

Por esta razón se realizó el siguiente cuestionamiento: ¿Será que el criterio del juez de control de garantías sobre la posible responsabilidad penal, prevalece sobre los medios probatorios puestos a su disposición?

Una vez expuestas las variables de investigación, finalmente anotaremos algunos recursos con los que se contó para concluir este texto. Con miras a comprobar o falsear la hipótesis de la investigación, se recolectaron las decisiones judiciales multicidadas, en los despachos de los Magistrados Orlando Fierro Perdomo, Marlene Orjuela Rodríguez, Hermens Darío Lara Acuña, Ramiro Riaño Riaño, Dagoberto Hernández Peña y Patricia Rodríguez Torres, adscritos al Tribunal Superior de Bogotá<sup>33</sup>, así como se obtuvieron otros datos estadísticos, cuyas fuentes reposaban en la Relatoría de Prisiones de la Universidad de los Andes.

## 4. LOS RESULTADOS, LOS HALLAZGOS Y EL NUEVO CONOCIMIENTO

### 4.1 De las medidas de aseguramiento

Las medidas de aseguramiento son auténticas “medidas cautelares”<sup>34</sup> dentro del proceso penal y se encuentran consagradas con el fin de proteger a la comunidad o a la víctima (arts. 309 y 310 C.P.P.)<sup>35</sup>, evitar

---

<sup>32</sup> Acerca de este control sobre la judicatura se puede consultar el artículo intitulado: De los impedimentos y las recusaciones en el marco del sistema de enjuiciamiento penal colombiano (Hernández, 2012), disponible en línea: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Art%C3%ADculo%209%20Hernandez.pdf> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>33</sup> “(...) you want to go where are data outcroppings –places where you have good reason, either from previous theory or logic or personal experience, to think that there will be a lot of what it is you want to study” (Luker, 2008, p. 161). Agradezco a Diego Armando Linares Bernal haberme facilitado esta información.

<sup>34</sup> Calificada por algunos como una auténtica pena de prisión (Suarez, 2008, p. 334), sin embargo, este debate desborda los fines de esta investigación y por ello no será abordado.

<sup>35</sup> Art. 310. 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:

la obstrucción a la justicia (art. 309 C.P.P.)<sup>36</sup> o garantizar la comparecencia del sindicado al proceso que se adelanta en su contra (art. 312 C.P.P.)<sup>37</sup> y operan siempre y cuando exista una “*inferencia razonable*” de responsabilidad.

Dentro de las medidas de aseguramiento se pueden identificar dos clases. Unas privativas de la libertad: (i) detención preventiva en establecimiento de reclusión y (ii) detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento y, otras no privativas de la libertad: (i) la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, (ii) la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, (iii) la obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe, (iv) la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, (v) la prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, (vi) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, (vii) la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, (viii) la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas y (ix) la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.<sup>38</sup>.

Para los efectos de esta investigación, solo se analizó la detención preventiva en establecimiento de reclusión, que fue la medida impuesta en contra de Andrés Felipe Arias y Bernardo Moreno. En este sentido,

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

Art. 311. Peligro para la víctima. “Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.”

<sup>36</sup> Art. 309. Obstrucción de la justicia. “Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.”

<sup>37</sup> Art. 312. No comparecencia. “Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

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

<sup>38</sup> Cfr. Art. 307 C.P.P.

el art. 313 del C.P.P., establece que esta medida procede para (i) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, (ii) delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, (iii) delitos contra los derechos de autor, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes y, finalmente, (iv) 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.

La petición para la imposición de una medida de aseguramiento la debe formular la Fiscalía General de la Nación – lo que generalmente realiza concentradamente, luego de la formulación de imputación – dentro de los parámetros doctrinalmente catalogados como “*justicia rogada*” (Aponte, 2004b, p.52) o también puede ser solicitada por las víctimas, esto último de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-209 de 2007<sup>39</sup>.

Corolario de lo anterior, si se reúne alguno de los requisitos objetivos establecidos en el párrafo anterior, que para los casos objeto de este estudio corresponde a que los delitos por los cuales son investigados Andrés Felipe Arias (peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales) y Bernardo Moreno (concierto para delinquir agravado, violación ilícita de comunicaciones y abuso de función pública) superan en su mínimo los 4 años de prisión y, si adicionalmente se cumple alguno de los fines para su imposición, que en estos casos corresponde al peligro de obstrucción a la justicia<sup>40</sup> frente a la posible alteración de la pruebas<sup>41</sup>, el Juez deberá analizar la procedencia de la medida de aseguramiento y si está debe ser privativa de la libertad.

## 4.2 De la función de control de garantías

Una de las características fundamentales del sistema con tendencia acusatoria colombiano es la creación de la figura del Juez de Control de Garantías (Hernández, 2011, p. 207). Este funcionario es el encargado de decidir las controversias derivadas de derechos de los ciudadanos, sin injerencia en la responsabilidad penal del sujeto sometido al proceso penal.

Ciertamente es una figura importada de Alemania e Italia y que dentro de nuestras fronteras más cercanas, ha sido implementada en Chile (Guerrero, 2004, p. 177)<sup>42</sup>. Sin embargo, la función del Juez de

---

<sup>39</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>40</sup> “Deberán tenerse en cuenta los elementos objetivos como la gravedad del hecho, la pena imponible, la posibilidad de destrucción, la manipulación de los elementos probatorios y la evidencia física aportada al proceso o que pueda obstruir la aplicación de la justicia induciendo a testigos, peritos o terceros a que informen falsamente (...)” (Martínez, 2006, p. 344).

<sup>41</sup> Nota: Se utiliza el término “pruebas” para facilitar el entendimiento del lector lego en materia penal y no se recurre al término técnico “elementos materiales probatorios” que en definitiva consideramos irrelevante, así como la diferencia entre “expediente” y “carpeta” o entre “folio” y “hoja”.

