



Serie *Investigación*

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Guillermo José Ospina López

Prólogo por *Fernando Velásquez Velásquez*

La Inconstitucionalidad de la detención preventiva

Guillermo José Ospina López



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Ospina López, Guillermo José

La inconstitucionalidad de la detención preventiva / Guillermo José Ospina López – Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

122 p.

ISBN: 978-958-8866-35-2 (rústica)

1. DETENCIÓN PREVENTIVA 2. DETENCIÓN PREVENTIVA - COLOMBIA 3. PROCESO PENAL 4. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL 5. DERECHO CONSTITUCIONAL

345.0527 ed. 21

La inconstitucionalidad de la detención preventiva

ISBN: 978-958-8866-35-2 (rústica)

© Guillermo José Ospina López

Universidad Sergio Arboleda

Edición: noviembre de 2015

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del editor.

El contenido del libro no representa la opinión de la Universidad Sergio Arboleda y es responsabilidad del autor.

Edición: Yadira Caballero Quintero
y Carlos Andrés Caho Rodríguez

Calle 74 No. 14-14

Teléfono: (571) 325 7500 ext. 2131/2260

www.usergioarboleda.edu.co

Bogotá, D.C.

Directora de Publicaciones Científicas:

Yadira Caballero Quintero

yadira.caballero@usa.edu.co

Director del Fondo de Publicaciones:

Jaime Arturo Barahona Caicedo

jaime.barahona@usa.edu.co

Diseño y diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez

Impresión: Digiprint

Bogotá, D.C.

A Alicia y Sebastián

CONTENIDO

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	17
Capítulo 1. EL PROCESO PENAL CON DETENCIÓN PREVENTIVA	31
Capítulo 2. EL PROCESO PENAL SIN DETENCIÓN PREVENTIVA	37
Capítulo 3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA	45
Consideraciones previas	45
El régimen de libertad y su restricción.....	48
Las medidas de aseguramiento y sus características.....	50
Los requisitos de las medidas de aseguramiento y los fines constitucionales.....	53
La obstrucción de la justicia	56
El peligro de fuga o de no comparecencia.	58
El peligro para la comunidad y/o la víctima.	61
El principio de proporcionalidad	75
La detención preventiva en particular	83
Capítulo 4. CONCLUSIÓN	99

AGRADECIMIENTOS

Emprender una tarea de investigación en materia de derecho penal supone siempre un reto inmenso, pues pareciera que todo está dicho y a la vez todo está por decir; he ahí la esencia de esta apasionante rama del derecho. Pero iniciar esa tarea de la mano de maestros y amigos, como los que me han acompañado en este camino, alivia ese peso, pues siempre tienen la palabra, el consejo y la opinión acertada para despejar el camino.

Ese grupo de personas se encuentra liderado por mi director de tesis y maestro, el Dr. Fernando Velásquez Velásquez, quien desde el primer día que llegué a esta casa de estudios me recibió con generosidad, no sólo en lo académico, sino en lo personal; su ejemplo, su apoyo y sus sabios consejos son los que han permitido que esta tesis de maestría vea la luz. Para él mis profundos agradecimientos, pero sobre todo, mi admiración y respeto; ¡muchas gracias! Además, agradezco su empeño por brindar un plantel docente de la calidad de quienes orientaron las cátedras de este curso de maestría; de todos ellos, sin excepción, recibí invaluable aportes.

También quiero agradecer a los profesores Christian Wollfhügel Gutiérrez y Renato Vargas Lozano, a quienes siempre he podido recurrir y han estado dispuestos a darme su apoyo; ellos, junto con Carlos Andrés Guzmán Díaz, conformaron el tribunal que evaluó este trabajo y quienes con sus acertados conceptos lo enriquecieron.

De igual forma, agradezco al Dr. John Vervaele quien, además de darme sus opiniones y sugerencias, me puso en contacto con algunos de los autores de las obras

que me han servido de referencia, lo que me permitió profundizar en sus opiniones y posiciones frente al tema de este trabajo más allá de sus textos; especialmente al profesor brasileiro Odone Sanguine, quien hoy me honra con su amistad.

A la Universidad Sergio Arboleda y su Departamento de Derecho Penal mis más profundos y sentidos agradecimientos.

Finalmente, quiero agradecer a mi familia, a mi madre, a Alicia y Sebastián, por regalarme su tiempo y hacerme sentir su apoyo y amor; por hacer suyo este esfuerzo, sin ello esto no habría sido posible.

PRÓLOGO

Guillermo José Ospina López, el autor de este libro de investigación que tengo el placer de presentar a los lectores, es oriundo de Popayán –Ciudad Blanca que tantos hombres versados e ilustres le ha dado a nuestro país uno de los cuales, el poeta Guillermo Valencia, en su canto a la misma, dijo: “vives con tu cielo, libélula errante, cogida entre las redes que urde la luz de monte a monte” (Valencia, 1955, p. 149)¹– y cursó Derecho en la Universidad Externado de Colombia donde, además, hizo estudios en Derecho Financiero y postgrados en Gobierno, Gerencia y Asuntos Públicos de la Universidad Externado de Colombia y la Columbia University of New York.

Luego, sus búsquedas académicas lo trajeron hasta los posgrados que ofrece la Universidad Sergio Arboleda, donde cursó la Especialización en Derecho Penal y la Maestría en Derecho; entretanto, también se vinculó como estudiante al programa en Derecho Penal Económico y Empresarial de la Universidad de Castilla La Mancha en Toledo, España, que lo hizo especialista en esas materias.

Todos estos logros académicos han estado, además, adornados de diferentes cursos, seminarios y diplomados, que lo han llevado a dedicarse a la actividad docente (para ser más precisos en la Universidad Autónoma del Cauca, donde imparte las cátedras de Derecho penal, Parte general y Parte especial), la consultoría y el ejercicio de la profesión como reputado abogado penalista, en buena

¹ *Obras poéticas completas*. Madrid: Aguilar. El poema se llama “A Popayán”.

parte y durante diez años, al servicio de la Defensoría del Pueblo lo cual le permitió intervenir en el montaje y puesta en marcha del llamado Sistema Penal Acusatorio en el Circuito de Popayán y el Cauca, tarea en la cual lo acompañamos alguna vez como capacitador.

Añádase a ello su actividad como servidor público en la Gerencia del la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán S. A., Secretario de Hacienda Departamental del Cauca y Secretario de Hacienda Municipal de Popayán; en el sector privado, fue también Gerente de la Empresa Fiducafe. En fin, actualmente Ospina López se encuentra adelantando sus estudios de doctorado en Derecho penal en la Universidad de Roma Tre, donde ha sido admitido por reunir –con lujo de competencias– los requisitos exigidos por esa alta casa de estudios.

Durante los seis años que lo he conocido, no solo como amigo sino en el plano académico como alumno, he encontrado en él a un ser humano de excelentes calidades personales y académicas; honesto, trabajador, brillante, honrado y disciplinado. Por eso, justo es decirlo, acepté dirigirle su trabajo de investigación con el cual obtuvo el título de Maestro en Derecho y que, por recomendación de los jurados examinadores quienes lo distinguieron con la máxima nota (sobresaliente por unanimidad), ahora se publica por parte de la Universidad como libro de investigación y con el sugestivo título de “La inconstitucionalidad de la detención preventiva”.

El trabajo, pues, aborda un fenómeno muy generalizado y con el que tanto se pisotea la dignidad de la persona humana², al extremo de que el propio Sumo Pontífice de la Iglesia, Francisco, en intervención realizada el pasado 23 de octubre de 2014 en Audiencia concedida a las asociaciones de juristas encabezados, entre otros, por los profesores John Vervale (presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal) y Eugenio Raúl Zafaroni (presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho penal y Criminología), dijo de forma clara:

La prisión preventiva –cuando de forma abusiva procura un anticipo de la pena, previa a la condena, o como medida que se aplica ante la sospecha más

² En Latinoamérica el abuso de esta herramienta es generalizado. Cf. Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

o menos fundada de un delito cometido— constituye otra forma contemporánea de pena ilícita oculta, más allá de un barniz de legalidad (*Cautela in poenam*, s.f.).³

No cabe, pues, ninguna duda en el sentido de que este ilegítimo y muy polémico instituto que ha sido rechazado por muchos y reclamado por otros, tiene la naturaleza jurídica de una verdadera pena.

Hay que concluir, entonces, con un jurista de la talla y el compromiso de Perfecto Andrés Ibáñez (1997) que “del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anticipando de iure y de facto ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignado” (p. 29)⁴. Es más —y esta es la tesis central de Ospina López—, debe añadirse con la doctrina española más calificada que este instituto,

Es un elemento extraño y arcaico en nuestra arquitectura constitucional, pues no deja de ser una medida cautelar que recae sobre la libertad de quien todavía es inocente. Por lo tanto, la prisión provisional, aunque comporte un padecimiento semejante al que produce la pena privativa de libertad no es equiparable a ella; [porque] quien apuesta por la prisión preventiva como institución, lo hace por la negación del sistema de Justicia, pues saltándose todas las garantías procesales se consigue el inmediato castigo (Rodríguez-Magariños, 2009, p.253)⁵.

El escrito que a continuación podrá disfrutar el lector —que no agota la discusión sobre el asunto, porque esa no es su pretensión—, está estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, aparece la “introducción” en la cual, después de presentar el problema que se le sirve de punto de partida, se ocupa de los objetivos, la justificación, el estado del arte, el marco teórico y la metodología; este apartado, en verdad, es un abre bocas para el desarrollo posterior.

³ *Cautela in poenam et primatus principii pro homine*. Recuperado de http://www.academicsforabolition.net/repositorio/ficheros/455_269.pdf.

⁴ El Juez y la prisión provisional. En M. Barbero Santos (Coord.): *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha, p. 29; Confóntese también, Muñoz (1997). *Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional*, en la misma obra, pp. 219-230.

⁵ La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2078.

El Capítulo segundo, denominado como “El Proceso penal con detención preventiva”, lo destina al examen de los planteos para los cuales no es viable prescindir de esta herramienta en el trámite procesal. A su vez la tercera sección, intitulada “El proceso penal sin detención preventiva”, se emplea para exponer las tesis que, en contraposición a las anteriores, entienden que en el contexto propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, es perfectamente viable construir un proceso penal acusatorio que prescinda de la detención preventiva y respete, en toda su extensión, los principios de libertad, presunción de inocencia y dignidad de la persona, entre otros.

El cuarto acápite, está reservado para el examen de “la detención preventiva en Colombia” –el más extenso y prolífico de todo el trabajo–, mientras que el quinto y último lo consagra a las conclusiones y a la toma de postura que, por supuesto, se encamina en pro de las tesis no justificacionistas de ese instituto, para recordar la terminología ferrajoliana. Al final, aparecen las fuentes bibliográficas (las cuales tampoco agotan el vasto material existente sobre el asunto) que explican muy bien las diversas citas que aparecen en el texto.

A esta altura, quiero llamar la atención sobre las conclusiones en las cuales él comienza por afirmar que “no es fácil entender cómo una persona que se *presume inocente* puede ir a una prisión, no a cumplir una condena impuesta por un Juez después de un debate público, concentrado y contradictorio, producto del cual haya quedado demostrada, más allá de toda duda razonable, la existencia de un injusto típico y su culpabilidad por el mismo, sino a esperar, en situación de encierro, el desarrollo de ese debate”. Y luego asevera que es necesario hacer “enormes esfuerzos, en algunos casos contrariando las bases de un Estado social y democrático de Derecho, para poder articular la restricción preventiva de la libertad con las garantías procesales de legalidad y jurisdiccionalidad, y con los principios de presunción de inocencia y de dignidad humana”.

Y ello es así, porque se cosifica a la persona humana lo cual desconoce la concepción Kantiana del hombre como fin en sí mismo; ya Francesco Carnelutti lo expresó de manera muy plástica: “Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes” (Carnelutti, 1959, p.75)⁶.

⁶ *Las Miserias del Proceso Penal* (trad. de S. Sentís Melendo). Buenos Aires: EJEA.

