



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución 2.5 Colombia (CC BY 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/co/>

Usted es libre de:

- Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
- hacer obras derivadas
- hacer un uso comercial de esta obra



Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).

Postulados de necesidad, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad como garantes de derechos fundamentales en la imposición de una medida de aseguramiento.

EDUARDO ENRIQUE ACOSTA DE ARMAS¹
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen.

El actual documento analiza una de las cuestiones más interesantes de la criminología y la ciencia penal, aquello relacionado con la privación de la libertad del encausado debido a la persecución del delito y aquellos fines propios de la imposición de una medida de aseguramiento intramural en el sistema penal acusatorio en Colombia. Para cumplir con este objetivo, se analiza el estado actual de la doctrina, la jurisprudencia, los alcances dogmáticos y normativos en cuanto a la imposición de las medidas de aseguramiento en Colombia, de acuerdo a la normatividad consagrada por la Constitución Política artículos 28 y 250, la Ley 906 de 2004, Código Procedimiento de Penal, los artículos 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313 y 315, así como los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras claves.

Medida de aseguramiento, principio pro hominen, sanción penal, carácter preventivo, debido proceso, interpretación restrictiva.

Abstract.

The current document analyzes one of the most vehement questions of the criminology and the penal science, that one related to the deprivation of the freedom of the accused due to the pursuit of the crime and the decrease of the procedural risks like proper ends of the imposition of a measurement of insurance intramural in the Accusatory Penal System in Colombia. To expire with this target, 906 of 2004 analyze the current state of the doctrine, the jurisprudence, the dogmatic and normative scopes as for the imposition of the measurements of insurance in Colombia, in accordance with the law dedicated by the Political Constitution articles 28 and 250, the law 906 of 2004, Code Procedure of Penalty, the articles 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, as well as the jurisprudential precedents expressed by the Inter-American Court of Human rights.

¹ Artículo resultado de investigación elaborado para optar por el Título de Abogado en la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del doctor JUAN FRANCISCO MENDOZA, docente de la Facultad de Derecho.

Estudiante en proceso de grado del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil 2111481 y correo institucional: eeacosta81@ucatolica.edu.co

Keywords:

Measurement of insurance, pro hominen beginning, penal sanction, preventive character, due process, restrictive interpretation.

Sumario

Introducción. 1. Fines Constitucionales y fundamentos legítimos que justifican la Detención Preventiva .1.1 El principio de legalidad de la privación de la libertad 1.2. Fundamentos legítimos que justifican la Detención Preventiva. 2. La medida de aseguramiento en la Convención Americana y La Corte Interamericana De Derechos Humanos 3. La inferencia razonable de autoría y participación como aspecto esencial de la medida de aseguramiento 4. El derecho a la presunción de inocencia del imputado como garantía constitucional 5. Factor objetivo y subjetivo del operador judicial al momento de determinar la gravedad del delito. Conclusiones , Referencias.

Introducción.

Desde la óptica constitucional y procesal del Sistema Penal Acusatorio, la imposición de una medida de aseguramiento ha quedado limitada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental de la libertad de un ser humano. Sin duda, no bastará con la simple inferencia de autoría o participación en la comisión de un delito, siendo necesario que, la privación de la libertad acontezca debido a la verificación realizada por el Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías a partir de tres fines señalados por la constitución (Art. 28 C. Pol.), y a su vez desarrollado por el artículo 308 de la ley 906 de 2004 de la siguiente manera:

1. Que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones.(Arts. 308 N 1º ley 906 de 2004.),
2. Que se acredite la no comparecencia al proceso, exista un peligro latente de fuga o se infiera que no cumplirá una eventual condena. (Arts. 308 N 2º ley 906 de 2004)
3. Por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.(Arts. 308 N 3º ley 906 de 2004)

Los elementos que disponen dicha medida restrictiva de la libertad en Colombia tienen como punto de partida y forzoso limite aquellos lineamientos establecidos por la constitución política de 1991, los convenios internacionales sobre derechos humanos, la ley 906 de 2004

como regla general², en la medida en que estos ordenamientos en su jerarquía estructural y jurídica definen las condiciones para la restricción de la libertad de un ser humano en las audiencias preliminares. Para ello, se busca dar respuesta a la pregunta que orienta la actual investigación, siendo esta la de: ¿La imposición de una medida de aseguramiento con fundamento único en el peligro para la comunidad, desatiende los fines procesales legítimos establecidos por la Convención IDH y la Corte IDH?

Los Jueces Penales Municipales con Función de Control de Garantías, funcionario competente para conocer de las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio, deben al momento de imponer una medida cautelar de carácter personal, realizar una interpretación restrictiva de los supuestos facticos y jurídicos que soporten la decisión de afectar el derecho a la libertad de una persona, pues la privación de la libertad en centro carcelario es sólo una de las tantas formas de garantizar los fines procesales antes mencionados, luego que, existen otras medidas señaladas por la ley que pueden garantizar la no afectación de los mencionados fines, entre los cuales podemos tener la detención preventiva en el lugar del domicilio, la prohibición de salir del país, presentaciones periódicas del imputado a la fiscalía que conoce su proceso penal, las cuales no restringen del todo el derecho de locomoción pues implican en menor proporción una limitación al derecho fundamental de la libertad, resultando menos invasivo que la reclusión en un establecimiento carcelario. Por ello es claro que, la prisión preventiva debe ir de la mano al proceso penal y a los fines constitucionales que la desarrollan como una medida cautelar y no como una pena anticipada que desnaturalizaría los derechos y garantías fundamentales que estructuran el proceso penal.

Es por lo anterior que la imposición de una medida cautelar basada en la restricción de la libertad de un ser humano no debe fundarse por sí sola en la calificación provisional de la conducta penal, las características personales del supuesto autor, la gravedad del delito que se le imputa o la severidad de la pena, pues estos fines desnaturalizan la prisión preventiva y la convierten en una pena anticipada.

1. Fines Constitucionales y fundamentos legítimos que justifican la Detención Preventiva.

1.1. El principio de legalidad de la privación de la libertad.

El proceso Penal que rige en Colombia encuentra fundamento en el acto legislativo 03 de 2002 a su vez desarrollado por la ley 906 de 2004, el cual tiene unas estructuras definidas en etapas que se denominan en imputación, acusación, audiencia Preparatoria y juicio oral. Estos cuatro (4) pilares estructurales de la actuación procesal son categorías infaltables para

² Estamento normativo mediante el cual se adoptó un sistema penal acusatorio, que actualmente gobierna el procedimiento penal en Colombia, sin embargo, para delitos cometidos antes del 1 de enero de 2005, y en procesos adelantados contra aforados constitucionales se rige por la ley 600 de 2000 que contempla también la privación de la libertad en las etapas preliminares del proceso penal mediante la resolución de situación jurídica, siendo estos dos

las formas propias del Juicio, es decir, para el respeto a un Debido Proceso legal y Constitucional en términos del artículo 29 de la Carta, 8° de la Convención americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Deberes civiles y Políticos.