En vigencia de la Ley 906 de 2004 solo se adquiere el carácter de prueba cuando aquellas son aceptadas como tal por el Juez de Conocimiento dentro del juicio oral [principio de permanencia de la prueba vs. producción probatoria en el juicio (Hernández, 2010, p. 263)].

<sup>42</sup> Para un análisis más profundo sobre esta figura, que desborda los fines de esta investigación, se remite al lector a la siguiente bibliografía nacional: (Acero, 2005), (Aponte, 2004), (Bernal y Montealegre, 2004, p. 160), (Espitia, 2010, p. 206), (Fierro-Méndez, 2005, p. 311), (González, 2012, p. 437-440, 503-511, 539-547 y 635-1332) y (Urrutia y Cuesta, 2008, p. 92).

Control de Garantías, dentro de nuestro marco constitucional ostenta varias aristas particulares –entre otras-: (i) apreciación de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados con la persecución penal, (ii) limitación de las afectaciones realizadas sin autorización judicial previa por parte de la Fiscalía General de la Nación y los organismos en quien delegue estas funciones y (iii) apreciación de la facultades constitucionales que le permitan desarrollar su trabajo de control dentro de las actuaciones legales que correspondan al buen desarrollo del procedimiento (Guerrero, 2004, p. 188).

Las audiencias preliminares, cuya competencia se encuentra asignada al Juez de Control de Garantías<sup>43</sup>, son las siguientes (art. 154 del C.P.P.):

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo.
9. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

Esta función habitualmente la realiza un Juez Penal Municipal. Sin embargo, cuando el conocimiento del proceso esté atribuido a la Corte Suprema de Justicia, dentro de investigaciones adelantadas en contra de aforados, como los ministros del despacho y directores de los departamentos administrativos, entre otros (art. 235 Constitucional, en concordancia con el art. 32-5 C.P.P.) la función de control de garantías la ejerce el Tribunal Superior de Bogotá.

La norma respectiva reza en los siguientes términos:

**Art. 39 C.P.P. De la función de control de garantías.** *La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo.*

*Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y sólo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, el del municipio más próximo.*

**PARÁGRAFO 1o.** *En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces municipales, un número determinado y proporcional de jueces ejercerán exclusivamente la función de control de garantías, de acuerdo con la distribución y organización*

<sup>43</sup> Esta clasificación no es uniforme en la doctrina alemana. Cfr. (Roxin, 2000, pp. 74-76).

*dispuesta por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o de los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura, previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta.*

**PARÁGRAFO 3o.** *Habrán jueces de garantías ambulantes que actúen en los sitios donde sólo existe un juez municipal o cuando se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor o en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación o en los que exista problemas de seguridad de los funcionarios.*

Por esta razón el Tribunal Superior de Bogotá, ha estado a cargo de las audiencias preliminares de imputación e imposición de la medida de aseguramiento contra Andrés Felipe Arias y Bernardo Moreno, así como la revocatoria de esta medida.

### 4.3 Análisis de casos

En esta parte del artículo se ofrecerán al lector los resultados del trabajo de campo realizado con base en las decisiones impositivas de la medida de aseguramiento contra Andrés Felipe Arias y Bernardo Moreno, así como su posterior revocatoria.

#### 4.3.1 Medida de aseguramiento contra Andrés Felipe Arias Leiva

El 26 de julio de 2011, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra Andrés Felipe Arias<sup>44</sup>, infringiendo razonablemente el Magistrado Fierro Perdomo, que el sindicato pudo haber participado en la comisión de los delitos de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, dentro del escándalo AIS.

Su responsabilidad se ve comprometida por la suscripción de seis convenios entre el Ministerio de Agricultura y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura - IICA (Dependencia de la Organización de Estados, cuando ni siquiera se había expedido la Ley 1133 mediante la cual se creó el programa AIS, la cual sólo se promulgó hasta el 9 de abril de 2007. De esta manera se incumplió la preceptiva contenida en el artículo 8 del decreto 2170 de 2002, vigente para ese momento y que regulaba los requisitos que deben contener los estudios previos de conveniencia y oportunidad para realizar la contratación, lo cuales se deben realizar de manera anticipada a la apertura del proceso de selección donde se consigne un acápite que sustente dicha necesidad, una definición técnica de cómo se puede satisfacer la necesidad, de conformidad con las condiciones del contrato a celebrar, su objeto, el plazo y lugar. Por último se debe agregar un soporte técnico o económico del valor estimado del contrato y análisis de riesgo de la contratación.

En este sentido, el proceso de contratación no respetó las formas propias de tales procedimientos, al punto que tampoco se realizó concurso para la contratación, con lo que se devela otra irregularidad, de tal manera que para el Magistrado Fierro, se advertían desde ese entonces y de manera preliminar, los elementos estructurales del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En cuanto al delito de peculado también consideró que los tres convenios fueron asignados de manera directa al IICA, como los tres convenios que fueron denominados de cooperación o asistencia técnica, y que en el fondo se trataba de convenios de administración, constituyéndose un detrimento patrimonial

---

<sup>44</sup> [http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-10011546.html](http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10011546.html) (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

que ascendió a la suma de cuarenta y tres mil seiscientos ocho millones ciento treinta y un mil doscientos noventa y nueve pesos (\$43.608'131.299).