Pero es que, además, es necesario –dice el autor– traicionar los principios fundantes del modelo procesal penal de tendencia acusatoria o modelo garantista acogido, pues en semejante patrón procesal la presunción de inocencia no puede admitir ninguna duda. Por ello, ante la imposibilidad de acompañar la detención preventiva con el plexo normativo lo único que resta para quien defienda, en términos del debate planteado por Ferrajoli, una concepción “justificacionista”, es tratar de precisar *cómo* adaptarla de la mejor manera posible a ese conjunto normativo.

Por eso, él entiende con el autor italiano citado que:

Un proceso penal sin detención preventiva resalta la dignidad humana, materializa la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y regla del juicio, además de asegurar el cumplimiento de necesidades procesales tales como permitir al imputado presentarse libre ante un juez, en condiciones de igualdad con su contraparte, a efectos de garantizarle una preparación eficaz y efectiva de su defensa (Ferrajoli, 2009).

A no dudarlo, pues, como dije ante las respectivas instancias académicas –y aquí lo reitero– se trata de un estudio bien concebido desde el punto de vista metodológico, muy cuestionador en relación con el instituto de la detención preventiva, bien escrito, siempre pensando en las formas que se deben observar en estas materias cosa que nunca se debe menospreciar si es que, de una vez por todas, se quiere hacer de la investigación una herramienta seria llamada a engrandecer a nuestras universidades.

Un estudio que contribuye al debate sobre un tema neurálgico de cara a nuestro diseño procesal y que amerita un pronunciamiento muy serio por parte de la academia, de los jueces y del legislador, para que el Derecho penal vigente camine por otros senderos: los de la justicia y la libertad, no los propios del expansionismo y del autoritarismo penal, como ahora sucede; para que, ojalá algún día, el fenómeno en estudio deje de ser el agujero negro del sistema penal que se traga todas las conquistas libertarias y ante el cual todos se inclinan y lo reverencian.

Un instituto, de raigambre puramente policial, que no solo es una verdadera pena anticipada como ya se dijo sino una herramienta por excelencia inquisitiva que, cada vez más, “se dirige a, y sobre todo se mantiene para, constreñir al imputado a confesar o a colaborar” (Ferrajoli, 2004, p. 776)⁷; en

⁷ *Derecho y razón*. (trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*) Madrid: Trotta.

otras palabras, una figura que no tiene razón de ser en un sistema procesal penal acusatorio porque con ella, como dice el lúcido pensador italiano citado:

El proceso, una vez más, queda degradado a *tour de forcé* entre el imputado, inducido a la confesión o a la delación por el temor a la cárcel o por la esperanza de libertad, y la acusación pública, que experimenta, autorreflexivamente, *in corpore vili*, como en la antigua tortura, sus hipótesis acusatorias. A ello se añade la distorsión, ya comentada, de los tiempos y de las fases del proceso: la vista oral resulta comprimida y privada de contenido por la expansión simultánea, penal y procesal, de la fase de instrucción –en la que se predetermina el juicio y se pre-castiga al imputado– y de la fase ejecutiva –en la que se juzga *a posteriori* al condenado y se re-determina la pena en concreto– (Ferrajoli, 2004, p. 776).

De ahí que, a futuro, deba ser completamente erradicado y, mientras tanto, en plan de por lo menos suavizarlo, se deba limitar solo a los delitos más graves y, en todo caso, cuando de forma muy excepcional se imponga, ello se debe cumplir en “en instituciones dotadas de todas las comodidades de una buena residencia” (p. 777); de lo contrario, pues, el sistema penal no tiene razón de ser si es que se quiere construir uno que responda a los dictados de un Estado de derecho social y democrático, y no al propio de las dictaduras (declaradas o no) que solo piensan en la barbarie contra el género humano como forma de perpetuarse.

Bienvenido, pues, este esfuerzo académico que –de seguro– en adelante habrá de ser punto de partida obligado para el necesario debate nacional sobre la materia y que, en muy buena hora, al recoger múltiples estudios precedentes⁸, da un fuerte campanazo de alerta que no debe ser desaten-

⁸ Recuérdese que desde hace mucho el asunto preocupó al propio F. Carrara (1991). *Programa de Derecho Criminal*, Vol. 2. (Trad. De J. J. Ortega Torres y J. Guerrero). Bogotá, Temis, p. 375-376, aunque en parte legitimándola a condición de que fuera “brevíssima”; en nuestro medio, H. L. Londoño Berrío (2003). La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. En *Nuevo Foro Penal* No. 65, pp. 2003. pp. 191-270; y Vélez Osorio, L. G. (2012). *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. Medellín: Universidad de Antioquia. En Argentina: Bovino, A. *Contra la inocencia* (2005), en AA.VV. En *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 193; Sergi, N. (2005). Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. En AA.VV., *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, p. 471 y ss.

dido porque, en definitiva, si algo está claro –sentencia de nuevo Ferrajoli (2004)– es que:

El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también –es decir, sobre todo– por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas (p. 559).

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Director Departamento de Derecho Penal

Universidad Sergio Arboleda.

Bogotá, 25 de noviembre de 2015.

INTRODUCCIÓN

La detención preventiva –como instituto procesal en virtud del cual una persona que se presume inocente, y debe ser considerada y tratada como tal, es objeto de la restricción de libertad física– genera uno de los problemas más agudos e intensos que afronta un Estado social y democrático de Derecho, tributario de un derecho penal liberal, en la medida en que se produce una tensión entre: la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona, y los deberes y obligaciones del Estado con vistas a la eficaz administración de justicia y la protección de la sociedad frente al delito. El profesor Hernando Londoño (1983) describe, de manera clara, esta situación de tensión:

Es incuestionable que la sociedad ofendida con la consumación de un delito, se torna intransigente con la situación del presunto culpable. Querrá para éste la mayor severidad en la aplicación de las medidas cautelares. Pero es indudable también que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad, esto es, no restringírsela sino en casos realmente necesarios (p. 122).

Esta situación se ha agudizado en el último tiempo, coincidiendo con la expedición y entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, debido, por un lado, a motivos contruados en defensa de la detención preventiva y su aplicación, como son: primero, una disminución o atenuación de los requisitos legales, objetivos y subjetivos, para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad; segundo, un aumento de los límites punitivos, con vistas a aumentar el catálogo de delitos por los cuales procede la imposición de la detención preventiva; tercero, una mayor demanda de *seguridad* por parte de la comunidad,

que encuentra en la detención preventiva la respuesta a la *alarma social* frente al delito; cuarto, una errónea medida de la efectividad y la eficiencia de la acción del ente investigador, reflejada en el mayor o menor número de detenciones preventivas solicitadas a los jueces de control de garantías y concedidas por éstos; y, quinto, una mayor e indebida presión de los medios de comunicación sobre los jueces y fiscales, a quienes elogian y/o censuran de acuerdo con su actuar en esta materia.

Por otro lado, razones y motivos contruidos en defensa de la primacía de los derechos fundamentales del imputado y la irrenunciabilidad a los límites al *ius puniendi*, como son: primero, la *constitucionalización* del derecho penal y el reconocimiento de la Carta Magna como fuente formal de éste, que hacen del derecho penal, sustantivo y procesal, un desarrollo del denominado *programa penal de la Constitución*; segundo, el consecuente respeto al principio de legalidad y al debido proceso; tercero, la imposibilidad de matizar los principios fundantes de la dogmática penal que nos rige, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho penal de acto, entre otros; cuarto, la insostenible situación carcelaria motivada por el hacinamiento y la falta de condiciones de dignidad que deben ofrecer los establecimientos carcelarios en un Estado que dice tener la dignidad humana como su fundamento; y quinto, la demostración teórica y práctica de que esta institución procesal no es necesaria dentro del proceso penal y, por tanto, puede abolirse sin que por ello se desnaturalice el mismo.

Esta tensión permite formular el problema jurídico a desarrollar: ¿la detención preventiva, como medida cautelar, se ajusta a los principios fundamentales consagrados en la Constitución Política y, por ende, es propia de un sistema de enjuiciamiento procesal penal basado en los principios de un Estado social y democrático de Derecho, de corte demo-liberal? o, por el contrario, ¿está en oposición a los principios rectores de la presunción de inocencia, el derecho de defensa y, en especial, al axioma de la dignidad humana que ampara a toda persona sometida al poder punitivo del Estado?

Deviene importante en el desarrollo del problema planteado, la situación de hacinamiento carcelario producido por el incremento de la detención preventiva, fenómeno que hoy supera con creces cualquier límite tolerable; algunos centros carcelarios del país han debido recurrir a la acción de tutela para evitar que les sean remitidas más personas, obligando a los destina-

rios de tales medidas a permanecer retenidos en instalaciones inapropiadas para tal fin y en condiciones que riñen y ofenden la dignidad humana, al llegar hasta el extremo de *cosificar* a la persona.

La gran cantidad de presos sin condena debe llamar la atención de todos los estamentos encargados de este asunto: en primer lugar, de quien tiene la reserva legal en materia penal, el Congreso; en segundo lugar, de quienes diseñan y aplican la política criminal nacional; y, no por último menos importante, de los jueces que emiten las órdenes de reclusión para que estudien, analicen y concluyan, si la detención preventiva es de verdad un instituto propio del sistema penal y si es necesaria dentro del mismo. Es preciso, entonces, un llamado a su imaginación y creatividad a la hora de proteger los intereses del Estado, para que no opten por recurrir al facilismo de recluir preventivamente a las personas, pues con ello le están imponiendo al ciudadano una carga que no le corresponde a costa de su libertad personal.

El legislador debe evitar convertir el derecho penal en la *prima ratio* de las soluciones a la problemática social y ha de evitar recurrir al *populismo punitivo* como norma de conducta de su trabajo. Disposiciones como la denominada Ley de Seguridad Ciudadana –1453 de 2011– o el nuevo Estatuto Anticorrupción –Ley 1474 de 2011– pretenden resolver el problema de la delincuencia de la manera más simplista: mediante el aumento de penas, la restricción de los subrogados penales y la mayor severidad en la aplicación de la detención preventiva, lo que hace de ésta la regla general y no la excepción, ¡como debería ser!

Por su parte, quienes diseñan y formulan la política criminal del Estado no pueden dejarse llevar por la creencia que detener preventivamente a una persona es lo único, necesario, proporcional y eficiente, para proteger a la comunidad o a la víctima o para evitar que el proceso penal pueda ser objeto de situaciones que lo contraríen y hagan nugatorio y, en consecuencia, pretendan resolver el problema con la construcción de nuevas cárceles.

El problema no puede confundirse con los efectos que provoca: la gran dificultad es el abuso que se hace de la detención preventiva por cuanto genera, como consecuencia, el hacinamiento carcelario. De hecho, si se sigue con esta espiral de restricciones preventivas de la libertad nunca habrá suficientes cárceles; mientras que, con la eliminación de la detención preventiva, no será necesario destinar recursos públicos para construir más correc-

cionales, pues las existentes serán suficientes para albergar a quienes tienen motivo jurídico: los presos con condena¹. Es claro, desde este momento, que el problema central lo genera la existencia de la detención preventiva dentro del proceso penal, lo que permite un uso desmesurado de la figura procesal.

Resulta oportuno y pertinente repensar la necesaria existencia de este instituto dentro del proceso penal, de cara a brindar elementos de juicio que, de manera modesta, aporten a su discusión y solución. Esto a la luz, no de un criterio utilitarista y de necesidad, sino a partir de la integralidad del denominado programa penal de la Constitución y el respeto a los derechos fundamentales del ciudadano, mediante la confrontación de garantías personales (debido proceso, presunción de inocencia, derecho de defensa) y garantías colectivas (seguridad, paz social, etc.), que permita concluir si las primeras han de ceder ante las segundas dentro del marco constitucional del Estado social y democrático de Derecho.