Como se observa la Medida de Aseguramiento, no configura una estructura del proceso ya que se trata de una situación que debe ser excepcional, es provisional, cautelar y con fines estrictamente procesales, sobre el particular la doctrina ha indicado:

Desde una perspectiva general, es de tener presente, en primer lugar, el requisito de constitucionalidad y de legalidad tanto para establecer quien puede privar de la libertad a una persona, como para determinar los motivos, razones y procedimientos legitimantes y, en segundo lugar, la exigencia de evitar detenciones o encarcelamientos arbitrarios. Sin duda alguna, la ley debe fijar los motivos y el procedimiento que ha de utilizarse para restringir la libertad de un ser humano. La autoridad competente para ordenar una privación de libertad estará definida previamente en la Constitución y la ley, pero, en todo caso, el sujeto activo de la medida debe ser una autoridad judicial habilitada por la ley para hacerlo.(Castro 2003, p. 617)

Para abordar el principio de legalidad en materia penal es importante primero hacer referencia a un concepto que le dan origen de la siguiente manera:

En cuanto a las prerrogativas procesales, debe decirse lo siguiente. Los diversos privilegios de esta índole, también denominados instrumentales, pueden ser consignados en el siguiente axioma: *nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*. Ello significa que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función.

Lo anterior supone, entonces, que imperan en este ámbito dos axiomas medulares: el debido proceso legal- comprensivo, a su vez, de todos los postulados inspiradores del derecho procesal penal – o legalidad del proceso; y del juez natural o juez legal, en realidad englobado dentro del primero y consagratorio de la garantía jurisdiccional por excelencia o de jurisdiccionalidad, ambos contenidos en el artículo 6° cuando se refiere a la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.(Velázquez, 2004, p. 60)

En síntesis, a nadie se le puede imputar un hecho como delictivo si antes de su acción u omisión no aparecía elevado a tal categoría por el legislador, igualmente, una medida de aseguramiento que afecte la libertad es admisible en tanto se ajuste al ordenamiento jurídico interno. La doctrina autorizada al respecto a indicado que se hace necesario un mecanismo jurídico de mayor precisión y definición, que individualice la conducta con sus elementos y características objetivas y subjetivas, de suerte tal que resulte evidente y fácil conocer de antemano cual es la acción que el Estado ha considerado como criminal, a fin de que la

determinación no de lugar a subjetivismos o dudas sobre la determinación jurídica y se garantice así el principio de legalidad. (Gómez. 2003, p. 197)

Como se ha planteado en la parte introductoria, existen ordenamientos de superior jerarquía que condicionan y restringen la afectación de derechos fundamentales de mi primer nivel como la libertad, con la Constitución Política de 1991, se presenta al ordenamiento jurídico la definición de del derecho a la libertad en su artículo 28:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (Art. 28 Constitución Política de Colombia, 1991)

Sin duda, es procedente indicar que la detención preventiva contiene una legitimidad constitucional, pues se encuentra reglada en la Carta Fundamental en una excepción taxativa incluida por el constituyente y desarrollada inicialmente por el artículo 2º de la ley 906 de 2004³ como norma rectora, el cual enuncia y despliega la procedencia de la detención preventiva según los mandatos constitucionales, de tal manera que, la privación o restricción de la libertad no podría desconocer la norma superior, pues de ser así violaría derechos fundamentales protegidos como la libertad personal y el debido proceso.

Se ha mencionado al respecto:

La constitución es norma de normas (Art. 4 C. Pol.), o sea que sus disposiciones tienen supremacía sobre el resto de la normatividad legal; las normas de las Carta Política ostentan, además, carácter obligatorio, y sus principios esenciales tienen aplicación directa e inmediata (Arts. 6, 85 C. Pol.), por tanto, prevalecen sobre las normas de inferior rango, informan y dan contenido a las leyes y demás disposiciones del ordenamiento jurídico. Pero, además, considerando el carácter axiológico y

³ **ARTÍCULO 2o. LIBERTAD.**: *Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.*

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

En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

programático de la constitución, sus fines, principios, lineamientos, funciones, valores, políticas y preceptos, dan contenido y límites al resto de la normatividad. (Gómez 2014 p. 17). GOMEZ

Sin duda, la detención preventiva procede de acuerdo con el artículo 28 ibídem, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: “mandamiento escrito de autoridad judicial competente, observancia de las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley” (Art. 2 Ley 906 de 2004), En ese sentido La Corte Constitucional en Sentencia C - 327 de 1997 ha precisado, referente a los requisitos de la detención, y en especial a la necesidad de existencia “de motivos previamente definidos en la ley” (ibidem), haciendo mención del principio de legalidad que indica “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, requiriendo la intervención del legislador para señalar los motivos que permitan decretar la detención en el régimen jurídico colombiano.(Corte Constitucional C - 327 de 1997)

En un caso relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó:

57. Asimismo, este Tribunal ha manifestado, en relación con los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, relativo a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, que: según el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. (Acosta Calderón vs. República del Ecuador, 2005)

En estos términos, la detención preventiva dentro de un Estado Social de Derecho como el profesado por Colombia, no debe utilizarse como un mecanismo indiscriminado, general y automático, ejerciéndose siempre que el procedimiento aplicado Se encuentre dentro de;

Los estrictos límites que señala la ley, toda vez que, la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (Preámbulo, artículos 1º y 2º de la ley 906 de 2004).

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla

sustente su decisión en consideración a las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. (Corte Constitucional C - 724 de 2001)

Todo lo anterior, sin dejar de lado los postulados de necesidad, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad los cuales obligan al funcionario judicial a manifestar garantías en procura de los derechos fundamentales a la hora de imponer una medida de aseguramiento intramuros.

Por ello es claro que, en lo que corresponde a la disposición normativa en Colombia de las medidas de aseguramiento en materia penal, el constituyente y a su vez el legislador, nos invitan al estudio integrado de los artículos 28 y 250 de la Carta Política de 1991 (competencias asignadas a la Fiscalía General de la Nación), la reforma del acto legislativo 03 de 2002 encontrando desarrollo procesal en la ley 906 de 2004- artículos 308, 309, 310, 311, y 312, que deben ser estudiados en coherencia con los artículos 2, 295, 296, 306 y 307 de la misma obra procesal acusatoria. Aún así, el numeral segundo del artículo 308, el artículo 310, el numeral 4 del artículo 313 y el artículo 313 A de la ley 906 de 2004, los cuales hacen alusión al fin de peligro para la comunidad, el cual debe analizarse desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos que encuentra eco en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto internacional de derechos políticos y civiles, tratados aceptados por Colombia, que se regulan en el orden interno por vía del artículo 93 de la Carta de 1991 en armonía con el artículo 3 de la ley 906 de 2004 y el control directo y difuso de convencionalidad.