Una vez superado el análisis inherente a la inferencia razonable de responsabilidad en los dos delitos contra la administración pública, cuyo mínimo supera los 4 años de prisión y por ende se satisface el requisito objetivo para imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el Magistrado Fierro consideró que dentro de los fines de la medida de aseguramiento, se satisfacía el presupuesto por la posible obstrucción de la justicia: esto por la existencia de motivos graves y fundados que permitían inferir, que el imputado ha inducido a otros coimputados a obrar reticentemente; lo cual fue soportado por la Fiscalía General de la Nación con evidencias consistente en los registros de ingreso del ex Ministro de Agricultura al establecimiento Penitenciario y Carcelario la Picota, donde se reunió con otros coimputados<sup>45</sup>.

Para el Magistrado Fierro era claro que dada la calidad del imputado y en su condición de ex Ministro de la República, podía influir para inducir a los otros coimputados para que se oculte o se calle la verdad; teniendo en cuenta que de las 10 visitas que realizó al Establecimiento Carcelario la Picota, dos de ellas (27 de mayo y 3 de junio de 2011) las hizo en horario no permitido, un viernes, advirtiendo que las entradas al público son los días sábados y domingos.

Adicionalmente, tiene en cuenta la declaración de Javier Enrique Romero Mercado<sup>46</sup>, presentada por la Fiscalía General de la Nación, lo que considera el Magistrado Fierro que van mucho más allá de unas reuniones meramente informativas que tienen por objeto la fijación de una posición institucional frente a las investigaciones disciplinarias y penales que se estaban adelantando.

Considera entonces que *“esta versión muestra con meridiana claridad tres aspectos de suma relevancia: por un lado, se logra evidenciar que los funcionarios del Ministerio sí estaban siendo aleccionados sobre la*

<sup>45</sup> “Andrés Felipe Arias realizó en menos de dos meses, 16 de abril de 2011 (primera visita) al 3 de junio del mismo año (última visita), diez entradas al penal, tres de ellas a la Dirección del establecimiento, con promedio de duración de cuatro horas cada una. Dichas entradas tuvieron como objeto visitar a las otras personas que por las mismas conductas punibles están siendo investigadas; esto es, al ex viceministro de agricultura Juan Camilo Salazar, a Oskar August Schoroeder Muller y Juan David Ortega Arroyave.” Providencia del 26 de julio de 2011, Radicado: 11001600010220090036001, Magistrado: Orlando Fierro Perdomo, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>46</sup> “(...) Otra reunión se llevó a cabo en el Club San Andrés en la calle 73 con 9, el 16 de enero de 2010, la presidió JUAN CAMILO SALAZAR, estaba CAMILA REYES, HELIO DUARTE y GISELA TORRES, nos comunicaron de las citaciones de la fiscalía y nos contaban de las preguntas que estaban haciendo la fiscalía y proponiendo las respuestas, esto de una manera muy sutil como si fuera un curso de repaso de los procedimientos que debía hacer el Ministerio en el proceso. Hubo una cuarta reunión en la oficina de ARIAS LEIVA cerca del parque de la 93, en el edificio donde hace unos años colocaron una bomba, eso fue más o menos con ocasión del pliego de cargos de la procuraduría que salió el martes, la reunión la hicieron el sábado anterior, en ella participó ANDRES FELIPE ARIAS, que estaba con los escoltas..., el señor ARIAS LEIVA preguntó quién faltaba, el Ministro comunicó que iba a salir el pliego de cargos de la procuraduría, que él conoció por una fuente de confianza de los cargos de él; pero que no tenía conocimiento quien más podría estar en esos cargos(...)“ (...) ARIAS daba a entender que el no los había conocido y que eso no hacía parte integral de los convenios que el firmó, yo le replique y le dije que sí hacían parte, y cuando preguntó quién los elaboró, le dije que para el 2008 y 2009, fue la Dirección de Agro Ingreso Seguro y JUAN CAMILO SALAZAR me interrumpía, diciendo que aunque eso no era así, daba a entender que no podía decirse de esa forma, porque se generaría una situación muy complicada, yo entendí de esa reunión era que las Direcciones técnicas en este caso la mía tenía que asumir con ese comentario que fuimos los solicitantes de la contratación, cosa que no fue así, porque el que solicita es el interesado, o por lo menos el que se pone de frente al convenio. En esa reunión el señor ARIAS LEIVA trataba de colocarle un responsable a los planes operativos (...)” Ib.

*forma en que debían responder ante un llamado de la fiscalía, haciendo uso de la información privilegiada sobre las preguntas que los investigadores hacían; por el otro, que el imputado ANDRES FELIPE ARIAS LEIVA utilizó ciertas influencias (‘fuente de confianza’) para dar a conocer a sus ex subalternos el pliego de cargos que la procuraduría posteriormente formuló en su contra, información que en ese momento era reservada; y por último, lo que altos funcionarios del Ministerio, incluido el doctor ARIAS LEIVA, allí buscaban era una especie de chivo expiatorio para que asumiera la responsabilidad de algunas de las irregularidades que se habían generado al interior del Programa Agro Ingreso Seguro, relativas a aspectos de los convenios inherente a la función de quien los suscribe.”*

En conclusión, en criterio del Magistrado con función de control de garantías, la medida era necesaria: *“por cuanto aún persiste el riesgo de alterar la verdad y manipular a los coimputados, en detrimento del propósito de las autoridades judiciales, y del país en general, de conocer toda la verdad sobre tan graves hechos de corrupción administrativa. Es cierto que el artículo 307 del C. P. P. establece una amplia gama de medidas de aseguramiento, la mayoría de ellas no privativas de la libertad. Sin embargo, la conducta preliminarmente demostrada por el imputado, tanto en la fase de ejecución de los delitos investigados como en la etapa pos delictual durante la investigación, sugiere al despacho que una medida no privativa de la libertad no es suficiente para cumplir el fin propuesto, toda vez que implica depositar una alta dosis de confianza en el imputado, de la cual no ha demostrado ser completamente merecedor”<sup>47</sup>.*