Por tal motivo, el objetivo general del presente trabajo es determinar si la medida cautelar de la prisión o detención preventiva se ajusta a los mandatos de la Constitución Política, en concreto a los principios fundamentales de dignidad humana, presunción de inocencia y derecho de defensa, o si por el contrario, hay alguna contradicción con estos preceptos de rango superior. Esto, en primer lugar, a partir de unos objetivos específicos tales como el análisis de la naturaleza jurídica y el alcance, a la luz de los principios de un Estado social y democrático de Derecho, de la presunción de inocencia; en segundo lugar, del principio de la dignidad humana; en tercer lugar, del derecho de defensa; y, en cuarto lugar, de la prisión preventiva en particular. En quinto y sexto lugar, la idea es establecer si la *necesidad* es un criterio suficiente para la existencia de la prisión preventiva, y si la presunción de inocencia y/o la proporcionalidad son los límites de la prisión preventiva. Finalmente, se trata de verificar si es imperioso *flexibilizar* la presunción de inocencia, en aras de garantizar fines procesales y satisfacer el sentimiento de justicia de la comunidad.

¹ Con esto no se quiere plantear un problema fiscal o de presupuesto público, lo que se busca es visibilizar el problema carcelario que hoy existe por cuenta de la gran cantidad de detenidos preventivamente y que se pretende solucionar con la construcción de establecimientos carcelarios.

La discusión actual en torno a esta problemática, para hacer una síntesis apretada del estado del arte sobre la materia, está demarcada entre dos (2) posiciones o corrientes muy definidas: una, para la cual la detención preventiva sí es propia del proceso penal y, más que eso, necesaria dentro del mismo; y la otra, que viene abriéndose espacio cada vez con mayor fuerza, que propugna por un proceso penal sin detención preventiva, en el cual la afirmación de la libertad no tenga matices y la persona sea considerada y tratada como inocente hasta que una sentencia en firme lo declare penalmente responsable, y por ende, merecedor de pena.

Para quienes defienden el proceso penal con detención preventiva, así sea evidente que ésta sea una institución criticable y autoritaria, se justifica la *necesidad* de alcanzar y lograr las finalidades de política criminal y de tranquilidad ciudadana (Londoño, 1983), por lo que debe ser aceptada dentro del orden jurídico. Desde esta perspectiva se define la prisión preventiva como un “mal necesario”, que representa la mayor y más grave de las injerencias del poder del Estado en las garantías individuales, en especial la libertad. Por eso reivindican que a lo largo de la historia todos los regímenes, sin importar su ideología, la han incorporado a su legislación interna, lo que demuestra que es instrumento indispensable para la eficiencia de la administración de justicia (Sanguiné, 2003).

De igual forma, sostienen también que la detención preventiva está ajustada a la Constitución, en razón de que las autoridades tienen, entre otras, la misión de alcanzar los fines del Estado, y uno de ellos es la tranquilidad social. El profesor alemán Claus Roxin (2000) afirma al respecto que:

En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esta situación de conflicto [libertad v/s seguridad] no es determinada a través de la antítesis Estado – ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano (p. 258).

Los defensores de esta tesis resumen sus argumentos, de manera general, con la afirmación de que si el proceso penal es imperfecto han de admitirse algunas licencias en aras de una efectividad que no ha sido garantizada por otros medios, aun cuando esto implique hacer valer otros principios de naturaleza colectiva, por encima de aquellos meramente personales.

Dentro de esta primera corriente coexisten dos (2) posiciones: una, llamada *sustantivista*, que asimila la prisión preventiva a la pena y le asigna los

mismos fines a una y a otra, por lo cual la medida cautelar es una forma de satisfacer a la opinión pública. De ahí que puede decretarse con el fin de asegurar la presencia del imputado en el proceso, impedir que éste obstruya el devenir del proceso y, aquí su característica, evitar la reincidencia criminal del imputado. Es decir, la detención preventiva no solo tiene fines de protección del proceso, sino que también tiene fines de naturaleza personal. La otra corriente, llamada *procesalista*, entiende que la medida cautelar sólo puede decretarse con el fin de evitar trastornos o alteraciones que impidan el éxito del proceso o que impidan el cumplimiento efectivo de la eventual condena.

Opuesta a esta corriente *justificacionista* de la detención preventiva, se encuentra aquella que estructura el proceso penal sin detención preventiva, liderada principalmente por el profesor italiano Luigi Ferrajoli (2009). Este punto de vista expone que la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad resulta violatoria de los principios de un derecho penal garantista y, por ende, de los fundamentos de un Estado social y democrático de Derecho, para el cual la presunción de inocencia, hasta que en juicio se declare lo contrario, es presupuesto de la dignidad humana.

Para el pensador italiano y quienes participan de esta posición, la prisión preventiva es un instituto ilegítimo e inadmisibles, pues va en contravía de la presunción de inocencia y del principio de jurisdiccionalidad, “(..) que no consiste en poder ser detenido únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo sobre la base de un *juicio*” (Ferrajoli, 2009, p. 555); además, porque la detención de una persona *ante iudicium* es un acto arbitrario y de fuerza por parte del Estado, que lo único que genera es miedo e inseguridad en la sociedad. Lo que resulta contrario al pensamiento *justificacionista* para el cual la detención preventiva es una muestra de *seguridad y calma de la alarma social* que se genera por la comisión de un delito (Rusconi, 2011).

No obstante, a pesar de lo sólida que resulta la posición garantista en los planos teórico y político, hoy en día parece que la comunidad se siente más segura cuanto más sean los indiciados, imputados y acusados preventivamente detenidos, pues con ello se proclama un sentimiento de afirmación de la justicia, de protección por parte del aparato jurisdiccional frente a los “enemigos de la convivencia”, sin reparar en que lo que se logra es un recorte de las garantías ciudadanas y un mal entendido sentimiento de seguridad.

Pretender que la detención preventiva calme la alarma social generada por el delito, es asignar indebidamente a la medida cautelar un fin de prevención general y especial, reservado a la pena, lo que exige un juicio positivo de responsabilidad; esto es, un juicio de tipicidad objetiva y subjetiva, de antijuridicidad formal y material, y un reproche de culpabilidad, sobre la base de la ocurrencia de una conducta penalmente relevante que, en ese momento procesal preliminar, no se hace ni puede hacerse.

Colombia no es ajena a tal problemática y menos aún después de la negociación con los Estados Unidos de Norteamérica para elaborar e implementar el denominado “Plan Colombia” durante el Gobierno correspondiente al cuatrienio 1998–2002, lo cual supuso un cambio total en el sistema de enjuiciamiento criminal del país, al pasar de un modelo de tendencia inquisitiva a uno de corte acusatorio (Velásquez, 2005, p. 1; Vélez, 2012, p. 8).

Con ese fin se expidió el Acto Legislativo 03 de 2002 en el que se resalta su corte garantista, el apego al respeto por la dignidad humana, la libertad personal y la presunción de inocencia que permitía soñar con un proceso penal en el que esta brillara en su doble naturaleza: regla de tratamiento del imputado o acusado y regla de juicio, la cual determina que es la culpabilidad lo que ha de demostrarse con las pruebas legal y oportunamente aportadas y debatidas en juicio, y mientras se llega a ese estadio procesal, la persona ha de estar en libertad.

En dicho Acto Legislativo se recogían los postulados y características que la doctrina define como propios de un sistema de corte acusatorio: separación entre las funciones de decisión (jurisdicción, encomendada exclusivamente al juez) y de iniciativa investigativa (titularidad de la acción en cabeza de la fiscalía); la acusación como requisito esencial para que inicie el proceso penal y frente a la cual el juez queda condicionado y se limita a examinar y analizar las pruebas que se aportan y practican en el juicio; el principio del contradictorio como nota fundamental, con igualdad de armas entre las partes; la oralidad y publicidad del proceso; y la libertad personal del acusado hasta la sentencia, como regla general (Velásquez, 2005, p. 13).

Este nuevo sistema de enjuiciamiento penal debía tener su fuente principal en la Constitución Política, y por ende, ser desarrollo del programa penal de la misma, entendido éste como los fines y principios que se definen desde la Carta Magna para la configuración y ejercicio del poder punitivo del

Estado, y que son de obligatoria observancia y respeto por parte de jueces y legisladores.

De acuerdo con Berdugo et al. (2004), por programa penal de la Constitución se puede entender:

[...] el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar (p. 45).

Sin que tal programa sea o constituya un catálogo de soluciones a los diferentes problemas que el enjuiciamiento criminal pueda presentar, sino la concreción de una serie de postulados generales que han de servir de marco y referencia para que sean el legislador y el juez quienes las brinden dentro de su libertad funcional.

El programa penal de la Constitución representa, en consecuencia, el reconocimiento del valor normativo de la Carta Magna; reconocimiento que era necesario e importante hacer, pues como lo señala Luis Arroyo Zapatero (2005), el que la Constitución Política de un país social y democrático de Derecho sea la fuente primaria del derecho penal no es un estadio de la evolución jurídica, sino un elemento de cultura fundamental del Estado, máxime cuando el derecho penal ya no puede verse como mero poder policial, sino como un conjunto de valores que asegura la vigencia de ese Estado social y democrático de Derecho.

Para la Corte Constitucional colombiana ese reconocimiento del valor normativo de la Constitución Política, a fe que se dio, se expresa en la sentencia C- 591 de 2005:

En este orden de ideas, el nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, la cual operó una constitucionalización del derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos.

Además de lo anterior, se dijo que el nuevo sistema de enjuiciamiento estaba en consonancia con lo establecido en instrumentos internacionales incorporados por Colombia a su legislación interna, vía bloque de consti-

tucionalidad, especialmente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, lo que reafirma el valor dado a la Carta Magna, a saber:

[...] una labor hermenéutica del procedimiento penal, deberá tener en cuenta no sólo las normas contenidas en el Código respectivo, sino que además es fundamental en dicha tarea, tener en cuenta no sólo las normas del Acto legislativo 03 de 2002, sino las demás disposiciones pertinentes de la Constitución, incluidas aquellas que se integran al bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 Superior, en especial, con los artículos 8, 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que con los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cabe recordar, que de manera expresa el artículo 3 del nuevo Código de Procedimiento Penal, consagró la prelación en la actuación procesal penal, de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción (sentencia C- 591 de 2005).

El nuevo sistema procesal parecía entonces responder al anhelo de hacer realidad material, y no solo formal, las garantías y derechos constitucionales de los sujetos sometidos al *ius puniendi*, y establecía unos propósitos para tal fin: i) Un proceso de partes, oral y concentrado, fundado en los principios de publicidad, defensa, contradicción y justicia, y ii) La reserva judicial en materia de restricción de la libertad y la exigencia de estrictos requisitos para su limitación, vía medidas de aseguramiento, como quiera que no es compatible con un sistema de tal naturaleza que el fiscal, quien tiene interés en el resultado del proceso, tenga funciones jurisdiccionales que requieren de imparcialidad en su análisis y decisión (Vélez, 2012); lo cual daba prevalencia de la *presunción de inocencia* y al derecho a la *libertad personal* como regla general y su restricción como medida excepcional, resolviéndose así la tensión entre libertad y seguridad a favor de la primera.

Precisamente, ese régimen de libertad personal fue motivo principal para el cambio de sistema, como se resalta en la exposición de motivos del acto reformativo de la Constitución, en la cual se da cuenta del abuso que los fiscales, para ese momento, hacían de la restricción preventiva de la libertad, pues así lo representa el alto número de presos sin condena que se registraba (Congreso de la República, 2002). Asimismo, para su limitación, se imponía sumar al principio de reserva judicial la realización de rigurosos exámenes de necesidad, pertinencia y proporcionalidad, basados en una interpretación

y aplicación restrictiva de la ley penal para mantener incólume la presunción de inocencia hasta cuando en juicio se practicaran pruebas con vocación de desvirtuarla y destronarla.

Ahora bien, a pesar de este esfuerzo, de cuño garantista, por contener el uso extensivo de la medida de aseguramiento de detención preventiva, ésta se mantuvo dentro del proceso penal en clara afiliación a las corrientes *justificacionistas* que tratan de arropar la constitucionalidad de la figura con discursos basados en su supuesta necesidad (Ferrajoli, 2009). Tal y como lo señala Beccaria (2000), quien justifica la prisión preventiva al decir que “siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia sino en cuanto la necesidad lo exija” (p.51), y esa necesidad se mide en razón de “impedir la fuga, o para que no se oculten las pruebas de los delitos” (p. 51).