1.2. Fundamentos legítimos que justifican la Detención Preventiva.

En Colombia las medidas de aseguramiento responden a precisos fines y propósitos establecidos por el legislador, que buscan garantizar el avance del proceso penal, prevenir el riesgo de fuga y la protección de la comunidad y las víctimas. Establecida la causal en que se fundamentará la prisión preventiva, el Juez de Control de Garantías deberá hacer un examen de ponderación entre la facultad de aprehender del Estado y el derecho a la libertad del ciudadano, así, el legislador delimitó de manera expresa en los artículos 306 al 320 de la ley 906 de 2004 los requisitos que deben darse en el preciso caso de imponer una medida de aseguramiento, como es la detención privativa en establecimiento carcelario. La doctrina coincide con lo anterior al indicar:

Es la más exigente de las audiencias que lleva a cabo el juez de control de legalidad, por las implicaciones que para el derecho fundamental y la dignidad humana significa la libertad de los ciudadanos, pues es allí, donde se determina la necesidad de imponerle a un imputado o acusado la necesidad y la urgencia de una medida de aseguramiento que restrinja su libertad o no, del éxito de establecer su finalidad y naturaleza, se podrá superar la equivocada idea de que la medida de aseguramiento es

un anticipo de la pena, y por el contrario se apreciara mas como una medida cautelar, procesal, a favor de protección de la sociedad y de las victimas de los delitos. (Gómez 2015, p. 223)

Coincide con el autor citado la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, al puntualizar que de acuerdo con la intención de nuestro legislador para la imposición de una medida de aseguramiento es necesario que, la Fiscalía General de la Nación como órgano persecutor acredite los presupuestos exigidos no solo en el artículo 308 , sino además los exigidos en la norma 313 de la ley 906 de 2004, y específicamente las circunstancias en que se fundamentan las exigencias del artículo 309 (obstrucción de la justicia) artículo 310 (peligro para la comunidad), artículo 311 (peligro para la victima) y artículo 312 (no comparecencia), pues no basta con hablar de la gravedad de la conducta punible, la modalidad de la conducta, la pena imponible, sino que es deber de la Fiscalía General de la Nación acreditar la existencia de alguna o varias de las circunstancias previstas en el artículo 31 de la ley 906 de 2004 modificado por la ley 1760 de 2015, la cual estableció las circunstancias que debe valorar el juez de control de garantías para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, recuérdese que además debe el Juez de Control de Garantías valorar la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible.

Debo de entrada indicar, que no comparto que sean tenidos en cuenta los criterios de gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible como un fin legitimo para imponer una medida cautelar personal , luego que estos no revisten un fin preventivo procesal y por el contrario se enmarcan sin lugar a dudas en un fin punitivo de prevención general, pues antes que proteger el curso normal del proceso, se está sancionando al imputado por el hecho que se le investiga, desconociendo la presunción de inocencia, sobre el particular la doctrina ha indicado:

La medida de coerción no es un fin en sí misma, sino que constituye un medio para asegurar el logro de otros fines del proceso penal; por ello, apunta a la protección de los fines que el proceso persigue, condicionados a la realización del derecho de fondo subordinado.

Por tanto, de la medida de coerción resulta impropio extraer fin preventivo alguno de su imposición, ni especial (vinculado al imputado) ni general (relativo al conjunto social).

Constituyen únicamente un medio para el logro de los fines de averiguación de la verdad y aplicación de la norma material frente al riesgo cierto de fuga del imputado. Aseguran la recolección de la prueba y la propia realización del proceso penal que no puede realizarse sin el apersonamiento del imputado. (Jauchen 2015 p. 60)

Consecuentemente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo reafirma y es menester resaltar que ésta, no comparte como fin legitimo la gravedad o

modalidad de la conducta punible y la pena imponible, por el contrario, predica en jurisprudencia pacífica, que la medida de aseguramiento debe determinarse como una medida cautelar, “que debe estar dirigida a lograr fines legítimos relacionados con el proceso penal” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2017), el cual no debe entenderse nunca como un fin punitivo que convierta la prisión preventiva en una pena anticipada.

Si bien, la Convención Americana de Derechos Humanos en el numeral quinto de su artículo séptimo especifica “*Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 7), criterio específico que deben seguir los estados parte al momento de decidir sobre la restricción de la libertad de un ser humano, de igual manera, existe una postura constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que introduce el fin de obstrucción probatoria como estándar legítimo, en ese sentido para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la detención preventiva sólo procede en dos supuestos relacionados con el desarrollo del proceso penal⁴: *I. Riesgo de fuga II. Obstrucción probatoria*. (Caso Yvon Neptune vs. República de Haití, 2008). Entendiéndose de lo anterior que, para este organismo internacional la modalidad y gravedad de la conducta no pueden ser un criterio para determinar la imposición de una medida restrictiva de la libertad, lo cual ha sido reafirmado por esta corporación internacional de la siguiente manera:

361. El Tribunal considera que la causal de “peligro para la seguridad de la sociedad” tiene una redacción que admite varias interpretaciones en cuanto a la consecución tanto de fines legítimos como de fines no cautelares. En cuanto a una interpretación en este último sentido, la Corte reitera su jurisprudencia constante en materia de los estándares que deben regir la prisión preventiva en cuanto a su excepcionalidad, carácter temporal limitado, estricta necesidad y proporcionalidad y, fundamentalmente, los relativos a que los fines que busque alcanzar deben ser propios de su naturaleza cautelar (fines de aseguramiento procesal de acuerdo a las necesidades que se justifiquen en el proceso concreto) y no puede constituirse como una pena anticipada que contravenga el principio de presunción de inocencia que protege al imputado (supra párr. 307 a 312). La Corte estima que no está en discusión que los Estados Parte pueden adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia, una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas, pero estima necesario enfatizar que ello no es función de la prisión preventiva. (Norin Catriman y otros vs Chile, 2014)

⁴ Caso Yvon Neptune vs. República de Haití. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 06 de mayo de 2008, párrafo 98; (...) Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia (...)

De lo anteriormente expuesto es pertinente indicar que, sí Colombia constitucionalmente corresponde a un Estado social y democrático de derecho, y este se ha sometido a través del control de convencionalidad a la Convención Americana de Derechos Humanos, las medidas de aseguramiento deben perseguir fines estrictamente de protección procesal, e indudablemente, no debería ser aceptado el peligro para la comunidad, la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible como un fin legítimo para imponer medida de aseguramiento, pues, lo anterior debe entenderse como la consecuencia aplicada por el Estado al condenado por el mal ocasionado a la sociedad, siendo este a todas luces un concepto propio de la prevención general, dado que se recurre al criterio de peligrosidad del actor para justificar la medida cautelar personal, la función de prevención general de la prisión provisional concurre cuando se admite como motivo para ordenarla la alarma social creada por el delito o la perturbación del orden público producida por el mismo. (Guerra 2010, p. 68) .En ese sentido el magistrado Alberto Roja Rios, se aparta de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-469 de agosto 31 de 2016 y al expresar su salvamento de voto manifiesta como el legislador no adecuó la norma a los artículos 7º y 8º de la convención americana de derechos humanos frente al particular indicó;

El peligro que represente el imputado para la comunidad, no debe ser valorado por el juez de garantías como criterio para la imposición de una medida de aseguramiento en ninguna etapa del proceso penal, pues no es consecuente con lo referido por el artículo 7 de la Convención Americana, y la jurisprudencia de la Corte IDH, quien ha hecho énfasis de manera pacífica a que esta medida cautelar solo podría tener dos propósitos: evitar la obstrucción del proceso y garantizar la comparecencia del procesado. (Corte Constitucional C-469 de agosto 31 de 2016)

Lo anterior excluye de manera taxativa el fin en cuestión, luego que este no guarda similitud con la protección del proceso penal, la no comparecencia al proceso y si demuestra una anticipación de la pena a imponer.