El defensor del Ex Ministro, sobre la decisión del Magistrado Fierro, manifestó lo siguiente: *“La acatamos pero no la compartimos”<sup>48</sup>* y en otra declaración expresó:

*“ (...) no se reúnen los requisitos que tiene establecida la ley para imponer una medida de esas, no solo porque no hay suficientes evidencias que demuestren que en verdad ahí hay delito y que lo ha cometido el Ministro; sino también porque en el supuesto de que se pensara que siendo eso una discusión jurídica y técnica, pues podría eventualmente pensarse que si hay alguna ingenuidad, pues en ese evento tampoco procede la medida porque no se cumplen los fines constitucionales que están previstos para una medida de esa naturaleza (...) nosotros estamos en un Estado de Derecho y lo que prima aquí, el principio general de la libertad.”<sup>49</sup>*

Recordemos que el estatuto adjetivo que regula el proceso penal consagra otras medidas de aseguramiento, que eventualmente pudieron ser interpuestas en contra de Andrés Felipe Arias para salvaguardar las pruebas y la eventual obstrucción de la justicia. ¿Por qué no prohibirle el ingreso a la cárcel o el contacto

---

<sup>47</sup> El funcionario judicial W fue indagado sobre esta decisión, manifestando que *“la decisión judicial tiene que estar amarrada no a sospechas sino a evidencias. Lo único que se probó es el ingreso de este señor (se refiere a Andrés Felipe Arias) a visitar algunos de sus subalternos (...) hay un eslabón o hay un vacío, porque la conclusión es: hay una obstrucción a la justicia basada en el ingreso a visitar a sus subalternos en la Cárcel y el acude a las reglas de la experiencia (se refiere al Magistrado Fierro) para establecer que no fue a saludarlos y saber cómo estaban sino que evidentemente iba obstruir la justicia. Se echa de menos una evidencia de que si estaba yendo a cometer actos de obstrucción de justicia”*. (Entrevista realizada el 8 de marzo de 2013). En similar sentido se observa la manifestación de la Magistrada Patricia Rodríguez Torres al revocar la medida de aseguramiento contra el ex Ministro Arias: *“Y es que la valoración de la eventual obstrucción de la justicia debe realizarse sobre presupuestos ciertos y ello incluye la ineludible carga de evaluar si los actos de obstaculización son realmente posibles en este momento procesal”* Providencia del 14 de junio de 2013, 11001600010220090036012, Magistrada: Patricia Rodríguez Torres, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>48</sup> Declaración disponible *on line*: <http://www.citytv.com.co/videos/548756/acatamos-la-decision-pero-no-la-compartimos-jorge-anibal-gomez> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>49</sup> Disponible *on line*: <http://www.citytv.com.co/videos/536642/no-hay-suficientes-pruebas-para-pedir-medida-de-aseguramiento-defensa> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

con los otros involucrados en el proceso? ¿Por qué no prohibirle el acceso a las instalaciones del Ministerio de Agricultura? ¿Por qué no recluirlo en su lugar de residencia? ¿Será que la detención preventiva era la medida más idónea?

Ahora bien, mediante decisiones del 19<sup>50</sup> y 20<sup>51</sup> de marzo de 2013, Radicado: 11001 6000 102 2009 00360 10, Magistrado: Hermens Darío Lara Acuña y del 6 de mayo de 2013, Radicado: 11001 6000 102 2009 00360 11, Magistrado: Ramiro Riaño Riaño<sup>52</sup> (Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal), ante las solicitudes de revocatoria de medida de aseguramiento elevadas por parte del defensor de Arias, se negó la libertad del ex Ministro, por considerar que existía el riesgo de que en libertad, obstruyera la justicia, manipulando a los testigos que todavía no habían declarado en el juicio oral<sup>53</sup>.

En palabras del funcionario judicial Z, este caso es un ejemplo claro de la presión mediática ejercida sobre los Magistrados del Tribunal en la adopción de las decisiones:

*“Me parece que la reciente decisión del Tribunal Superior de Bogotá (hace referencia a la providencia del 6 de mayo de 2013) de negar la revocatoria de la medida de aseguramiento al ex ministro Arias en el caso de AIS es un ejemplo más de una resolución motivada por el temor a la reacción del público y de los medios de comunicación. No la conozco en detalle, pero si el fundamento es, como lo informa la prensa, la posibilidad de que Arias manipule o influya a sus propios testigos, ese argumento es absurdo en un proceso que se sigue por el sistema penal acusatorio. Los manuales de litigación enseñan que a un testigo no se le pregunta algo si no se está seguro de lo que va a responder. Primero se averigua o se investiga y luego se prueba. Si no se confía en lo que los testigos van a aportar a la propia teoría del caso, no se los invoca como tales”<sup>54</sup>.*

A su vez, en entrevista rendida por el ex Ministro Arias el 11 de abril de 2013<sup>55</sup> en *Blu radio*, manifestó:

*“(…) yo llevo 625 días en la cárcel sin estar condenado, detenido preventivamente (…) lo único que estoy pidiendo, lo único, lo único, es que me dejen defender en libertad. ¿Por qué? porque de mi se debe presumir la inocencia, porque yo no estoy condenado (…) las razones por las cuales fui detenido ya se derrumbaron (…) todos los funcionarios del Ministerio que eran testigos de la Fiscalía ya rindieron su*

<sup>50</sup> En esta decisión el Magistrado advierte que efectivamente no se puede inferir que el ex Ministro haya pretendido manipular el dicho de sus subalternos reclusos en la Cárcel La Picota, pero la obstrucción a la justicia se configura por las reuniones privadas con funcionarios y ex funcionarios del Ministerio que él había regentado “Hay elementos de juicio muy claros que muestran como en realidad lo que se pretendía en dichas reuniones era que se variara los escenarios, actores y demás participantes de los trámites y procedimientos de lo que estaba siendo investigado por diferentes autoridades de todo orden (...) de lo que se trataba era generar una monolítica explicación de lo que había sucedido”

<sup>51</sup> No repone la decisión adoptada el 19 de marzo de 2013, utilizando similares argumentos a los expuestos el día anterior.