No obstante, diferente resultó ser lo establecido en la ley 906 de 2004, modificada casi simultáneamente con su expedición por la ley 890 de 2004 y luego de manera especial por las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, en la cual la balanza se inclinó por la seguridad y la lucha contra la delincuencia, en contradicción con lo expresado en el Acto Legislativo del cual era desarrollo, pero en concordancia con la bandera política del gobierno de turno (2002–2006). Esto significó que la excepción se convirtiera en la regla general: la detención preventiva pasó a ser una medida casi que de aplicación automática, adoptada sobre la base de criterios como el *peligrosismo* y la mera causalidad naturalística entre acción y resultado, con la cual se busca atender unos fines constitucionales tanto procesal (evitar el riesgo de fuga y la protección de los elementos materiales de prueba y evidencia física), como de naturaleza personal (evitar reincidencia), propios de la pena, que desvirtúan su condición de medida cautelar.

Desde luego, esa relación de tensión que plantea la detención preventiva se concreta en la ley 906 de 2004 entre el derecho fundamental a la libertad que se reconoce a quien debe ser tratado como inocente, y la obligación del Estado de garantizar la correcta administración de justicia²; tensión que debe

² “La detención preventiva es el escenario de tensión entre la efectividad del proceso penal y la libertad individual, como quiera que se trata de permitir la imposición material de una pena restrictiva de la libertad, sin condena en firme, a quien se presume inocente” (Murillo, 2012, pp. 12-14).

resolver un juez de control de garantías, en sede de audiencia preliminar, con base en un debate probatorio incipiente cuando no nulo, limitado a la tipicidad objetiva que lo lleve a una inferencia razonable sobre la ocurrencia del ilícito y la autoría o participación del imputado en el mismo, con el fin de considerar si el sujeto es o no *peligroso* para el proceso, la sociedad o para la víctima.

Es evidente que para resolver ese conflicto a favor de la obligación estatal, se debe relativizar o matizar el significado y contenido de la presunción constitucional de inocencia, puesto que deberá darse por sentado que la misma no se mantendrá incólume hasta el juicio, en tanto se admite que se puede desdibujar o debilitar desde el momento inicial del proceso, como si consintiera grados o escalas. En otras palabras, es considerar que el imputado es más o menos inocente en la medida en que se desarrolla el proceso penal, lo que lo deja en condiciones de inferioridad ante el poder punitivo del Estado, al ser tratado durante todo el proceso como sujeto responsable del hecho ilícito, obligado a demostrar su inocencia (Lascuraín, 2009).

La ley 906 de 2004 establece la detención preventiva, en los términos del art. 307, como medida de aseguramiento privativa de la libertad, procedente en los siguientes eventos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

Además, deberá atender a los fines constitucionales establecidos en el artículo 308, a saber:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (ley 906 de 2004).

De esa manera, nuestra legislación ha acogido la más extensiva de las fórmulas posibles, pues no solo establece que la medida de aseguramiento de detención preventiva puede tener funciones de naturaleza procesal, sino que admite que también las tiene de protección de la sociedad y/o de la víctima; es decir, se asigna a la prisión preventiva funciones que solo atañen a la pena y que, por tanto, solo pueden surgir de una sentencia penal condenatoria en firme.

Es evidente que, a pesar del cambio de modelo de enjuiciamiento criminal, lo relativo al régimen de privación preventiva de la libertad mantuvo lo que existía en vigencia del estatuto procesal penal del 2000, en cuanto la prisión preventiva buscaba asegurar la consecución de los fines del proceso y la efectividad de la sanción penal, además de evitar la reincidencia delictiva; es decir, que bajo el imperio del sistema inquisitivo la detención preventiva tenía los mismos fines o funciones que ahora le asigna un sistema de corte acusatorio, sin que éstos se inspiren en iguales principios.

Parece que en esta materia el legislador sigue lo dicho por Lascuráin (2009), quien, al asumir una clara posición *justificacionista*, sostiene que la detención preventiva es una “amarga necesidad” y es una medida necesaria pero antipática, por cuanto se trata de tener en prisión a una persona que no ha sido declarada culpable, que se retiene “*por si acaso*” (p. 898).

Pero, ¿cómo entender lo anterior si la Carta Magna consagra que la presunción de inocencia tan solo se destruye con pruebas legalmente aportadas y practicadas en juicio, que permitan al juez alcanzar un convencimiento más allá de toda duda razonable sobre su autoría o participación en el injusto y su responsabilidad por el mismo? ¿Cómo tener por legítima la privación de la libertad de quien se presume inocente y como tal debe ser tratado hasta que se llegue a ese juicio? ¿Cómo entender que se considere *peligroso* al imputado en razón de la presunta comisión de un hecho por el cual apenas se le va a investigar y que, por ello, se le asegure intramuros, cuando puede resultar absuelto de toda responsabilidad penal al final del juicio? ¿Dejó de ser peligroso o nunca lo fue?

Así las cosas, a partir de un método analítico cualitativo, se pretende realizar un estudio de la *prisión o detención preventiva*, no desde un criterio utilitarista o de necesidad dentro del proceso penal, sino de la integralidad del programa penal de la Constitución, con total apego y respeto por el principio de legalidad y los derechos fundamentales del ciudadano, mediante una confrontación entre garantías personales (debido proceso, presunción de inocencia, derecho de defensa, afirmación de la libertad) y garantías colectivas (seguridad, paz social, etc.) que permita concluir si las primeras deben o no ceder ante las segundas en un Estado social y democrático de Derecho.

La presente investigación aborda el examen de las siguientes problemáticas para cumplir con los objetivos propuestos. En primer lugar, se examina el proceso penal con detención preventiva; en segundo lugar, el proceso penal sin detención preventiva; y en tercer lugar, se estudia el fenómeno de la detención preventiva en nuestro país. Para cerrar se formulan las conclusiones y se asume una postura frente al asunto.

EL PROCESO PENAL CON DETENCIÓN PREVENTIVA

Quienes cambian libertades esenciales por seguridades transitorias no merecen ni la libertad ni la seguridad.

B. Franklin

Como se ha dicho, la detención preventiva dentro del proceso penal supone una tensión o un conflicto entre: el derecho fundamental de la persona a la libertad y el derecho colectivo a la sana convivencia social, alterada por la presunta comisión de una conducta penalmente relevante, y el fin del Estado de asegurar el correcto desarrollo del proceso penal y la ejecución de la sentencia condenatoria, la que se erige como una de las principales conquistas del proceso penal: la presunción de inocencia, instituto procesal que ya desde 1672 hacía su aparición en el mundo jurídico, como lo registra su consagración en el *De Jure Naturae et Gentium* de Samuel Pufendorf, en el que se dice: *Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium* (toda persona se presume inocente, hasta que no se demuestre lo contrario) (Orlandi, 2010, p. 179.)

En el siglo XVIII, con la aparición del Iluminismo y el surgimiento del Estado moderno, la presunción de inocencia logra su total consagración y ubicación dentro del proceso penal al convertirse en regla jurídica, como lo demuestra Beccaria (2000) en su clásica obra *De los delitos y las penas*: “Un hombre no se lo puede llamar *culpable* antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle la

protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó” (p. 27).

No obstante, esa regla jurídica no tenía carácter absoluto, puesto que la libertad de quien se presume inocente podía ser limitada, como se deja ver en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley” (art. 9).

Así, a la par del reconocimiento legal positivo de la presunción de inocencia, como regla jurídica procesal, se legitimaba también la detención preventiva por parte del pensamiento liberal, lo que produjo su consagración en todos los regímenes penales europeos (Ferrajoli, 2009), en clara preferencia por la salvaguarda del interés general por encima del derecho fundamental individual.

De punto de partida a lo anterior, han servido las posiciones asumidas por Carrara, Beccaria, Bentham, Hobbes, Filangieri, Pagano y otros, quienes a pesar de encontrarle a la medida cautelar de privación de la libertad múltiples contradicciones con el Estado de derecho, la justificaron y la mantuvieron dentro de su esquema de ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 2009).

Dichas posturas que defienden la restricción preventiva de la libertad, coinciden en que ésta se justifica por la pretensión suprema del Estado de mantener el orden público; interés ante el cual las libertades y garantías constitucionales han de ceder, incluida la libertad personal, lo que pone de manifiesto que la detención preventiva se justifica dentro del proceso penal por el argumento utilitarista de raigambre en el derecho público, de la necesidad —*salus populi suprema lex*—, que se concreta en la facultad del Estado de restringir la libertad individual para evitar un peligro que impida la realización de un fin estatal. Esa facultad de restricción de la libertad individual, que es cláusula general de habilitación y de limitación de la acción estatal (Álvarez, 1996), no impide tener a la detención preventiva como una incontestable violación del derecho fundamental de la libertad (Barona, 1988), como una triste necesidad social (Gimeno (1987) o, una medida “necesaria y antipática” (Lascuraín, 2009, p. 898).

En virtud del principio de necesidad se justifica la detención preventiva y se hacen compatibles la restricción preventiva de la libertad y la presunción de inocencia, así como el derecho a la defensa y la situación de encierro del imputado, sin dejar de lado que deben admitirse algunas licencias en aras de una efectividad que no ha sido garantizada por otros medios, aun cuando ello implique hacer valer distintos principios de naturaleza colectiva, por encima de aquellos meramente personales.

Igualmente, la consagración de la detención preventiva en casi la totalidad de Constituciones encuentra un referente con la existencia de la figura en estatutos e instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], art. 9), la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 5) o la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos [OEA], art. 7), que la erigen como mecanismo indispensable para la eficiencia de la administración de justicia (Sanguiné, 2003).

Para esta corriente, la detención preventiva es tan propia del ordenamiento jurídico, que asocia su existencia y regulación al nivel de desarrollo de la democracia en un Estado; de hecho, se llega al punto de afirmar que permite definir la ideología política (Asensio, 1998; Barona, 1987). Así las cosas, cuanto mayor sea el privilegio que se otorgue a la seguridad de la comunidad por encima de la libertad personal, y por ende, sea menor la excepcionalidad de la detención preventiva, más evidente es la presencia de un Estado autoritario, y cuando la situación es la inversa, más social de derecho, demoliberal y garantista se presenta el mismo (Londoño, 1983).

De ahí que se tenga lo dicho por Roxin (2000) como elemento justificador de la existencia de la medida cautelar:

[El] orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto: los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exageran fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esta situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines – aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano (p. 258).

Sobre este argumento del connotado profesor alemán, se basan los seguidores de esta corriente para sostener que la detención preventiva está totalmente ajustada a la Constitución: primero, porque es en su cuerpo donde se consagra, y segundo, porque las autoridades tienen, entre otras, la función de alcanzar los fines del Estado, y uno de ellos, es la tranquilidad social. Además, un Estado social y democrático de Derecho no debe plantear una oposición entre el Estado y el ciudadano, sino que por el contrario debe establecer una situación de convergencia entre ambos actores que permita una justa ponderación de los valores en conflicto generados por la relación de tensión, resuelta desde el punto de vista de la dignidad humana, los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (Muñoz & Moreno, 1980).

Claro está que esa *síntesis* entre comunidad e individuo es difícil de alcanzar, pero esa ha de ser la función del legislador en un Estado social y democrático de Derecho fundado sobre los principios de *in dubio pro libertate* y de proporcionalidad, dentro del cual exista equilibrio entre el mantenimiento del orden social y el derecho a la libertad (Barona, 1988), a partir de la imposibilidad de dársele mayor valor o primacía a los valores colectivos.

Siguiendo a García Morillo (1995), debe decirse que la búsqueda del equilibrio entre seguridad y garantía de la libertad personal, marca la evolución de los Estados de Derecho y se constituye en una tarea constante e inacabada; máxime, si se atiende a que son conceptos inescindibles y un atentado contra uno lo es también contra el otro principio. De ahí que ese Estado deba marcar unos límites formales y materiales al derecho penal, frente al logro de la función de prevención, la cual ha de ser limitada a lo estrictamente necesario para proteger a la sociedad y con el mínimo sufrimiento necesario, comparado con la utilización de otros mecanismos de control social, lo que materializa el principio rector de la mínima intervención, como lo sostiene Mir Puig (1995).