2. La medida de aseguramiento en la Convención Americana y La Corte Interamericana De Derechos Humanos.

Si bien, la Constitución Política de Colombia expresamente permite la imposición de la medida cautelar con el propósito de proteger la comunidad (Art. 250 C. Pol.), es prevalente manifestar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es del criterio que la imposición de la medida de aseguramiento no puede fundarse en el peligro que representa el imputado para la comunidad, la gravedad del delito, la modalidad de la conducta punible y la pena imponible, permitiéndonos arribar esta ponderación a la siguiente conclusión, no

cabe duda, que el Juez de control de garantías no debería valorar el criterio de peligro para la comunidad al momento de imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva, pues este presupuesto vulnera el derecho a la libertad personal. Al respecto se ha dicho:

Cualquier otro tipo de exigencias, que no tenga en miras evitar que el encartado sea peligroso para el proceso penal, desnaturaliza la esencia misma de las medidas de coerción personal, transformándolas en un instrumento de control social. Esta desnaturalización implica que estas medidas abandonan el campo de la política procesal, para ingresar al ámbito de la política criminal, entre cuyos fines se encuentra la de disminuir el índice delictivo combatiendo la peligrosidad criminal; por ello, cuando se emplean las medidas de coerción personal, no para su verdadero fin, que es evitar la peligrosidad procesal del imputado, sino para impedir que el imputado continúe en su actividad delictiva, se genera una distorsión en el funcionamiento de estas medidas; las prolongadas e indefinidas prisiones preventivas son un palmario ejemplo de lo señalado, ya que se convierten en un verdadero anticipo de pena, sin que el imputado haya sido condenado. (Edwards 1996, p. 29)

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado innumerables fallos, haciendo mención a lo no aceptación de la protección a la comunidad como fin único y exclusivo para la detención preventiva⁵; reafirmando que “la detención preventiva sólo procede en dos supuestos relacionados con el desarrollo del proceso penal como lo es el Riesgo de fuga y la Obstaculización a la justicia” (Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes,

⁵ Caso Suárez Rosero vs. República del Ecuador. Sentencia de Fondo, del 12 de noviembre de 1997. Párrafo 77 - Caso Tibi vs. República del Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 07 de setiembre de 2004. Párrafo 106 - Caso Acosta Calderón vs. República del Ecuador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de junio de 2005. Párrafo 53, 54, 55,56, 57 - Caso Palamara Iribarne vs. República de Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 22 de noviembre de 2005. Párrafo 196, 197, 198 - Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. República del Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 25 de noviembre de 2005. Párrafo 104,105,106 - Caso López Álvarez vs. República de Honduras. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 01 de febrero de 2006. Párrafo 66, 67, 68, 69 - Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. República del Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 21 de noviembre de 2007. Párrafo 93, 101, 102, 103. Caso Yvon Neptune vs. República de Haití. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 06 de mayo de 2008 Párrafo 96, 97, 98. - Caso Bayarri vs. República Argentina. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 30 de octubre de 2008. Párrafo 74 - Caso Barreto Leiva vs. República Bolivariana de Venezuela. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 17 de noviembre de 2009. Párrafo 110, 111, 114, 115, 116 - Caso Usón Ramírez vs. República Bolivariana de Venezuela. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 20 de noviembre de 2009. Párrafo 144 - Caso Vélez Loo Vs Panamá Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia De 23 De noviembre De 2010. Serie C Nº 218. Párrafo 164, 165, 166- Caso Pacheco Teruel Y Otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia De 27 De noviembre De 2012. Serie C Nº 241. Párrafo 105, 106, 107 - Corte IDH. Caso J. Vs Perú. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de noviembre de 2013. Serie C No 275 Párrafo. 157, 158, 159 - Caso Arguelles Vs Argentina Excepción preliminar, fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014 Serie C No 288 Párrafo. 120 - Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros activistas del pueblo indígena Mapuche Vs Chile Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014 Serie C No 279 Párrafo. 359, 360, 361 - Corte IDH Caso Wong Ho Wing Vs Perú. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 30 de junio de 2015 Serie C No 297. Párrafo 248, 249, 250. - El informe 77 / 02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

miembros activistas del pueblo indígena Mapuche Vs Chile), postura discordante con la sentencia C- 469 de 2016⁶, en la cual la Corte Constitucional Colombiana no tuvo presente el criterio de este organismo internacional, como se señala a continuación:

Una acotación que se debe hacer con respecto a la articulación existente entre la línea jurisprudencial de la CIDH y el proceder de la Corte Constitucional Colombiana, es que ésta última, toma en cuenta lo establecido por dicha línea, al momento de proferir algunos fallos con respecto a algunas leyes, sin embargo, no se ha dado el caso en donde la Corte Constitucional emplee el concepto de “control de convencionalidad”, para llevar a cabo la revisión del contenido de una reforma constitucional. Es decir, que las limitaciones en términos de una reforma constitucional radican en que no se lleva a cabo un control material de las mismas, sino que se reduce al control por vicios en el procedimiento de su formación. (Rojas 2017, p. 17)

Lo anterior indica que, la Corte Constitucional ha desconocido su obligación de control difuso de convencionalidad a la cual está obligada en cada uno de sus pronunciamientos, sobre el particular la doctrina más reciente ha indicado

Como ya se mencionó, la segunda dimensión del control de convencionalidad es aquella que ejercen –o deben ejercer– los jueces de cada Estado parte. El desarrollo que ha realizado la Corte IDH frente al control de convencionalidad ha permitido que este no sólo quede radicado en ella como la interprete última de la CADH, sino también en los jueces nacionales de los Estados parte. Desde luego, es notoria la fuerza normativa que adquiere un tratado internacional al ser ratificado por un Estado, pues implica una aceptación intrínseca de la norma internacional que se introduce en el orden jurídico interno, lo que con lleva al Estado, por supuesto, al cumplimiento obligatorio de las obligaciones que voluntariamente asumió (...) (Gil. 2019, pp. 46 - 47)

En consecuencia, los estándares exigidos para que una medida de aseguramiento se ajuste a los precedentes de la Corte IDH, son los siguientes:

A. Para que una medida de aseguramiento dentro del proceso penal sea legítima, es indispensable que se utilice para fines eminentemente procesales, esto significa que la medida de aseguramiento se debe usar para lograr conservar el proceso y no para buscar

⁶ Sentencia de Corte Constitucional que en estudio de constitucionalidad declaró **EXEQUIBLES** los numerales 2 al 7 y la expresión “o su probable vinculación con organizaciones criminales” del numeral 1, del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, modificado por los artículos 24 de la Ley 1142 de 2007, 65 de la Ley 1453 de 2011 y 3 de la Ley 1760 de 2015.

seguridad en la ciudadanía o evitar que una persona pueda seguir delinquir porque este es un fin legítimo de la pena.