<sup>52</sup> “Obvio resulta que el acusado no obstaculizará la presencia de sus testigos de descargo en el debate público, ni los inducirá a que sean reticentes en cuanto a lo que a él le conviene, pero aun es factible de que pueda dirigirlos para informen falsamente o se comporten de manera desleal con la justicia” (...) “la medida impuesta continua siendo adecuada para el fin perseguido en aras de preservar la pureza, la integridad, la incolumidad de la prueba testimonial que falta por llevar al contradictorio y el objetivo final que se persigue con el proceso, cual es el conocimiento de la verdad y el de la justicia”

<sup>53</sup> [http://www.larepublica.co/asuntos-legales/tribunal-superior-neg%C3%B3-la-libertad-al-exministro-arias\\_38006](http://www.larepublica.co/asuntos-legales/tribunal-superior-neg%C3%B3-la-libertad-al-exministro-arias_38006) (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>54</sup> Entrevista realizada el 8 de mayo de 2013.

<sup>55</sup> Disponible on line: <http://www.bluradio.com/#!25693/senor-fiscal-detenga-esta-persecucion-demencial-contra-mi-andres-felipe-arias> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

*testimonio ante la Corte, todas las pruebas de la Fiscalía están a buen recaudo en la Corte. Solo quedan 12 testigos de la Fiscalía sobre los cuales no tengo forma ni intención de influir”.*

El Ex Fiscal General de la Nación y actual Ministro de Justicia, Alfonso Gómez Méndez, emitió el siguiente criterio al respecto:

“Desde mi atalaya, siempre totalmente ajena al uribismo, estimo que carece de todo asidero que a Andrés Felipe Arias (culpable o inocente), dos años después de iniciado el juicio, se le siga negando la libertad con el peregrino argumento de que puede manipular pruebas”<sup>56</sup>.

A su vez, hay quienes opinan que este proceso judicial es una retaliación política:

“Así las cosas, el tufillo de la retaliación tiene su olor a tocino, porque todo lo que tenga que ver con Uribe en este país resulta satanizado y objeto ya no de la lupa escrutadora, sino de una persecución con prisa”<sup>57</sup>.

Finalmente el 14 de junio de 2013<sup>58</sup> se revoca la medida de aseguramiento por parte de la Magistrada Patricia Rodríguez Torres, quien consideró que era procedente la revocatoria de la medida de aseguramiento en la medida que ya se habían practicado todas las pruebas de la Fiscalía y que actualmente se están evacuando las pruebas de la defensa, desapareciendo así “*las razones fácticas que fundamentaron la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural al doctor Arias Leiva*”<sup>59</sup>.

La reacción de la ciudadanía frente a esta decisión va desde su asentimiento bajo argumentos jurídicos, como el rechazo por la interpretación errónea de impunidad<sup>60</sup>.

#### **4.3.2 Medida de aseguramiento contra Bernardo Moreno Villegas**

El 30 de julio de 2011, por solicitud de los representantes de las víctimas, se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra Bernardo Moreno Villegas<sup>61</sup>. En esta providencia no se observa ninguna exposición de la inferencia razonable que tuvo en cuenta la Magistrada Marlenne Orjuela, sobre la posible participación del sindicado en la comisión de los delitos de concierto para delinquir, violación ilícita de comunicaciones y abuso de función pública, dentro del escándalo de “*las chuzadas del DAS*”<sup>62</sup>, sino que

---

<sup>56</sup> Columna del 14 de mayo de 2013 publicada en *El Tiempo*. Disponible *on line*: [http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/alfonsogomezmdnez/peligros-de-la-justicia-mediatica-alfonso-gomez-mendez-columnista-eltiempo\\_12799401-4](http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/alfonsogomezmdnez/peligros-de-la-justicia-mediatica-alfonso-gomez-mendez-columnista-eltiempo_12799401-4) (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>57</sup> Mario Fernando Prado (columna del 9 de mayo de 2013 publicada en *El Espectador*). Disponible *on line*: <http://www.elespectador.com/opinion/columna-421241-foto-de-arias> Igualmente en el siguiente link: <http://carlosprieto.net/index.php/2011/07/andres-felipe-arias/>, se pueden consultar las posiciones a favor y en contra de AIS y la judicialización de Arias. (Páginas de internet consultadas por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>58</sup> Providencia del 14 de junio de 2013, 11001600010220090036012, Magistrada: Patricia Rodríguez Torres, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Al respecto se pueden consultar los comentarios al final de la siguiente nota de presa: [http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-12870587.html](http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12870587.html). (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>61</sup> [http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-10053024.html](http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10053024.html). (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>62</sup> Por su parte Bernardo Moreno ha manifestado que no se ha extralimitado en sus funciones (Entrevista disponible *on line*: <http://www.semana.com/nacion/articulo/no-extralimite-funciones-bernardo-moreno/115663-3>).

se limitó a argumentar el fin de obstrucción de la justicia<sup>63</sup>, lo que desde luego muestra la carencia de uno de los requisitos expuestos en el capítulo VI (*supra*) –se repite– la inferencia razonable de responsabilidad penal. Tampoco realizó consideraciones respecto a la satisfacción del requisito objetivo para la imposición de esta medida de aseguramiento, a pesar que de los delitos imputados se infiere que el mínimo de la pena sobrepasa los 4 años de prisión.