Para esa tarea, el Estado debe construir *límites* a la regulación y el ejercicio de la detención preventiva, tendentes a evitar los abusos que pueden derivarse de aquel ejercicio de poder. Como primer límite está la *necesidad* de la detención preventiva, pues al ser una medida excepcional tan solo se permite su aplicación en casos de absoluta necesidad; además, solo será necesaria la detención preventiva cuando se encuentre en riesgo uno de los fines legítimos, procesales o personales que se buscan con una correcta

administración de justicia. La necesidad se construye a partir de la obligación de satisfacer uno o varios de los fines esenciales que el legislador le ha asignado a la medida preventiva y la existencia de una situación de hecho que amenace la realización del mismo, es decir, no basta tan solo la situación de hecho, ni es suficiente el fin en sí mismo considerado.

El segundo límite que se establece a la detención preventiva es la *proporcionalidad* de la medida, entendida en el sentido de que ella sea adecuada para conseguir el fin de protección buscado y, además, que para lograrlo no exista otra medida igualmente efectiva de menor intensidad e impacto sobre los derechos de la persona afectada.

El tercer límite consiste en evitar un peligro o riesgo que puede tener naturaleza procesal: impedir la fuga o la obstrucción de la justicia por parte del imputado a través de la destrucción y/o alteración del material probatorio. O además, de naturaleza personal: evitar que el imputado en libertad reincida en la actividad delictiva y se constituya en un peligro para la víctima o la comunidad. De acuerdo con la postura que se asuma frente a este tercer límite se podrá tener a la detención preventiva como una verdadera medida cautelar o como una medida de aseguramiento (Lauscarín, 2009).

En suma, son los intereses del Estado, la consecución y materialización de sus fines esenciales, los que permiten, con base en el criterio de necesidad, aplicar la medida de detención preventiva sobre una persona sometida al *ius puniendi*, por lo que tal medida es de claro corte utilitarista que solo se justifica cuando resulte útil para lograr un fin.

En este proceso de justificación de la detención preventiva, también se argumenta que la misma está ajustada al principio de legalidad, en atención a su consagración positiva al más alto rango normativo, esto es, la Constitución Política y los Tratados Internacionales. Se expresa igualmente que es legítima en cuanto a su existencia dentro del ordenamiento jurídico y la finalidad que con ella se busca, pues se encuentra respaldada por la mayoría de la comunidad que ve en ella la forma de protegerse contra el delito y lograr la anhelada tranquilidad social; se trata de una demostración de *seguridad y calma de la alarma social* que se genera por la comisión de un delito.

Ahora bien, esta posición no ha estado exenta de críticas, entre las cuales cabe destacar que la detención preventiva cumple con funciones de preven-

ción que solo son propias de la pena. Sin embargo, los defensores de la misma dentro del proceso penal argumentan que la función preventiva es común a las dos (2) situaciones de restricción de la libertad, como quiera que en el caso de la detención preventiva se busca neutralizar la peligrosidad del imputado y evitar que se atente contra la comunidad o la víctima; es una coincidencia que no implica la anticipación de la pena. En esta sede, la prevención es una actividad de policía y se trata de una de las medidas *ante iudicium* adoptadas sobre la base de la sospecha de actividad criminal, dispuestas en tutela de la comunidad (Orlandi, 2010).

La Corte Constitucional Italiana (sentencia 330 de 1998) considera que dos actos pueden ser de igual contenido y ser diversos “por la razón que los justifica y por la función que los inspira”, de donde se puede afirmar que la detención preventiva y la pena se asemejan en cuanto a las modalidades ejecutivas, pero se trata de dos entidades jurídicas distintas, en razón de los motivos y finalidades que persiguen.

En fin, debe decirse que la legislación colombiana al respecto ha asumido este modelo de proceso penal, por lo que en el acápite correspondiente volveremos sobre sus particularidades.

EL PROCESO PENAL SIN DETENCIÓN PREVENTIVA

La historia enseña que transformar en crueles los procedimientos criminales, lejos de aumentar la seguridad general, puede turbar la serenidad también de los ciudadanos honestos.
Renzo Orlandi, 2010, p. 192

Un sector de la doctrina especializada, minoritario pero no menos importante, considera que es viable un proceso penal sin detención preventiva, en el cual la tensión entre el derecho fundamental a la libertad y la presunción de inocencia, por un lado, y la *necesidad* del Estado de asegurar unos fines procesales o sociales, por el otro, se resuelve a favor de los primeros, so pena de violentar las bases fundamentales del Estado social y democrático de Derecho. Para este segmento doctrinario, en el conflicto o choque entre el poder penal –como fuerza del Estado para imponer el *ius puniendi*– y la teoría penal –como sistema de derechos y garantías tendente a limitar al primero– debe optarse por lo último (Vitale, 2011).

A partir de lo anterior, esta corriente del pensamiento jurídico-procesal asienta gran parte de su reflexión en la imposibilidad de *matizar* la presunción de inocencia, para lograr unos fines que, por loables que parezcan, no tienen la entidad suficiente para situarse por encima del sistema de derechos y garantías fundamentales del ciudadano. Por ende, en un Estado de corte demoliberal y garantista, la detención preventiva resulta ilegítima e inadmisibles por

ser contraria a la presunción de inocencia (Ferrajoli, 2009), que es garantía de libertad, verdad, seguridad y defensa social, anclada en su doble naturaleza de regla de juicio y regla de tratamiento del imputado.

Como regla de juicio, la presunción de inocencia impone que sea la culpabilidad del acusado el objeto de prueba en el juicio, por lo que su detención antes de una declaración de responsabilidad penal, es decir *ante iudicium*, recae sobre un inocente, lo que la convierte en un acto arbitrario y de fuerza por parte del Estado, que resulta contraria al principio de jurisdiccionalidad “que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo sobre la base de un *juicio*” (Ferrajoli, 2009, pp. 549-555).

En esta dimensión, la presunción de inocencia se concreta en la máxima *in dubio pro reo* que, a más de criterio decisorio para el juez, impone la plena prueba de la culpabilidad a cargo de quien acusa y sin posibilidad de invertir la misma, so pena de resolver el juicio con declaración de absolución a favor del acusado (Orlandi, 2010).

A su turno, como regla de tratamiento la presunción de inocencia tiene por virtud impedir la ejecución anticipada de la pena y garantizar que el acusado no sea tratado como responsable hasta tanto no se pronuncie sentencia condenatoria en su contra, lo cual solo puede suceder en sede de juicio, por autoridad judicial competente y con las formalidades exigidas por la ley. En ese sentido, “es una indicación para los funcionarios sobre cómo deben proceder, no una predicción del resultado” (Packer, 1978, p. 165); es un principio que “tiene un significado esencialmente normativo, no psicológico”; esta dimensión debe ser una garantía inalienable del individuo, en aras de contener el uso legal de la fuerza represiva del acusado (Orlandi, 2010, p. 185).

Los defensores del proceso penal sin detención preventiva la encuentran ilegítima incluso por razones históricas, puesto que se justificaba bajo el imperio de un proceso penal de corte inquisitivo en el cual el encierro servía a la función de obtención de las pruebas mediante la tortura, que era una práctica viable y legalmente establecida, como lo enseña Foucault (2009). No obstante, la proscripción de la tortura, motivada por la evolución del pensamiento Ilustrado y la elevación de la libertad personal a canon de rango constitucional, hizo imposible la justificación de la medida cautelar.

Los argumentos de ilegitimidad de la medida se soportan sobre el análisis mismo de las *necesidades* que exponen sus defensores, al concluir que: el *peligro de reincidencia* como tesis de encierro preventivo es una inversión del principio fundamental de la presunción de inocencia por una presunción de culpabilidad y un rezago inquisitivo de tener al imputado en condiciones de inferioridad frente al aparato acusador (Londoño, 1983).

El *peligro de fuga* como fin justificador de la medida cautelar, por su parte, se deslegitima a sí mismo, dada la contradicción en su esencia, pues la mayoría de los imputados que emprenden su huida no lo hacen movidos por miedo al proceso penal, sino por temor a la detención preventiva. Esto hace que en el proceso penal no tengan un medio idóneo para defenderse, al no contar con condiciones de igualdad de armas frente al ente acusador. Este círculo vicioso solo se puede romper en la medida en que sea abolida la detención preventiva con fines de evitar la fuga del imputado (Ferrajoli, 2009; Andrés, 1997).

Por último, la *evitación de alteraciones del proceso* por injerencia indebida sobre el material probatorio, no es más que un reconocimiento de la debilidad o incompetencia del ente acusador para atender su obligación de cuidar, proteger y preservar la prueba con que ha de cumplir su finalidad procesal para demostrar la culpabilidad; debilidad que se subsana por la vía fácil de restringir la libertad del imputado, lo cual es absolutamente inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho: ¡el fin justifica los medios! Por ello, y de acuerdo con Alberto Binder (1993), este fin procesal de la detención preventiva no puede tomarse como válido porque el Estado goza de innumerables poderes para evitar tal injerencia del imputado y no puede causar más daño al proceso que el que se evita con el uso y disposición de todo su aparato de investigación por parte del propio Estado.

Vale la pena preguntarse entonces, ¿qué ocurriría si a la fiscalía y/o a la víctima, hoy un actor tan protegido y amparado por el proceso penal, se les ocurriera alterar las pruebas de la defensa? ¿Qué medidas se adoptarían para evitarlo?

Ahí, las mismas necesidades del Estado que justifican la medida cautelar, son sus principales enemigas en punto a su legitimidad; tan solo logran imponer unos argumentos utilitaristas de corte inquisitivo, basados en la matización de principios fundamentales del derecho penal. Esta situación, recuérdese, lleva al profesor Ferrajoli (2009) a sostener que no basta con

justificar y limitar la detención preventiva, sino que la misma ha de abolirse ya que:

[L]os principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales” (p. 555).

Es que a quien de verdad se le deben proteger unas *necesidades procesales* es al imputado, por cuanto debe tener la garantía de poder asistir al proceso en situación de libertad, como condición de la esencia de la dignidad humana, y debe preservársele la igualdad frente a la fiscalía, para que pueda planear y organizar su defensa adecuada y eficaz, de tal manera que ni la fiscalía y/o la víctima le tiendan trampas, construyan acusaciones y/o manipulen pruebas a sus espaldas (Ferrajoli, 2009). Que el imputado pueda alterar las pruebas es un costo que ha de pagarse, en aras de preservar la legitimidad del Estado y del principio de legalidad.

Una razón más para propugnar por la abolición de la detención preventiva, se encuentra en la imposibilidad de sostener que ella es algo diferente a la pena, pues las dos figuras comparten la misma naturaleza (Andrés, 1997; Vitale, 2011); se restringe y afecta el mismo derecho (la libertad personal), se cumple o se torna efectiva en el mismo lugar (establecimiento penitenciario y carcelario) y, añádase, los afectados cumplen el mismo régimen penitenciario. Esto último, por supuesto, con la diferencia aberrante que bajo la vigencia de la ley 65 de 1993 los detenidos preventivamente no gozaban de los beneficios de descuento de tiempo por trabajo y/o estudio por tratarse de mercedes, concesiones, que no de derechos, reservados para los condenados, lo que añade a la ilegitimidad una razón de desigualdad en contra de quien debería gozar de una mejor posición.

Tan cierto es que la medida cautelar privativa de la libertad es una pena que, de resultar condenada la persona al término del juicio, el tiempo que haya estado detenida preventivamente se le descuenta del monto impuesto en la condena.

Vale aquí recordar el esfuerzo que Carrara (1952) hizo por defender el descuento que debía hacerse del tiempo en detención preventiva de la pena finalmente impuesta a la persona, al “no encontrar una disparidad muy

grande entre los padecimientos reales del detenido en custodia preventiva, y aquellos del detenido en lugar de pena” (p. 44).

En su texto original, la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– regulaba el cumplimiento de las penas privativas de libertad, las medidas de seguridad y medidas de aseguramiento, y en el título VII, artículo 79, definía que el trabajo en prisión era obligatorio para los condenados¹ y el tiempo trabajado en tal condición debía ser redimido de la pena²; a su vez, en el artículo 97, se consagraba la redención de pena por estudio en prisión³.