- B. Las medidas de aseguramiento deben respetar la garantía de presunción de inocencia, y en ese sentido los fines constitucionales deben ser estrictamente preventivos eso significa que la medida de aseguramiento no tiene un fin retributivo como sí lo tiene la pena. Es imperativo precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente estima fines preventivo procesal y no preventivo para la sociedad.
- C. Las medidas de aseguramiento deben ser excepcionales⁷, es decir la regla general debe ser la no privación de la libertad dentro del proceso penal, desafortunadamente esta regla se ha invertido en Colombia donde la regla general es la privación y la excepción es la no privación de libertad, al respecto se dice:

El segundo presupuesto tiene fundamento en la cláusula general que consagra la libertad como derecho y su restricción como excepción que debe estar debidamente justificada y sometida al principio de legalidad procesal, que debe suministrar certeza no solo sobre los motivos y requisitos para esa restricción, sino sobre su duración (Bernal & Montealegre 2013, p.120)

- D. Las medidas de aseguramiento deben ser proporcionales, cuando se va a imponer una medida de aseguramiento dentro de un proceso penal se debe verificar que la medida a imponer sea realmente efectiva para garantizar los fines que se pretenden invocar en fin de sustentar la medida a imputar, es decir, una medida para evitar el riesgo de fuga, debe tener una relación, un hecho fundado y un elemento material probatorio que debe guardar proporción entre la medida que se impone y el derecho restringido, la medida de

⁷ Una de las principales causas de ese uso indiscriminado de las medidas de aseguramiento se debe a que se ha desconocido tanto por el legislador como por el operador judicial el requisito de excepcionalidad, necesidad, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad exigido por la jurisprudencia de la Corte IDH y la CIDH. En primera instancia podría indicarse que el indebido uso al principio de excepcionalidad radica en cabeza de los fiscales y jueces, sin embargo, haciendo un análisis integrado de la sistemática problemática, se observa que el legislativo tiene gran injerencia en el asunto de la siguiente manera, para ilustrar, han transcurrido 19 años desde la creación de la ley 599 de 2000, periodo en el cual se ha reformado en 58 oportunidades, reformas en las cuales se han incluido tipos penales nuevos o aumentos de penas de aquellos que no cumplían el requisito objetivo del numeral 2 del artículo 313 de la ley 906 de 2004, lo anterior para que se permita la privación de libertad. Todo lo anterior arroja como resultado que el 60% de las conductas tipificadas en la ley sustantiva penal admiten privación de libertad por lo menos por el requisito objetivo, es decir tienen cuatro (4) años en el mínimo, lo que permite concluir que el requisito de excepcionalidad que se exige por la CIDH y la Corte IDH en Colombia no se cumple, porque el 60 % no puede ser una excepción. En segundo lugar, existen muchas normas que impiden o restringen la utilización de medidas no privativas de la libertad para ciertos delitos, leyes como la 1142 de 2007 y la 1474 de 2011 que terminan asignándole al derecho penal funciones policivas y funciones de seguridad ciudadana que realmente no tiene. Este carácter excepcional surge del derecho preeminente al debido proceso, la expectativa de intimidad y la libertad personal; desconocer lo anterior vulnera los principios rectores y garantías procesales a que hace referencia el título preliminar de la ley penal procesal actual, aquel que se denomina "dignidad humana".

aseguramiento nunca debe ser extralimitada y siguiendo con el ejemplo, una manera de garantizar el cumplimiento de una eventual condena se podría materializar con las medidas no privativas de la libertad señaladas en el artículo 307 literal B del código de procedimiento penal, tales como presentaciones periódicas al juez de conocimiento, la restricción de salir del país o si se pretende restringir el derecho a la libertad de una manera no tan gravosa, puede ser impuesta una medida de detención domiciliaria, cualquiera de las anteriores acciones resultarían efectivas para el fin que se pretende garantizar, afectando en menor proporción la garantía personal y permitiendo alcanzar el propósito perseguido.

Sobre el principio de proporcionalidad de la medida de aseguramiento se han precisado las reglas básicas para definir la proporción de la imposición de la medida de aseguramiento en siguiente forma:

Regla de la dimensión de la intervención: la medida de aseguramiento debe ser proporcional a la intensidad del peligro procesal o evitación del daño procesal.

Regla de la proporción de la intervención: se debe establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido.

Regla de la morigeración de la injerencia: toda intromisión a la libertad fundamental deberá superar el examen de la no conveniencia de las medidas cautelares.

Regla del plazo razonable: la medida de aseguramiento debe ser temporalmente proporcional a la toma de soluciones urgentes e inmediatas que ha de tomar el Estado para anular o morigerar el peligro procesal. (Londoño 2019, p. 629)

De lo anterior se colige que el principio de proporcionalidad en el proceso penal es una garantía cuyo ámbito de actuación está esencialmente delimitado a la mínima intervención del proceso penal en los derechos fundamentales del individuo, el cual se ha enmarcado como un principio de rango constitucional que tiene por función controlar y someter a control a todo acto en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales del ciudadano, consecuentemente;

Si una medida es idónea y necesaria, hace falta que sea proporcional, es decir, que no genere una carga excesiva para quien debe soportarla. Es en este punto donde se determinará, para cada caso concreto, si la afectación del derecho fundamental es intensa, media o leve, y, correlativamente, en cual de estas categorías se encuentra el beneficio obtenido con la medida restrictiva del derecho. (Bernal & Montealegre 2013, p. 422)

En ese sentido, toda restricción de la libertad de un ciudadano no solamente tiene que atender fines legales, pues además de estos debe justificarse la necesidad por lo demás, lo que

determinará es estricto sentido si la medida imponible obedece a un examen de ponderación, lo anterior sea expresado por la doctrina de la siguiente manera;

Entre dos pesos o intensidades, de un lado aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida examinada que limita un derecho fundamental, y del otro lado, aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate el primero (Silvestre 2011)

Lo anterior indica que la intervención o medida que adopte el Estado debe ser por lo menos justificada con relación al segundo es decir con relación a la libertad que se repite intervenido o limitado.

Finalmente, la Ley 1760 de 2015, introdujo al ordenamiento interno en el párrafo segundo del artículo 307 de la ley 906 de 2004, la mentada garantía reclamada por la CIDH, indicando:

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad sólo podrán imponerse cuando quien la solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. (Art. 307 Ley 906, 2004,)

De forma semejante en decisión con Radicación n.º 106238 con ponencia del magistrado JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA proferida por la Sala de Decisión de Acciones de Tutela de la Sala de Casación Penal del tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) mediante la cual se analizó las decisiones tomadas por unos jueces de instancia ejerciendo control de garantías, en la que determinaron que no era procedente analizar cada uno de los numerales establecidos en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal para llegar a las privativas de la libertad, omitiendo el análisis que exige el párrafo 2º del artículo 307 de la ley 906 de 2004 por lo cual se vulneró el derecho a la libertad personal dispuesto en el artículo 28 de la Carta y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta política de 1991; pues se dejó de aplicar una norma que era imperativa y por el contrario se dio un alcance o interpretación que no corresponde al espíritu de la ley 1760 de 2015; en la medida en que la Fiscalía no cumplió su deber de probar por que las medidas no privativas de la libertad eran insuficientes para arribar a la conclusión conforme a lo dispuesto en el artículo 295 de la obra procesal penal que la medida idónea era la detención preventiva en cárcel, y aún así los jueces de instancia accedieron imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad, en ese sentido indicó la Corte:

La trascendencia de este yerro se evidencia en el hecho que el párrafo 2º del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1760 de 2015, es claro en disponer que al momento de determinar cuál es la medida de

aseguramiento que debe imponerse, primero debe valorarse si resulta procedente una medida no privativa de la libertad:

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento

Se trata de una norma que no requiere ser aclarada o armonizada, porque es fiel representación de la voluntad del Legislador al proferir la Ley 1760 de 2015. (Corte suprema de justicia, sala de casación, radicado 106238, 2019)

Definido quedo por la ley y aclarado por la jurisprudencia, deberá concurrir el principio de proporcionalidad entre la detención preventiva y el fin constitucional que se pretende proteger.