La solicitud realizada por los representantes de las víctimas, la hicieron de acuerdo con una nueva prueba que según su criterio –avalado por la Funcionaria de Control de Garantías, hacía necesaria la imposición de la medida de aseguramiento. Esa nueva prueba se edificó con base en lo informado por el Capitán (r.) Jorge Alberto Lagos León (ex jefe de contrainteligencia del DAS)<sup>64</sup>, quien para el mes de febrero de 2009 rindió interrogatorio, encontrándose asistido por el abogado Rafael Martínez. Este último profesional del derecho, se reunió con Bernardo Moreno en un restaurante del Barrio *La Macarena* y luego en el *Club el Nogal*, siendo acompañados también por directivos del canal RCN–a principios de mayo de 2009–, con el deseo de que se aclarara, por parte de Lagos León, que Moreno no había tenido ninguna responsabilidad en este escándalo, logrando efectivamente la rectificación en la emisión del noticiero RCN el día 18 de mayo de 2009.

Consideró la Magistrada Orjuela que si el fin era rectificar la información, el abogado de Lagos León sobraba, ya que contaban con la presencia del presidente de RCN, lo cual hubiera bastado para la rectificación y por ello concluye que no se iba rectificar una información periodística y que el acto de obstrucción a la justicia consistía en buscar la desvinculación del proceso de las chuzadas, como lo manifestó Jorge Alberto Lagos. Concluye la funcionaria formulando el siguiente cuestionamiento (no literal): ¿Para que el contacto con el abogado Rafael Martínez si solo quería rectificar la información?

Contra esta decisión se interpuso el recurso de reposición por parte del Ministerio Público y el defensor de Bernardo Moreno, el cual fue despachado desfavorablemente por parte de la misma Funcionaria Judicial.

La crítica de su abogado a esta decisión, fue expresada en los siguientes términos:

“(...) el único fundamento de esa medida sea, pidió rectificar una información que no era correcta, a un medio de información serio como es el canal RCN de televisión, que eso constituya una obstrucción a la justicia, pues francamente es una monstruosidad”<sup>65</sup>.

Ahora bien, mediante providencia del 12 de marzo de 2013, Radicado 110016000 00020090012207, Magistrado: Dagoberto Hernández, se consideró que los fines por los cuales se profirió la medida ya no resultan necesarios, ya que esta se impartió cuando el proceso estaba en etapa de investigación pero para la fecha de esta decisión se encuentra en etapa de juicio oral. Por ende, los medios probatorios ya fueron incorporados, las pruebas testimoniales se encuentran a salvo con las entrevistas, declaraciones e interrogatorios, lo que implica que no podrán ser falseados y en consecuencia ya no es procedente esta medida.

<sup>63</sup> Manifiesta la Magistrada con Función de Control de Garantías: “lo único que a mí me compete es establecer si aquí se produjo o no una obstrucción a la justicia y si las victimas trajeron la prueba suficiente para ello”.

<sup>64</sup> <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7870192> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

<sup>65</sup> Entrevista realizada a Jaime Granados el 1° de agosto de 2011 en *La Em*. Disponible *on line*: <http://www.lafm.com.co/audios/audios/01-08-11/jaime-granados-abogado-de-bernardo-moreno-calific-como-una-monstruosidad-deci> (Página de internet consultada por última vez el 9 de agosto de 2013).

#### 4.4 Recapitulación y resultados de la investigación

Como se puede observar en la presente investigación, las decisiones a través de las cuales se imponen las medidas de aseguramiento en contra de estos dos aforados, no son lo más afortunadas desde un punto de vista interno del derecho, al punto que en la primera (detención preventiva contra Andrés Felipe Arias), se presumen las finalidades que exige la normatividad procesal penal para determinar la obstrucción de la justicia, aun cuando al comparar esta con la imposición de la medida de aseguramiento contra Bernardo Moreno, sale mejor librada, comoquiera que por lo menos se esforzó por señalar los fundamentos de la inferencia razonable de responsabilidad y el requisito objetivo de procedencia, lo cual fue omitido por la otra Funcionaria Judicial.

Adicionalmente, la medida de aseguramiento contra Bernardo Moreno se edifica sobre una obstrucción a la justicia que solo vislumbra la Funcionaria con Función de Control de Garantías, ya que tal como lo explicaba el Funcionario Judicial W, estas situaciones deben contar con evidencias y en la tramitación del rito procesal surtido a través de varias audiencias, no se observa la manera como el abogado del Capitán (r.) Jorge Alberto Lagos León, hubiera podido lograr la desvinculación procesal de Moreno Villegas, máxime cuando la investigación estaba radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y no de ninguno de sus delegados. ¿Tendrá alguna influencia el hecho que el superior jerárquico de los Magistrados del Tribunal sean algunas de las víctimas dentro de este proceso penal?

Afortunadamente Bernardo Moreno contó con mejor suerte al solicitar la revocatoria de la medida que la que tuvo Andrés Felipe Arias, a quien se le negó en dos oportunidades esta, a pesar de encontrarse en una situación similar a la de Bernardo Moreno. Ambos procesos están en etapa de juicio, los testimonios están asegurados con la práctica de entrevistas al igual que las pruebas documentales que se encuentran a buen recaudo de la Fiscalía.

Igualmente, el argumento tendiente a demostrar que Arias Leiva podía modificar las pruebas a su favor, es del todo incongruente e ilógico, tal como lo anticipaba el funcionario Z, en entrevista anteriormente transcrita, en donde señala, por aquel, la presión mediática como el móvil determinante en la adopción de aquella decisión.