Esta situación fue modificada por la ley 1709 de 2014 –que cambió, en buena parte, las prescripciones de la ley 65 de 1993–, en la cual se determina que “todas las personas privadas de la libertad tienen derecho al trabajo en condiciones dignas y justas” (art. 79)⁴, para dejar claro que en este aspecto no hay diferencia entre detenidos y condenados. Además, en los artículos 60 y 61, determina que los procesados podrán realizar actividades de estudio y/o enseñanza cuyo tiempo será redimido solo cuando quede en firme la condena, salvo los casos en que se pretenda hacer valer ese tiempo para solicitar la libertad provisional por pena cumplida. Es clara la posición que al respecto asume Londoño (1983):

¹ Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial. Bogotá, D.C. 1993. No. 40999. Art. 79: Obligatoriedad del trabajo: El trabajo en los establecimientos de reclusión es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de resocialización. No tendrá carácter afflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión [...] (Congreso de la República de Colombia, 1993).

² Art. 82: Redención de la Pena por Trabajo: El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de la libertad [...] (negrillas fuera de texto) (Congreso de la República de Colombia, 1993).

³ Art 97: Redención de Pena por Estudio: El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de la libertad [...] (negrillas fuera de texto) (Congreso de la República de Colombia, 1993).

⁴ Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2014. No. 49.039. Art. 55, por el cual se modifica el artículo 79 de la Ley 65 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 2014).

Es indudablemente un postulado de clásica estirpe jurídica, pero en la realidad tiene las características y estigmas de una pena. Una simple sindicación que haya trascendido a la opinión pública, o unos pocos días de privación de la libertad por un delito, han derrumbado moral, social y económicamente muchas vidas y muchos hogares. Porque ocurre con mucha frecuencia que, a pesar de que la justicia absuelva o sobresea definitivamente en determinados casos, la maledicencia social seguirá condenando, seguirá manteniendo la incriminación sobre la persona que estuvo *sub iudice* (p. 124).

Continúa diciendo que “[no] es, por tanto, ningún consuelo de la ley, ni fórmula tranquilizante alguna para el detenido, decirle que la privación de su libertad no constituye una *pena* para él” (Londoño, 1983, p. 125), para concluir que este instituto se trata de una pena pues:

Es tanto lo que disminuyen los valores de la persona humana, y tantos los padecimientos que de diverso orden le sobrevienen por el solo hecho de la reclusión, que si le fuera dado escoger, en muchos casos preferiría elegir una condena pero sin detención, que sufrir ésta por un breve tiempo, aunque después resultara absuelto (p. 125).

Lo anterior hace concluir, en refuerzo a la ilegitimidad de la medida, que al momento de decretarse la detención preventiva se está anticipando el castigo que solo ha de derivarse de un juicio justo, imparcial, con contradicción de la prueba y cuyo final sea la demostración de la responsabilidad del sujeto pasivo del proceso penal. Con ello se adjudican a la medida cautelar fines reservados a la pena, tales como la retribución justa y la prevención general y particular, los cuales no pueden aplicarse sobre quien, en ese momento, se debe presumir inocente y debe ser tratado como tal.

La criminología ha hecho también su aporte a este aspecto y de la mano de Benigno di Tullio (1966), ha dicho:

La vida carcelaria puede tener graves consecuencias sobre la salud mental de los detenidos, no solo por el trauma de la encarcelación, sino también por los sufrimientos que encuentran los que sienten más profundamente las dañosas consecuencias materiales y morales de la vida (p. 426).

De igual manera la Comisión Asesora de Política Criminal, creada mediante Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011 expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, sostiene que:

La cárcel como institución y debido a las peculiaridades que rodean su uso, genera condiciones altamente desocializadoras porque: i) aísla al penado de

su contacto con la sociedad en la que vive, de forma que le impide adecuar su comportamiento para resistir los factores que inciden en la producción del delito; ii) aparta al condenado de su familia –que habitualmente es destruida por la pena de prisión-, con lo que reduce las expectativas de una vida en libertad respetuosa de los derechos de los demás; iii) rompe las redes sociales a las que pertenece el condenado, extrañándolo y obligándolo a buscar refugio en la subcultura penitenciaria, caracterizada por la violencia y la corrupción; iv) estigmatiza al condenado, impidiéndole, después de la condena, su reubicación dentro de la sociedad, etc. (pp. 65-66).

De ahí que autores como Giulio Illuminati (1979) reconozcan que a pesar de su esfuerzo por encontrarle a la medida cautelar una justificación y espacio dentro del proceso penal, el mismo resulta “insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa” de la presunción de inocencia (p. 48). Lo que debe dejar en claro que estamos ante una medida ajena a un sistema constitucional liberal, de corte garantista, en el cual priman la presunción de inocencia y la afirmación de la libertad, lo que obliga a justificarla, cuando tan solo se debe justificar lo que no comparte la naturaleza del sistema al cual pretende integrarse.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA

Consideraciones previas

El actual régimen de la detención preventiva en Colombia es el resultado del desarrollo legal del Acto Legislativo 03 de 2002 que estuvo a cargo del llamado Gobierno de la Seguridad Democrática (2002–2010), para el cual la defensa y garantía de los derechos fundamentales constituían un obstáculo en la lucha que se libraba contra la delincuencia, tanto organizada como común, y por ende, debían ceder en favor de la seguridad y el restablecimiento del orden público; costo que la sociedad asumiría con tranquilidad. Además de esto, el debate del nuevo Código de Procedimiento Penal (C.P.P) compartió escena con el Acto Legislativo 02 de 2003, llamado Estatuto Antiterrorista, lo que imponía la compatibilidad de estos dos (2) proyectos legislativos y la necesidad de que el estatuto procesal penal fuese una herramienta más para el éxito de tal Acto Legislativo.

La ley 906 de 2004, como desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, implementó un sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, en el que se mantuvo la detención preventiva como mecanismo central de la lucha contra el crimen y la delincuencia, a pesar de la incompatibilidad entre los postulados que inspiran tal sistema procesal penal y la privación cautelar de la libertad, como parece ser la tendencia de la política criminal de la mayoría de Estados actualmente (Molano, 2006).

Es por tal incompatibilidad que Vélez (2012) sostiene que la regulación de las medidas de aseguramiento en el nuevo sistema procesal penal representó un retroceso y una muestra de despotismo, dado el irrespeto manifiesto al principio de la libertad y a la presunción de inocencia, que debe ser “la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: *presunción iuris*, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario” (Lucchini, 1895, p. 15), o como el “fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable” (Ferrajoli, 2009, p. 549).

Otra es la visión y posición de Aponte (2006), para quien la ley 906 de 2004 inscribió al país en la dinámica de los procedimientos penales con mayor conciencia de la protección de los derechos humanos y que buscan dar más prevalencia al principio de libertad, al punto de considerar esta nueva codificación como la que, históricamente, ha establecido con mayor rigor el principio del debido proceso y la afirmación de la libertad dentro del proceso penal¹. Esta visión antiliberal no es posible compartirla dado el criterio *eficientista* que caracteriza a la medida cautelar intramuros al interior del nuevo sistema procesal penal, la cual es más un indicador de la gestión de la Fiscalía General de la Nación, medido a partir del número de personas privadas de su libertad, lo que hace de la detención preventiva una herramienta necesaria para mostrar avances en la lucha contra el crimen, sin reparar en los ejemplos de legislaciones que han seguido este camino y las cuales han tenido que padecer graves violaciones al derecho internacional humanitario (Molano, 2006).

Esto lleva a Vélez (2012) a sostener que en la consagración del régimen de detención preventiva se le asignaron a ésta funciones *ocultas o no declaradas*, como la de servir de herramienta para la lucha contra la criminalidad, demostrando con ello que en este nuevo régimen procesal penal la detención preventiva no es, de ninguna manera, un instituto excepcional y que en

¹ Con la consolidación paulatina de una conciencia más universal de protección a los derechos humanos y la construcción e instauración, tanto en el discurso normativo como en la práctica cotidiana, de nociones como “bloque de constitucionalidad” y la consagración de una estructura más compleja del orden jurídico, en función de la norma legal, la Constitución y los tratados internacionales, se busca dar una prevalencia cada vez mayor al principio de libertad. El Código de Procedimiento Penal colombiano se inscribe en esa dinámica, generalizada actualmente en los países de América Latina (Aponte, 2006, p. 32).

aras de su aplicación, se ha preferido matizar o relativizar las garantías y principios fundamentales y flexibilizar los presupuestos y requisitos para su imposición (Zuluaga, 2013).

Fue tal el afán del gobierno de la época por restringir los derechos fundamentales, que en un primer momento se consagró la captura administrativa en casos de terrorismo como potestad de la Fiscalía General de la Nación para ordenar privaciones de la libertad personal sin orden judicial, en abierta contradicción con el mandato constitucional de la reserva judicial, refrendado por la Corte Constitucional en la sentencia C-024 de 1994.

Por supuesto, el espíritu garantista que animó la discusión y aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002 se desdibujó en la ley 906 de 2004, especialmente en lo que tiene que ver con la libertad personal y la presunción de inocencia, al hacer de la excepción la regla general: detener para investigar y no investigar para detener, lo que impidió concretar el anhelo de *humanizar* el proceso penal, mediante la contención de la restricción abusiva de la libertad.

Por esto, como dice Zuluaga (2013), hoy pueden diferenciarse dos escenarios distintos y contrapuestos: uno, el del Acto Legislativo 03 de 2002, que propendía porque la restricción de la libertad fuese excepcional, de naturaleza jurisdiccional y con un estándar alto de exigencias para su decreto; y otro, el de la ley 906 de 2004 y sus múltiples reformas, en especial las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, que optaron por una Fiscalía General de la Nación con mayores poderes para la restricción de la libertad y la creación de un estándar para la privación de la libertad, más gravoso y restrictivo que el contenido en la ley 600 de 2000. Esta última, recuérdese, consagraba un régimen de tendencia inquisitiva, lo que “representa, sin duda, un vaciamiento de las garantías fundamentales como límite a la actividad estatal de investigación penal” (Zuluaga, 2013, p. 218).

Esto, reforzado por circunstancias tales como el control posterior a los actos de restricción de libertad ejercido por los jueces de garantías, frente a los cuales, por un lado, es limitado el papel de la defensa en el debate, y por otro, es corto el tiempo del juez constitucional para evaluar los *motivos fundados* que la Fiscalía General de la Nación expone como soporte a sus decisiones y acciones en esta materia, lo que lleva a decisiones que “depende[n] de un grado de probabilidad fundado en unas reglas de actuación cuyo estatus

lógico-cognoscitivo es generalmente incierto y contaminado por el contexto político cultural (discrecional y peligrosista)” (Zuluaga, 2013, p. 218).

El régimen de libertad y su restricción

La ley 906 de 2004 consagra el Título IV al *Régimen de la libertad y su restricción* y establece en el artículo 295 que la libertad es la regla general y su restricción es la excepción, en lo cual coincide con lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 29 de mayo de 2014), a saber:

AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales (art. 295).

Dicho mandato legal delimita las características y condiciones de la restricción de la libertad, así: en primer lugar, la privación o restricción *preventiva* de la libertad solo puede aplicarse a quien tiene la condición de *imputado*, es decir, solo puede decretarse cuando se haya iniciado el proceso penal, lo que ocurre después de la formulación de la imputación o desde el momento de la captura del indiciado, si ésta ocurre primero, como lo determina el artículo 126 del C.P.P.²

En segundo lugar, es una medida excepcional: frente a esta característica resulta de suma importancia el planteamiento de Vélez (2012) quien sostiene que, dada la redacción del artículo, lo excepcional de la restricción que predica está en las normas que la contienen, mas no de la medida en sí misma y su aplicación, con lo que la norma se da su propia declaración de excepcionalidad y releva al operador de hacer una interpretación restrictiva, pues las normas ya son, de suyo, excepcionales.

En tercer lugar, su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable, y debe responder a contenidos constitucionales, con lo cual se

² Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. No. 45.658. Art. 126: El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriere primero [...] (Congreso de la República de Colombia, 2004).

pretende desarrollar el Programa Penal de la Constitución, en especial, lo ordenado en el artículo 28 superior.