Todo lo anterior, se enmarca en el principio de gradualidad, el cual requiere del Juez de Control de Garantías un examen ex ante, en el que debe ponderar las medidas no privativas de la libertad por encima de las medidas privativas de la libertad, y que sólo cuando de los Elementos Materiales Probatorios se extraiga que las medidas no privativas sean absolutamente innecesarias para garantizar el fin que se persigue, está habilitado para imponer las privativas, siendo este el punto en el que la ley 1760 el 2015 ha tratado precisamente de lograr esa finalidad un poco más garantista de la medida de aseguramiento, condensando disposiciones más humanistas que a la postra aminoran esas normas de corte absolutamente peligrosista que desconocen el fin legítimo del derecho penal y lo convierten en un derecho de seguridad ciudadana.

3. La inferencia razonable de autoría y participación como aspecto esencial de la medida de aseguramiento.

El mérito sustantivo de la medida de aseguramiento se enmarca en los artículos 287 y 308 de la ley 906 de 2.004, artículos que hacen mención de la existencia de una inferencia razonable de autoría y participación para que proceda la imputación fáctica y jurídica y consecuentemente la imposición de una medida de aseguramiento. Sobre el particular ha indicado lo siguiente:

Se afirma que jurídicamente las medidas de aseguramiento han de ser sustentadas por medios probatorios. Empero, estos medios cognoscitivos (evidencia física, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida) aducen es al vínculo jurídico material que el sujeto penable tiene con el injusto penal por el cual se adelanta la persecución penal del Estado. Significa que los medios de conocimiento necesarios

para sustentar la medida son los que conciernen a la relación sujeto – delito y no referidos concretamente a la demostración al menos preliminar de las finalidades de la medida de aseguramiento en concreto (Londoño 2019, p. 150)

Para hablar de inferencia razonable, en primera medida debemos remitirnos al artículo 287 de la norma procesal penal acusatoria la cual establece que, “el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”. (Art. 287 Ley 906 de 2004), en igual sentido el artículo 308 *ibídem* señala que;

El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (...) (Art. 308 Ley 906 de 2004)

La inferencia razonable de autoría y participación, se capta bajo la aprehensión sustancial que en ningún caso podrá hablarse de conducta punible sin que exista un autor responsable en alguna de las modalidades de autoría. (Pabón 2019, p. 137), luego que no se puede calificar la autoría o participación de una conducta que no sea típica antijurídica y culpable, pues necesariamente dentro de la fase de inferencia razonable de autoría y participación está involucrado el concepto completo de delito a que hace mención el artículo 9º de la ley 599 de 2000 así, “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (...)”, (Art. 9 Ley 599 de 2000), por lo tanto, no basta el injusto penal y se hace necesario incluir el concepto de culpabilidad, pues los artículo 287 y 308 de la norma procesal hace referencia al concepto de delito en pleno, en ese sentido la inferencia razonable de autoría y participación exigida para imponer una medida de aseguramiento requiere de la conjugación de cada uno de los presupuestos de la existencia del delito, por ello es claro que:

En la teoría del caso, la inferencia razonable referida a la autoría o participación de la conducta punible que se investiga, no se agota ni resuelve con la imputación de un *nomen iuris*. Por el contrario, la inferencia razonable referida a la imputación de la conducta punible que se investiga recae sobre la ejecutividad y adecuación de la conducta a una estructura normativa, pues en tratándose de inferencia razonable, lo que la Fiscalía imputa no es un simple nombre jurídico (*nomen iuris*) sino la comisión de una conducta, la cual obedece o se adecua a una estructura normativa. (Pabón. 2019, p. 139)

Por lo tanto, previo a la imposición de la medida de aseguramiento es necesario un análisis de las tres categorías que estructuran la teoría del delito, Tal situación;

Demuestra que no es cierto que el juez de garantías es ajeno a la responsabilidad penal, pues entonces como se arriba a la conclusión de “autoría y participación de una conducta delictiva”; no se puede predicar que una persona sea presunta autora o participe de una conducta que no sea típica, antijurídica y culpable, lo contrario entonces lleva a pensar que las decisiones de los jueces de control de garantías serían sobre responsabilidad objetiva. (González 2019, p. 135)

Por tanto se requiere del operador jurídico una valoración previa de los hechos y de la calificación jurídica en grado de probabilidad, permitiéndonos concluir que al momento de motivar su decisión de imponer o no una medida de aseguramiento, el Juez de Control de Garantías está sujeto a realizar un control material de la imputación en sede de inferencia razonable, pues requiere superar este requisito para poder entrar a evaluar los fines constitucionales con que se pretende privar de la libertad al imputado. “Se trata de un presupuesto de persecución penal. Sin la existencia de ese grado de probabilidad, la medida de encarcelamiento preventivo pierde todo sustento.” (González 2019, p. 639)

De lo anterior se colige que no se puede seguir hablando de adecuación típica de una manera parcelada frente al tipo objetivo, pues la conducta cometida se adecua a la modalidad de autoría y participación integral, lo que demanda del Juez de Control de Garantías un riguroso control de la inferencia razonable previo al momento de imponer una medida de aseguramiento.

4. El derecho a la presunción de inocencia del imputado como garantía constitucional

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, hace mención del principio fundamental de presunción de inocencia, indicando de manera taxativa y sin margen de duda: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 8.2) En igual sentido lo expresa la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2 “ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 8.2); como se ha venido indicando, las medidas de aseguramiento consagradas en la norma procesal penal acusatoria están concebidas y revestidas de un carácter cautelar y preventivo, que busca la protección procesal, manteniendo incólume la presunción de inocencia mientras el aparato judicial y en el desarrollo de las etapas procesales se establece la responsabilidad penal del encausado; así lo ha expresado la doctrina reconocida sobre el particular:

De otra parte, es pertinente precisar también que las medidas de aseguramiento no equivalen a la sentencia condenatoria, ni pueden ser confundidas con las penas que mediante tal providencia se imponen. Son simples medidas cautelares – no sentencias – que sólo pueden dictarse, con carácter excepcional, preventivo, pero no sancionatorio cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el efecto, y cuando resulten indispensables para alcanzar la finalidad constitucional que con ellas se persigue. (González 2019, p. 152)

Es entonces como podemos partir del siguiente presupuesto, la detención preventiva no puede ni debe entenderse como una sanción o pena anticipada, pues, su naturaleza siempre será la de una actuación preventiva, que proteja la actuación procesal, eminentemente excepcional, proporcionada y razonable al fin buscado, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo.

No es aceptable la premisa a la que se hace mención a raíz de la ignorancia popular, que cuando se impone una medida de aseguramiento se mengua la presunción de inocencia, de permitirse lo anterior se agravan las consecuencias nocivas de la sistemática violación de derechos fundamentales al procesado en las audiencias preliminares, en el que muchas veces se desconoce que dentro del proceso penal se debate la libertad de un ser humano y no un asunto de carácter económico, laboral o administrativo, por el contrario, se tiene en juego la libertad de una persona que no está condenada, de una persona que inicialmente se encuentra vinculada a un proceso penal mediante un acto de imputación por la presunta comisión de una conducta punible, es decir de una persona a la cual se le debe garantizar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por lo anterior, todas aquellas medidas de aseguramiento impuestas en Colombia que han tenido como fin único el peligro para la comunidad han venido violando de manera sistemática derechos fundamentales de aquellos procesados (presunción de inocencia, debido proceso, libertad personal, etc.), y lo anterior se debe a las dinámicas políticas concentradas en el populismo punitivo, a través del cual se desborda el derecho penal, asignándole a este una función omnipotente, al transformarlo en la herramienta a través de la cual se pretende brindar seguridad a la ciudadanía y a través de este prevenir la delincuencia, atribuyendo situaciones que desbordan las finalidades procesales a qué me he referido.; nos orientan al respecto de la presunción de inocencia con respecto al imputado que se impuso prisión preventiva de la siguiente manera:

si las personas están amparadas por la presunción de inocencia hasta que sean condenadas, tal y como lo dispone el artículo 29 de la Constitución Política, la

afectación de derechos fundamentales a lo largo de la actuación penal debe tener una explicación diferente a la pena. Ello por cuanto los ciudadanos tienen derecho a que se les presuma inocentes hasta que sean oídos y vencidos en un juicio justo y a que se les trate como tal (como inocentes) mientras el Estado logra desvirtuar tal presunción. (Bedoya & González 2017, p. 27)