Los factores externos que influyen en la decisión judicial son innumerables y ciertamente en casos tan polémicos como los aquí estudiados, se encuentran muchos intereses en juego, desde la estabilidad laboral de los funcionarios judiciales que adoptan las decisiones, hasta el protagonismo dentro de los medios y la discrecionalidad judicial maleable.

Respecto a las variables independientes, con base en las entrevistas realizadas se pueden ofrecer los siguientes resultados:

##### 4.4.1 Legalidad vs. discreción judicial

Muchos funcionarios erigen una bandera positivista hermética a criterios distintos a los plasmados en la ley. Sin embargo, al preguntarles si ¿el Juez de control de garantías tiene en cuenta algún criterio extra jurídico para imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva?, algunos ofrecieron una perspectiva sincera y enriquecedora para los fines de esta investigación:

- *“Creo que a veces se dejan llevar por factores como la gravedad del caso, el riesgo de investigación disciplinaria y la presión de los medios de comunicación, perdiéndose objetividad”* (Entrevista realizada al funcionario judicial X el 16 de abril de 2013).

- *“Como en la generalidad de los casos la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento se hace a continuación de las de legalización de captura y formulación de la imputación es inevitable el juez de garantías aborde la última con un preconcepto acerca de la procedencia de la imposición de medida de aseguramiento. Pero en ese momento entran en juego criterios objetivos como la punibilidad, la competencia de los jueces del circuito especializados, si se trata de ciertos delitos cometidos contra menores, etc. Entonces queda más espacio para que se involucre un criterio extra jurídico cuando se trata del juicio de suficiencia.”* (Entrevista realizada a Rolando Robayo el 15 de abril de 2013).
- *“En algunas ocasiones lo puede constituir la trascendencia del caso, o las circunstancias bajo las cuales se desarrolle la audiencia”* (Entrevista realizada a Juan Carlos Merchán el 16 de abril de 2013).
- *“El juez de garantías no adopta decisiones judiciales con base en conceptos extra jurídicos. Exclusivamente se trata de conceptos jurídicos, es decir los contenidos en la ley 906 de 2004.”* (Entrevista realizada a la funcionaria judicial Y el 18 de abril de 2013).
- *“Los criterios para adoptar la medida de aseguramiento en un Juez debidamente entrenado son eminentemente jurídicos; no obstante, algunos jueces de control de garantías como es el caso de los promiscuos municipales anteriores al SPA no cumplen esta regla y buscan argumentos, inclusive propios, para justificar la imposición de la medida”* (Entrevista realizada a Diego Rayo el 29 de abril de 2013).

#### 4.4.2 Presión mediática

Es innegable la presión que ejercen los medios en la adopción de las decisiones. Los entrevistados respondieron al interrogante ¿existe alguna presión mediática para la adopción de la decisión?, de la siguiente manera:

- *“Me parece que si influye y lo peor es que cuando la decisión no es acorde con lo que piensan los medios se atreven a cuestionar a los jueces sin soporte jurídico”* (Entrevista realizada al funcionario judicial X el 16 de abril de 2013).
- *“Sin lugar a dudas, sí, en los casos que tiene cierta connotación. Me parece que un ejemplo es el proceso del carrusel de la contratación contra Emilio Tapias. La Fiscalía solicitó medida de aseguramiento no privativa de la libertad. El agente del Ministerio Público dijo que la que correspondía era una privativa de la libertad. La juez, desbordando la petición de la Fiscalía, impuso detención preventiva, la cual fue apelada y revocada por la segunda instancia. Creo que ahí pesó el anticipo de lo que sería la reacción de los medios de comunicación.”* (Entrevista realizada a Rolando Robayo el 15 de abril de 2013).
- *“Las circunstancias bajo las cuales se desarrolle la audiencia, o la trascendencia del caso, en algo influyen en la decisión”* (Entrevista realizada a Juan Carlos Merchán el 16 de abril de 2013).
- *“Claro que existe, especialmente de parte de los medios de comunicación que en aras de buscar una noticia y aumentar su rating han convertido a la justicia en un espectáculo. Son constantes los casos en que los periodistas utilizan los medios de comunicación pretendiendo que el juez adopte la decisión que ellos consideran es la correcta o la que favorece sus intereses. Aunque en algunos casos los jueces se dejan llevar por esa presión, en el caso personal ello no ha ocurrido.”* (Entrevista realizada a la funcionaria judicial Y el 18 de abril de 2013).
- *“Todo caso socialmente relevante siempre va a tener presión mediática la cual puede ser sorteada por un Juez medianamente diligente.”* (Entrevista realizada a Diego Rayo el 29 de abril de 2013).

#### 4.4.3 Temor disciplinario y judicial

Finalmente es claro el temor que deben enfrentar los funcionarios judiciales ante un eventual proceso disciplinario o penal en su contra. Así respondieron los entrevistados al siguiente interrogante: ¿al adoptar la decisión se pondera un eventual proceso disciplinario?

- “Yo creo que algunos sí. Prefieren evitarse una investigación, pues, por ejemplo, abstenerse de imponer medida de aseguramiento en un caso de connotación, así no esté acreditada la necesidad de la misma, viene a ser mirada como un acto de propiciación a la impunidad.” (Entrevista realizada al funcionario judicial X el 16 de abril de 2013).
- “Después de la “denuncia” del entonces Ministro de Justicia Valencia Cossio, que consistió en un listado de todas las detenciones y prisiones domiciliarias concedidas y con fundamento en la cual los Consejos Seccionales de la Judicatura – Sala Disciplinaria emprendieron una cacería de brujas, iniciando procesos a los que les dieron prelación, me parece que es inevitable que esa situación permanezca en la mente del juez.” (Entrevista realizada a Rolando Robayo el 15 de abril de 2013).
- “Puede ser un criterio adicional pero el mismo depende del momento; es decir de la presión que ejerce el Consejo Superior de la Judicatura en determinadas épocas.” (Entrevista realizada a Juan Carlos Merchán el 16 de abril de 2013).
- “Es indiscutible que el temor por un eventual proceso disciplinario genera en el juez una presión que afecta su independencia y de alguna forma es tenido en cuenta al momento de adoptar la decisión. Desafortunadamente el proceso disciplinario se ha utilizado también mediáticamente por parte de algunos funcionarios para influir en la toma de decisiones.” (Entrevista realizada a la funcionaria judicial Y el 18 de abril de 2013).
- “Siempre. No solo la acción disciplinaria sino también la penal deben ser un parámetro evaluado por el juez para evitar caer en decisiones contrarias a derecho.” (Entrevista realizada a Diego Rayo el 29 de abril de 2013).