Naturalmente, las medidas de aseguramiento dentro del proceso penal surgen para prevenir que se pueda alterar el proceso y de esa manera conservarlo, sin embargo, al permitirse el criterio de protección a la comunidad, se atribuye a esta figura netamente procesal una carga más de seguridad que de protección, razón por la cual, se ha desnaturalizado el concepto primitivo de prisión preventiva, buscando cumplir a través de estos, fines que indiscutiblemente son asignados a la pena.

Entonces, se demanda de la medida de aseguramiento ya no un fin de proteger el proceso, preservar la prueba, proteger a la víctima o evitar el riesgo de fuga, por el contrario, se ha convertido en una pena anticipada cimentada en fines de prevención general negativa o general positiva buscando proteger a la comunidad, invirtiendo, insisto, de esta forma la finalidad y función de la pena con la finalidad de la medida de aseguramiento. Sin duda alguna, esta inquisidora disposición viene de tiempo atrás como se afirmó en obra *Las Miserias Del Proceso Penal*;

El más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado”. La pobreza del preso radica, seguramente, en que, si bien todavía es inocente para la ley, en la práctica cumple una pena como si fuese un condenado, aunque no medie sentencia. (Carnelutti 1981, p. 60)

5. Factor objetivo y subjetivo del operador judicial al momento de determinar la gravedad del delito.

Es importante tener en cuenta que el máximo tribunal constitucional colombiano, ha sosteniendo en la C-1154 de 2005 que el fin del peligro para la comunidad se encuentra ajustado a la norma constitucional, en criterio de que debe prevalecer el interés general y la obligación del Estado de asegurar la convivencia pacífica, postura reiterada en la sentencia C- 469 de 2016 , en la cual se realizó un estudio de constitucionalidad de las disposiciones consagradas en la ley 1760 del 2015, norma que incluyó algunos criterios para regular el peligro para la comunidad. En ese sentido la corte consideró que el peligro para la comunidad como fin para la detención preventiva si era una disposición constitucional, partir del siguiente argumento:

La protección de la comunidad, como concepto general, encuentra un robusto fundamento constitucional en los principios y fines esenciales del Estado y en la

expresa disposición que la autoriza, como se mostró. Pero, en especial, supone el amparo y la prevención de violación de los derechos de las personas, ante la concurrencia de unas determinadas circunstancias objetivas que permiten prever esa probabilidad. Esto quiere decir que cuando se invoca la protección a la comunidad para decretar la medida de aseguramiento se pretende en realidad proteger derechos que, a partir de una seria inferencia, se encuentran en posibilidad concreta y efectiva de ser menoscabados. (Corte Constitucional C-469 de 2016)

De aquí que la norma señale al juez de control de garantías que para valorar el peligro para la comunidad tenga en cuenta las circunstancias de carácter objetivas, en criterio de la Corte, prácticamente unos hechos indiscutibles consagrados en el artículo 310 de la ley 906 de 2004, los cuales están alejados de ser unos simples hechos objetivos como lo expresó la Corte Constitucional, y es que en gracia de aceptación los numerales:

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 el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años (Art. 310 Ley 906 de 2004)

Son circunstancias que uno podría entender que son objetivas y no tendrían margen de apreciación, sin embargo, las circunstancias descritas en los numerales 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 estos; (Art. 310 Ley 906 de 2004) requieren de una valoración amplia por parte del funcionario judicial que desvirtúa totalmente la conclusión de la corte.

Para ilustrar, partamos de la causal segunda del artículo 310 de la ley 906 de 2004, el Juez de garantías debe entrar al análisis de la cantidad de delitos y la naturaleza de los mismos, si bien la imputación jurídica debe ir de la mano con la imputación fáctica, este fin constitucional es íntegramente subjetivo, pues la cantidad de delitos viene establecida por el ente acusador, quien en un acto de parte, que no amerita control jurisdiccional, formula una imputación, entonces el fiscal, en aras de obtener una medida de aseguramiento puede imputar un concurso de tipos penales y donde realmente se debían imputar dos comportamientos derivó cinco, quedando el juez preso del arbitrio de la fiscalía, esto sin dejar de lado el criterio de la naturaleza del delito como una circunstancia abierta, abstracta, volátil, totalmente subjetiva que en últimas se acomoda a la concepción y predisposición del juez sobre el delito. La anterior no es una proposición antojadiza, caprichosa o desatinada de este autor, en sustento los doctores Bedoya S. & González J.(2017) en su libro Privación de la libertad de Personas Amparadas Por la Presunción de inocencia, obtuvieron como

resultado de investigación datos preciso sobre las razones que llevan a que, en la mayoría de los casos se opte por imponer la medida de aseguramiento de prisión preventiva, a personas que gozan de la presunción de inocencia, en ese sentido indicaron:

En la observación de las audiencias llamó la atención la manera como se establece el peligro para la comunidad o peligro de reiteración. Por tratarse de un evento futuro, requiere de un juicio prospectivo, en el que deben explicitarse los datos a partir de los cuales se hace la inferencia y la lógica misma del proceso inferencial. Sin embargo, la regla general es que no se explicó el proceso lógico del paso de la información conocida al dato inferido. De ello da cuenta el uso de supuestas máximas de la experiencia para inferir el peligro de reiteración en un caso de extorsión: “las reglas de la experiencia enseñan que los grupos que se dedican al cobro de vacunas extorsivas consumen estupefacientes y ellos tienen antecedentes por porte de estupefacientes. (Bedoya & González 2017, p. 71)

Por consiguiente, estas disposiciones incluidas en la ley 1760 de 2015 en cuanto a la valoración del peligro para la comunidad son bastante discutibles, en el sentido de como el funcionario judicial pondera el peligro, pues desafortunadamente esta norma en ese sentido es ambigua, y lo que logró fue complicar más las cosas para el Juez, pues el párrafo del artículo 308 de la ley 906 de 2004 indica que “el juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento” (Art. 308 Ley 906 de 2004), ante esta situación el juez queda en una encrucijada imposible de solucionar, pues al Juez de Control de Garantías, la norma le exige que valore si en el futuro va tener unos requisitos, llevándolo a un escenario incierto, del todo peligrosista, exponiéndolo a una prognosis, en búsqueda de esos motivos graves y fundados, cimentados en el criterio subjetivo del juez, muchas veces alimentados por pálpitos, opiniones mediáticas o la opinión de las redes sociales; lo que sin lugar a dudas llevan al funcionario judicial a fundamentarse en la sospecha para decir si en el futuro va a pasar una cosa o va pasar otra, desconociendo esto el principio de urgencia y de necesidad de la medida de aseguramiento. Sin lugar a duda no se puede tolerar que los intervinientes en el proceso penal, Fiscalía o víctima, tomen este fin de manera indiscriminada y mucho menos que por cualquier situación se invoque el peligro para la comunidad, pues su empleo debe entenderse de carácter excepcional y su uso indiscriminado sin razones fácticas y jurídicas conllevarían a convertir la medida de aseguramiento en una pena anticipada.