Nótese la dificultad que señalan los entrevistados frente a los casos de connotación nacional, como los que fueron tratados al interior de esta investigación, resultado bastante difícil, incluso para los Magistrados con función de control de garantías, abstenerse frente a esta clase de solicitudes.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acero, L. (2005). *El juez de control de garantías*. Bogotá: Doctrina y ley.

Aponte, A. (2006). *Captura y medidas de aseguramiento: El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional.

\_\_\_\_\_ (2004a). *La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: Hacia una prevalencia del principio de libertad*. Capítulo del Libro *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla.

\_\_\_\_\_ (2004b). *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla.

Corporación Excelencia de la Justicia y Embajada Británica en Bogotá. (2011). Balance de los primeros cinco años del funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia. Bogotá.

Barreto, A. (2011). *Venturas y desventuras de la regeneración. Apuntes de la historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Bernal, J. y Montealegre, E. (2004). *El Proceso Penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BOBBIO, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.

Carnelutti, F. (2005). *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Temis.

Colombia, Congreso de la República, Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1133 de 2007, 1142 de 2007, 1098 de 2008 y 1453 de 2011.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, Sentencias: T-153/98, C-774/01, C-318/05, C-425/08 y C-1198/08.

Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, providencias del 26 de julio de 2011, Radicado: 11001 6000 102 2009 00360 01, Magistrado: Orlando Fierro Perdomo, 30 de julio de 2011, Radicado: 11001 6000 000 2009 00122 02, Magistrada: Marlenne Orjuela Rodríguez, 12 de marzo de 2013, 11001 6000 000 2009 00122 07, Magistrado: Dagoberto Hernández Peña, 19 y 20 de marzo de 2013, Radicado: 11001 6000 102 2009 00360 10, Magistrado: Hermens Darío Lara Acuña, 6 de mayo de 2013, Radicado: 11001 6000 102 2009 00360 11, Magistrado: Ramiro Riaño Riaño, 14 de junio de 2013, Radicado: 11001600010220090036012, Magistrada: Patricia Rodríguez Torres.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador (sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, N.-170).

Espitia, F. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal, sistema acusatorio*. Bogotá: Legis.

Fierro-Méndez, Heliodoro (2005). *Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*, Bogotá: Leyer.

González, A. (2012). *El proceso penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.

Guerrero, Oscar Julián (2007). *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

\_\_\_\_\_ (2004). *El juez de control de garantías*. Capítulo del Libro *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla.

Hernández, Norberto (2012). *De los impedimentos y las recusaciones en el marco del sistema de enjuiciamiento penal colombiano*. Capítulo Revista Diálogos de Saberes No. 36, Bogotá: Universidad Libre.

\_\_\_\_\_ (2011). *Apuntaciones sobre la reforma al Código de Procedimiento Penal (Ley 1395 de 2010)*. Capítulo Libro Impacto de la Ley 1395 de 2010 frente a la administración de justicia. Bogotá: Ediciones Uniandes.

\_\_\_\_\_ (2010). *Rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral*. Capítulo Revista Diálogos de Saberes No. 33, Bogotá: Universidad Libre.

INPEC. Informe del 31 de enero de 2013. Capítulo “Población internos en Establecimiento de Reclusión y regionales”.

Jaramillo, J. (1993). *Los archivos y la investigación*. En archivos e investigación. Memorias del primer encuentro del sistema nacional de archivos. Medellín: Archivo General de la Nación-Red Departamental de Archivos de Antioquia.

Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar y Ediciones Uniandes.

Luker, K. (2008). *Salsa Dancing into the Social Sciences. Research in an Age of Info-glut*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

Margalit, A. (1996). *The decent society*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

Martínez, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano*, Bogotá: Temis.

Ministerio de Justicia (2013). *12 Pasos para hacerle frente a la crisis del sistema penitenciario y carcelario*.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

RAGIN, Ch. (2007). *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y a su diversidad*, traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Sage Publications.

ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J.Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto.

SILVA, R. (2003). *La servidumbre de las fuentes*. En Adriana Maya y Diana Bonett (comp.). Balance y desafío de la historia de Colombia al inicio del siglo XXI. Bogotá: Universidad de los Andes.

Situación carcelaria en Colombia, 99° período de sesiones, Ginebra, Suiza, Julio de 2010, INFORME Sombra Presentado al CDH de Naciones Unidas, en Respuesta al Sexto Informe de Colombia, Presentado por: Grupo de Derecho de Interés Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá. Colombia. The Carlos A. Costa Immigration and Human Rights Clinic at Florida International University College of Law. United States.

Suárez, C. A. (2008). *Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿Una simple medida procesal-cautelar o una auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 de 2007*. Capítulo del Libro *Temas de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis S.A.

Urrutia, H. y Cuesta, F. (2008). *Sistema penal acusatorio. Audiencias preliminares y juicio oral, teoría y práctica*. Tomo II, Bogotá: Ibáñez.