Ahora, desde lo que tiene que ver con el marco normativo que debe tenerse en cuenta para imponer una medida de aseguramiento, la carta política hace referencia a aquellas medidas necesarias para lograr esas tres finalidades, por consiguiente no indica que las medidas necesarias para lograr esas tres finalidades tenga que ser de forma indispensable la privación

de libertad, sin embargo se ha venido identificando medida aseguramiento con privación de libertad y realmente el uso de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad está de alguna forma subvalorado, al respecto la Corte Constitucional en Auto 110/19 al referirse al hacinamiento carcelario como estado de cosas inconstitucionales recomendó fortalecer el rumbo que ha señalado la Ley 1760 de 2015, de forma que se enfatice en la excepcionalidad de la medida de detención preventiva.

Conclusiones

Del contenido y estructura del texto es posible extraer que nuestro marco normativo pareciera que se encuentra por lo menos formalmente de acuerdo con aquellas normas de carácter internacional y en alguna medida es coherente con la protección de derechos fundamentales, no obstante, concurren de alguna forma muchos vicios que generan que las decisiones judiciales se aparten de su fin legítimo, luego que las condenas en contra de la nación por privación injusta de la libertad así lo demuestran, además que se tienen índices de reclusión altísimos y hacinamiento de cárceles, situación que nos lleva a inferir que existe un uso indiscriminado de las medidas de aseguramiento por parte de los operadores judiciales, entiéndase jueces y fiscales.

El carácter de excepcionalidad, necesidad, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad que reviste imponer la detención preventiva a un ser humano conlleva a varios aspectos siendo uno de los más relevantes la interpretación restrictiva del operador judicial al momento de imponerla, situación que ha sido reiterado por la doctrina y la Corte Constitucional de manera pacífica indicando que toda restricción del derecho a la libertad, dentro del marco normativo de la ley procesal penal debe estar sujeta a criterios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que sirva de parámetro para no convertir la detención preventiva provisional en una forma de pena anticipada como se acostumbra en los sistema de gobierno autoritarios, donde encarcelar al ser humano es la solución prioritaria para dar solución a las peticiones populistas de las redes sociales y medios de prensa, que hoy por hoy marcan la pauta en el día a día de la justicia colombiana, con el mayor quebrantamiento de los derechos económicos, políticos y sociales de los asociados.

La medida de aseguramiento de detención intramural se torna legítima cuando se encuentra soportada en motivos fundados, respaldados en elementos materiales probatorios, evidencia física, entrevistas o declaración juramentada que deben aportar al operador judicial un grado de conocimiento mínimo de que el imputado podrá poner en peligro la continuación normal de las siguientes etapas del proceso penal, pongan en peligro la víctima o exista riesgo de fuga, siendo necesario demostrar por el solicitante que otras medidas no permitan controlar el fin aludido y la única posibilidad o alternativa que tiene necesidad y urgencia es solicitar la medida cautelar personal privativa de libertad por este medio.

Referencias

Acosta Calderón Vs. Ecuador, Acosta Calderón Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Junio de 2005).

Bedoya L. F. & González B. I. (2017). Privación de la libertad de personas amparadas por la presunción de inocencia, Medellín- Colombia Ed. UNAULA.

Bernal J. & Montealegre E. (2013). Estructura y Garantías Procesales en el Proceso Penal. Ed. Sexta. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal P. (2003). Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, centro de estudios constitucionales-. Ed. Cuarta. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carnelutti F. (2005) Las miserias del proceso penal, Bogotá: Ed. Leyer.

Castro C. (2003). La privación de la libertad personal en el proceso penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho & Sociedad, (20), 160-173. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17300>

Constitución política de Colombia. (1991). 2da Ed. Legis.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (03 de septiembre de 2019) Sentencia STP12397-2019 Radicación n.º 106238 [MP José Francisco Acuña Vizcaya].
Corte Constitucional de Colombia. (15 de noviembre de 2005) Sentencia C-1154 [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional de Colombia Sentencia (25 de julio de 2005) Sentencia C - 724 de 2001[M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia (10 de julio de 1997) Sentencia C - 327 de 1997 [M.P. Fabio Moron Diaz]

Corte Constitucional de Colombia. (26 de junio de 2014) Sentencia C-390 [M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia (10 de julio de 1997). Sentencia C - 327 [M. P. Fabio Morón Díaz]

Corte Interamericana De Derechos Humanos cuadernillo de jurisprudencia n° 8 de la libertad personal periodo 2010-2017.

Edwards C. (1996). Garantías constitucionales en materia penal. Buenos Aires, Argentina 1ª Ed. Astrea.

Fernández J. (1998) Principios y normas rectoras del derecho penal. Bogotá, Colombia. Ed. Leyer.

Gil E. (2019). Control de Convencionalidad En Colombia Una Experiencia De Diálogo Judicial. España, Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch.

Gómez J. (2015). Nuevo sistema penal acusatorio colombiano: de la legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medidas de aseguramiento, Medellín, Antioquia. Ed. Librería jurídica Sánchez R.

Gómez J. (2003). Teoría del delito. Bogotá, Colombia. Ed. Doctrina y ley.

González A. (2019). La imputación en el proceso penal. Bogotá, Colombia. Ed. Leyer ISBN.

Gonzalez A. (2009). Las Medidas Cautelares Personales en el sistema penal acusatorio. Bogotá, Colombia. Ed. Leyer.

Guerra C. (2010) La Decisión Judicial De Prisión Preventiva Análisis Jurídico y Criminológico. Valencia España. Ed. Tirant Lo Blanch.

Jauchen E. (2015). Proceso Penal, sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires, Argentina. 1ª Ed. Rubinzal Culzoni.

Londoño C. (2019). Medidas de Aseguramiento- Análisis Constitucional. Bogotá, Colombia. Ed. Ediciones Nueva Jurídica.

Montealegre E. & Bautistia N. & Vergara L. (2014). La Ponderación en el Derecho Evolución de una Teoría, Aspectos Críticos Y Ámbitos De Aplicación En El Derecho Penal Alemán. Bogotá, Colombia: UNIVERSIDAD EXTERNADO.

Norin Catriman y otros vs Chile, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014)

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>.

Pabón G. (2019) Como la teoría del caso imita al ajedrez, Acciones planificadas en el sistema acusatorio. Bogotá, Colombia. Ed. Gustavo Ibáñez.

Quiroz W. (2014). La prisión preventiva. Bogotá. Colombia. Ed. Ideas Solución.

Roxin C. (2003). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires – Argentina Ed. Editores del Puerto.

Silvestre J. (2011). Diplomado Internacional En Derecho Procesal Constitucional El Test De Proporcionalidad. Universidad Inca Garcilaso De La Vega - Lima – Peru. Recuperado a partir de <https://es.slideshare.net/diebrun940/proporcionalidad-upigy>.

Velásquez F. Manual de derecho penal, parte general, Bogotá, Colombia. 2ª Ed. Temis.

Yvon Neptune vs. República de Haití. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 06 de mayo de 2008