Con respecto a las características de la medida privativa de la libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA, 2014) precisó las particularidades que debe reunir dicha medida para ajustarse a los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos, a saber:

- a) Su naturaleza es la de una medida cautelar, no punitiva, dirigida a la satisfacción de un fin legítimo y razonablemente relacionado con los fines del proceso.
- b) Debe estar soportada sobre elementos probatorios suficientes para que lleven al juez a suponer razonablemente que el imputado o acusado ha participado en el delito que se investiga, ya que si la persona no está vinculada con el hecho punible, no hay fin procesal que proteger.

Debe estar sometida a revisión periódica para evitar su prolongación indebida en el tiempo, tarea que está a cargo de las autoridades judiciales, las cuales deben estar aportando permanentemente las razones que justifiquen su permanencia.

La ley 906 de 2004 señala en el artículo 296 los cometidos o fines constitucionales a que ha de responder la medida cautelar: “evitar la obstrucción de la justicia, [...] asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena”.

Esta norma, que en principio pareciera tener un corte garantista al evitar la discrecionalidad judicial en la aplicación de la medida, de verdad entraña un *auto justificación* de la medida como fin en sí misma, tendente a presentar la restricción provisional de la libertad como elemento esencial del proceso penal, fundada en presunciones legales peligrosistas (Vélez, 2012).

Desde luego, una mirada analítica sobre el cambio que en la materia consigna el nuevo régimen procesal penal, lleva a concluir lo siguiente: por un lado, se cambió la competencia para ordenar medidas cautelares, al quitarle tal facultad al fiscal y dejarla de resorte exclusivo del juez (Londoño, 1983), quien debe hacer juicios de necesidad y razonabilidad de la medida y soportar su imposición en elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, presentada y debatida en audiencia. Además, debe emitir una prueba de proporcionalidad y buscar el cumpli-

miento de un fin constitucional previamente determinado en la ley. Olvidó, por supuesto, hacer compatible este nuevo régimen de privación de la libertad con las normas que desarrollaban el modelo penitenciario y carcelario consagrado en la ley 65 de 1993, en el cual se determinaba que la detención preventiva tan solo tendría por fin asegurar la comparecencia del imputado y la efectividad de la eventual sentencia condenatoria³.

Por otro lado, el legislador nunca consideró la eliminación de la detención preventiva del sistema procesal penal colombiano, como lo exige un régimen de tendencia acusatoria, en el que la regla general es la libertad del sindicado hasta la sentencia condenatoria, y lograr así materializar la presunción de inocencia en sus dos dimensiones: regla del proceso, conforme a la cual lo que se buscará demostrar es la responsabilidad del acusado, mas no su inocencia, y regla de tratamiento, conforme a la cual el imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante toda la actuación judicial.

Las medidas de aseguramiento y sus características

Si en algo puede verificarse la distancia existente entre el espíritu garantista que animaba el Acto legislativo 03 de 2002 y la nueva normatividad procesal penal contenida en la ley 906 de 2004, es en materia de las medidas de aseguramiento, cuyo catálogo de alternativas se amplió, al igual que los delitos por los cuales procede su aplicación. De la misma manera, la ley 906 de 2004 le dio a las medidas de aseguramiento, como se verá adelante, una función o finalidad de *control social*, como son las de restablecer el orden público y lograr la rendición temprana del imputado, contrario a su esencial y natural función cautelar acorde con la cual su única finalidad es la de asegurar el proceso y su correcto desarrollo.

En efecto, la ley 906 de 2004 prevé dos tipos de medidas de aseguramiento: privativas de la libertad y no restrictivas de tal derecho, amén de que establece un régimen general para su solicitud y decreto, y unos requisitos especiales cuando se trata de la detención preventiva.

³ Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial. Bogotá, D.C.: 1993. No. 40999. Art. 11: Objeto de la detención preventiva. La presunción de inocencia presidirá el régimen de detención preventiva. La detención preventiva busca garantizar la comparecencia del sindicado en el proceso y la posterior efectividad de la sanción penal (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Las principales características de este nuevo régimen son, entre otras, las siguientes: en primer lugar, por tratarse de una justicia rogada, solo procede la imposición de medidas de aseguramiento cuando así lo soliciten el fiscal, la víctima o su apoderado, lo cual impide que el funcionario judicial la decrete de oficio.

Desde luego, no deja de resultar extraño que la víctima o su apoderado puedan solicitar la imposición de la medida de aseguramiento cuando no lo haga de manera directa la Fiscalía General de la Nación que es la titular de la acción penal, con lo que se produce un sobredimensionamiento de los derechos reconocidos a las víctimas que desequilibra un proceso de partes, pues ya no solo el imputado enfrenta a la Fiscalía General de la Nación, sino a otra suerte de parte en que termina convirtiéndose la víctima, cuando ésta debe actuar a través del órgano investigador.

Es cierto que la verdad, la justicia y la reparación son derechos que tiene la víctima y deben serle resguardados y protegidos, pero no a costa de desquiciar el esquema procesal adoptado, al concederle atribuciones de parte a quien no tiene tal calidad. Resulta importante lo que al respecto expresa la Comisión Asesora de Política Criminal en su Informe Final:

Un desarrollo trascendental de la filosofía ética y de los derechos humanos en las últimas décadas ha sido el progresivo reconocimiento de los derechos de las víctimas. Este es un avance esencial, que debe ser defendido. Pero tiene el riesgo de que pueda estimular formas de punitivismo. En efecto, por la particular simpatía que en la actualidad se siente por las víctimas, no es raro que propuestas punitivistas sin mayor sustento encuentren eco cuando se presentan como solución a los conflictos de las víctimas o como mecanismos de protección de sus derechos (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012, p. 68).

Para evitar esta situación, la protección de las víctimas debe estar limitada por el principio de la *última ratio*, es decir, debe evitarse el recurso del derecho penal, en especial el aumento de penas o la negación de subrogados y/o beneficios, para pretender su amparo y protección, verificándose, como primera medida, si existen mecanismos de reparación diferentes a los penales. Afirma la Comisión:

Debe procurarse, diferencial y regionalmente, el descubrimiento de las necesidades de quienes realmente sean víctimas o las representen, en pro de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición, pero sin olvidar que los derechos a ignorar, a no participar, a no

querer saber más o simplemente a olvidar, también son derechos (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012, p. 68).

Esto significa que los derechos de las víctimas no son solo activos (verdad, justicia y reparación), sino que también tiene unos de carácter negativo (no participar, no querer saber más, olvidar) que deben ser respetados y garantizados. Sin embargo, cuando decida ejercer los primeros no puede esto llevarse de calle los derechos del imputado, puesto que la otra parte del proceso penal no es la víctima, sino la Fiscalía General de la Nación.

No se trata de decir que la víctima no tiene o no puede ejercer sus derechos, se trata de declarar que su ejercicio dentro del derecho penal debe respetar los principios que caracterizan a este y que garantizan el debido proceso, sin generar desequilibrios entre las partes, que es lo que sucede cuando la víctima deja de actuar a través del ente acusador y pasa a convertirse en una nueva parte del proceso. La Comisión concluye lo siguiente:

El principal garante de los derechos de las víctimas en el proceso penal es el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación. La participación de la víctima en el proceso penal debe estar limitada por el contenido de sus derechos individuales, la presunción de inocencia y la igualdad de armas entre las partes. La Fiscalía General de la Nación es el vehículo a través del cual la víctima puede pretender y acceder a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en el proceso penal. Tales derechos no pueden depender de la capacidad de acceso que se tenga a ellos en el proceso penal y sí de la actuación proactiva de quienes son garantes de los mismos, esto es, de las autoridades competentes en cada uno de los escenarios diferenciados.

Así las cosas debe velarse por una relación estrecha entre la víctima y el Fiscal, en especial en aquellos casos en que aquella no tenga representación letrada en el proceso penal (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012, pp. 68-69).

Por último, es recomendable hacer más fácil y expedito el uso de mecanismos de solución del conflicto entre las partes –v. gr., la mediación, la conciliación y otros– que permitan a la víctima obtener la satisfacción de sus derechos, sin necesidad de matizar los principios del sistema penal acusatorio, como ocurre cuando se permite la participación de terceros sin calidad de parte, pero con las atribuciones de ésta.

En segundo lugar, la solicitud de imposición de medida de aseguramiento debe estar respaldada por elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente recaudada sobre la cual pueda el juez apreciar, al

nivel de inferencia razonable, que la conducta delictual ha acaecido y que el imputado es autor o partícipe de la misma, y sobre este presupuesto, se debe demostrar la necesidad de la medida, entendida como la inexistencia de otro medio que permita conseguir el fin pretendido.

Y en tercer lugar, la presencia del defensor del imputado es obligatoria y debe permitírsele el ejercicio de la contradicción de los medios de conocimiento y convicción presentados por la Fiscalía General de la Nación y la exhibición y sustentación de los que puedan desvirtuar lo esgrimido por el ente acusador.

De esta manera, la solicitud e imposición de una medida de aseguramiento constituye un debate entre las partes del proceso, dirimido por un juez imparcial sobre la base de medios de conocimiento, lo que no significa que se esté en presencia de una medida garantista, pues la restricción preventiva de la libertad, así se cobije con requisitos y exigencias como las establecidas en esta norma, se lleva de calle la presunción constitucional de inocencia. Al respecto, vale la pena decir con Londoño Berrío (2003):

Resulta una burla afirmar que el sindicado es tratado como inocente, que no se le irroga pena alguna y, simultáneamente, en forma coactiva, se le priva de su derecho a la libertad ambulatoria, se le separa de su trabajo, se le rompen sus vínculos sociales y familiares, se le vulneran sus derechos humanos fundamentales, etc. [...] En definitiva, con la DP se pierden los mismos derechos del penado, la privación de la libertad se cumple generalmente en los mismos centros de reclusión de éste, es de carácter coactivo, se irroga con motivo o con el pretexto de un hecho punible y la impone un actor institucional que representa al Estado, factores que sumados permiten concluir -desde la perspectiva psicológica- que no existe diferencia sustancial entre la privación de la libertad con motivo de la DP o de la pena (p. 195).

Los requisitos de las medidas de aseguramiento y los fines constitucionales

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 308 de la ley 906 de 2004⁴, una vez el juez evalúa en forma positiva la necesidad, proporcionalidad, en sentido

⁴ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. No. 45.658. Art. 308. Requisitos. 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

amplio y estricto, y la idoneidad de la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía o la víctima, solo puede decretarla si ha arribado a la inferencia razonable de autoría o participación del imputado en la conducta a investigar, y si con la medida de aseguramiento implorada por el ente acusador se puede alcanzar uno de los fines constitucionales que, de manera expresa, señala la norma en cita; todo esto, sobre la base del debate de los elementos materiales de prueba o evidencia física que se han aportado para tal fin.

De la lectura de esta norma se desprende, por una parte, que existen dos requisitos para poder irrogar una medida de aseguramiento: primero, la inferencia razonable de autoría o participación del imputado en la conducta a investigar o *fumus comisi delicti* o *fumus boni iuris*, el cual obliga al juez, sobre la base de la existencia de un hecho penalmente relevante, a realizar un juicio razonable y racional del grado de probabilidad de atribución del mismo al imputado y la posible responsabilidad penal que le asiste a éste (Gimeno, 1983). Por supuesto, esta consagración en el nuevo régimen procesal penal significó, como bien lo dice Vélez (2012), un relajamiento probatorio frente a la exigencia de dos indicios graves de responsabilidad que exigía el ordenamiento anterior para decretar una medida de aseguramiento.

En España, como se desprende de lo establecido en el art. 503.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)⁵, a efectos de decretar la prisión provisional se exige que conste “en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito”, lo que debe complementarse con lo ordenado en el apartado 503.1.2: “Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”.

puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (Congreso de la República de Colombia, 2004).

⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Aprobada por Real decreto de 14 de septiembre de 1882. Boletín Oficial del Estado núm. 260, de 17 de septiembre de 1882 (Ministerio de Gracia y Justicia, España). Fuente: BOE-A-1882-6036. Art. 503. Recuperado de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20130223&vd=#a503>

El segundo requisito es la exigencia de alcanzar, con la medida de aseguramiento, uno de los fines constitucionales a ellas asignados. La regla general, en el ámbito internacional, es que dada la naturaleza cautelar de las medidas, éstas deben buscar y garantizar la eficacia del proceso penal y la correcta y pronta ejecución de la eventual pena que al responsable le corresponda. De ahí que deban estar dirigidas a evitar peligros tales como la fuga o no comparecencia del imputado o que éste influya de manera negativa sobre el material probatorio que ha de servir para el proceso, presupuesto o requisito conocido en la doctrina internacional como *periculum libertatis* o *periculum in mora*.

En este sentido ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 29 de mayo de 2014, art. 312) que la medida de aseguramiento de detención preventiva, para su legalidad y con el fin de evitar el ejercicio arbitrario de la misma, debe responder a una finalidad compatible con la Convención, por lo que solamente podrá estar dirigida a asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento, ni eludirá la acción de la justicia.

La mayoría de legislaciones, y Colombia no es la excepción, han incorporado a ese catálogo de peligros, el de evitar la reiteración delictiva, la perturbación del orden público y/o la alarma social, todo lo cual desnaturaliza la finalidad cautelar que deben tener estas medidas (Barona, 2000). Por ello, resulta inadmisibles asignar como fin de las medidas de aseguramiento, específicamente de la detención preventiva, el de evitar el peligro para la comunidad o la víctima, como quiera que ese no es un riesgo para el proceso, y como se verá adelante, hace referencia a un cometido de prevención que está asignado a la pena, lo que también desdibuja la naturaleza cautelar de las medidas.

Al respecto, el profesor Londoño (1983) afirma que dar a la detención preventiva un fin de “*ejemplaridad*” o de “*satisfacción del sentido público de justicia*” constituye “un criterio injusto y aberrante”, pues se trata de una medida que se impone a quien aún no se sabe si es culpable (p. 118).

Por otra parte, una correcta lectura, interpretación y aplicación de esta norma, permite concluir que los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, así como la consecución o materialización de los fines constitucionales, son requisitos de todas las medidas de aseguramiento y no,

como ocurre en la práctica, solo o exclusivamente de la medida privativa de la libertad; ello por cuanto cualquiera de las medidas de aseguramiento consagradas en el artículo 307 de la ley 906 de 2004, implican de suyo una restricción de derechos fundamentales: la libertad, la movilidad, la observancia de ciertas conductas, etc.

En conclusión, la imposición de una medida de aseguramiento no obedece al capricho, intuición o suspicacia de un funcionario judicial; no puede irrogarse en contra de un imputado como mecanismo de venganza o *por si acaso*, sino que responde a estrictos y expresos fines insertos en el programa penal de la Constitución que las justifican y llenan de contenido material. Así las cosas, no por elevar a rango constitucional los fines perseguidos con las medidas de aseguramiento puede decirse que hay en la regulación del régimen de libertad una concepción garantista, puesto que no resulta acertado bajo ninguna consideración, restringir un *derecho o garantía fundamental*, en aras de asegurar una atribución, obligación o deber del Estado, al no existir equivalencia entre esos dos extremos de la relación que permita ponderarlos.

La obstrucción de la justicia.

Este fin constitucional es conocido como *riesgo de entorpecimiento o de oscurecimiento* y la ley 906 de 2004⁶ lo desarrolla en su artículo 309 al describir las diferentes maneras en que puede presentarse: mediante el entorpecimiento de la labor de recaudo y conservación del material probatorio requerido dentro del proceso (“destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba”); con la interferencia indebida en las etapas del proceso e impedimento de la correcta marcha de la administración de justicia (“impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de

⁶ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. No. 45.658. Art. 309: Obstrucción a 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 (Congreso de la República de Colombia, 2004).

los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”); o bien, a través del ejercicio de conductas indebidas sobre las personas que intervienen y participan dentro del proceso (“inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”). Circunstancias que el juez debe inferir a partir de los elementos materiales de prueba aportados en audiencia y sobre cuya base pueda tener al imputado como una persona con capacidad real de dirección e influencia sobre personas y/o elementos de prueba, que puede llegar a atentar contra el proceso y su marcha.

Es menester tener en cuenta, como sostiene Barona (2000), que el transcurso del tiempo debilita este riesgo, pues se supone que mientras se recauda el material probatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación, este se somete a custodia, y a los peritos y testigos se les puede otorgar mecanismos de protección que los salvaguarde de amenazas, coacciones o injerencias indebidas, lo que hace que la medida de aseguramiento pierda su objetivo al no contar con un interés protegido.

Lo anterior lleva inexorablemente a concluir que este es un fin de carácter y naturaleza *eficientista* que permite restringir derechos para asegurar la labor del ente de investigación. Es una garantía para que la Fiscalía General de la Nación asegure su trabajo investigativo sin la injerencia, ni siquiera presencia, del afectado por el *ius puniendi*, lo que desvirtúa el postulado procesal de la igualdad de armas, que no es otra cosa que la posibilidad de las partes de “acudir ante el juez con las mismas herramientas, oportunidades, elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales” como lo define la Corte Constitucional en la sentencia C-536 de 2008.

Razón, pues, le asiste a Vélez (2012) cuando dice que este fin de las medidas de aseguramiento constituye un concepto vago, difuso, abierto y ambiguo, que el legislador introdujo más como un imperativo para disciplinar al imputado, obligándolo a observar una determinada conducta de colaboración con el proceso, so pena de tener y valorar su conducta como adversa a la realización de la justicia. De ahí que afirme: “Una cláusula tan abierta y difícil de determinar crea una peligrosa subordinación del justiciable respecto de los funcionarios del Estado, al punto que obliga a facilitar sus labores” (p. 90).

Con la consagración de este fin de la medida cautelar se revive la obligación para el imputado de prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos consagrada en el artículo 368 del estatuto procesal penal de 2000 y que la Corte Constitucional había declarado inexecutable por violar derechos fundamentales (sentencia C-776 de 2001).

El peligro de fuga o de no comparecencia.

El fin constitucional descrito en el numeral 3 del artículo 308 encuentra desarrollo en el artículo 312 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 25 de la ley 1142 de 2007⁷, que busca asegurar la presencia del imputado en y durante el proceso, y la efectiva ejecución de la eventual sentencia.

Este requisito resulta propio de legislaciones como la española o la francesa, en las cuales la presencia del acusado es requisito indispensable para adelantar el juicio, sin posibilidad siquiera de renunciar a su comparecencia, ya que la fuga del imputado trunca la realización de la etapa del juicio, con la consecuencia de tener que suspender esas actuaciones, a riesgo de prescripción de la acción penal, hasta que el sujeto se encuentre disponible. Sin embargo, no resulta necesario asegurar ese fin constitucional cuando una legislación, como la colombiana, permite adelantar causas completas con persona ausente o reticente a presentarse al proceso o cuando el afectado por el ejercicio del *ius puniendi* puede renunciar a su derecho a estar presente en el mismo.

Así las cosas, no resulta lógico, por decir lo menos, que el Estado quiera o pretenda garantizar el derecho de defensa a quien seguramente preferiría que no se lo garanticen a costa de la restricción de sus derechos. Igual sucede con la ejecución de la sentencia, pues nada impide que se dicte sentencia sin la presencia del acusado.

⁷ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. No. 45.658. Art. 312. No comparecencia. Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007. 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 (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Recuérdese que la misma Corte Constitucional avala los procesos sin la presencia del imputado cuando dice:

En efecto, por regla general, no se puede adelantar proceso penal alguno contra una persona ausente; tan sólo en los casos excepcionales de (i) declaratoria de persona ausente, siempre y cuando el Estado, por medio de la Fiscalía General de la Nación, haya agotado todos los recursos efectivos disponibles a su alcance y no haya sido posible dar con el paradero del sindicado, el juez de control de garantías procederá a realizar tal declaración, procediéndose a nombrar un abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, lo cual no obsta para que durante la etapa de juicio oral el juez de conocimiento verifique si el órgano de investigación ha continuado empleando mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, so pena de decretar la nulidad de lo actuado; (ii) cuando la persona se declara en rebeldía o contumacia; y (iii) cuando el imputado renuncia a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de la imputación (sentencia C-591 de 2005).

Se considera que este es el fin primordial y esencial de las medidas de aseguramiento, pues en él se devela su naturaleza cautelar de asegurar la presencia del imputado en el proceso, para hacer efectiva la eventual sentencia condenatoria que en su contra se emitiera.

En cuanto a la forma de establecer el riesgo que la persona se fugue, no comparezca al proceso o impida que se haga efectiva la sentencia, se han señalado dos circunstancias: la primera, de carácter general, consistente en la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible. Circunstancia que lleva de suyo una presunción conforme a la cual a mayor pena, mayor riesgo de fuga, lo que hace concluir que para el legislador solo los imputados por delitos llamados de bagatela tienen voluntad de presentarse al proceso (Vélez, 2012; Londoño, 1983).

Si el proceso penal fuere respetuoso de la presunción de inocencia y garantizara al imputado la posibilidad de defenderse en libertad, no se presentaría este riesgo, pues el temor de una persona vinculada a un proceso penal está referido principalmente a la pena, por lo que es dable presumir que al no existir la amenaza de una medida cautelar, esa persona tendría interés en hacerse presente al proceso y ejercer dentro de él su derecho de defensa (Ferrajoli, 2009).

En Colombia, ante la expansión punitiva que se vive actualmente como respuesta a la presión mediática y al anhelo social de construir escenarios de *seguridad*, la posibilidad de ser *beneficiario* de una medida de aseguramiento es demasiado alta, por no decir fija, lo que hace que el imputado sienta temor de presentarse al proceso y participar de él con sus derechos fundamentales limitados.

La segunda circunstancia está referida al análisis de factores como la falta de arraigo del imputado en la comunidad, la gravedad del daño, la actitud del imputado frente a éste y su comportamiento durante el proceso u otro anterior, que permitan inferir razonablemente que no se sujetará al proceso ni al cumplimiento de la pena. La falta de arraigo, entendida como la relación entre la persona y un espacio físico territorial en el cual tiene asiento su familia, su negocio o su quehacer diario, se convierte aquí en la puerta para que el sistema eleve a la categoría de responsables de la inseguridad ciudadana a los denominados habitantes de calle y demás marginados y desarraigados, de quienes no se presume su buena fe procesal, sino al contrario, su mala fe y su no comparecencia; lo que encuentra respaldo en los medios de comunicación que exigen resultados en tal sentido. Un argumento así es contradictorio en su esencia, pues nada dice que una persona que sí posea arraigo en una comunidad, no tenga intenciones de fugarse para evitar la acción de la justicia.

Ahora bien, la actitud del imputado frente al daño causado con la acción criminal, parte de una presunción de responsabilidad por dicha lesión al bien jurídico y obliga a la persona a asumir un comportamiento o actitud de arrepentimiento por algo que aún no se sabe si le será atribuible penalmente o no. Más aún, debe decirse que con esta previsión se *constríne* al imputado a rendirse desde esta etapa procesal, vía la aceptación de cargos o la suscripción de un acuerdo y la indemnización de un daño frente al cual no hay convencimiento más allá de toda duda razonable de que él es autor o partícipe del mismo, so pena de una medida restrictiva de sus derechos, con lo que se exige del imputado un comportamiento propio de quien es culpable.

Podría decirse que con esto se logra una inversión de la garantía constitucional del imputado a guardar silencio, pues si la persona no colabora con la justicia y su efectividad, esa actitud se toma como muestra de que no comparecerá al proceso ni se someterá a una eventual sentencia, si a ello hubiere lugar, y por lo tanto se justifica una medida restrictiva de sus derechos.

Por último, el comportamiento del imputado en procesos anteriores constituye pauta para la imposición de una medida de aseguramiento, lo que puede tenerse como una consagración propia de un denostado derecho penal de autor, contrario a un derecho penal de acto que es uno de los límites materiales al ejercicio de la potestad punitiva en el seno de un derecho penal liberal, como quiera que se parte del supuesto de que quien en procesos anteriores no compareció, no lo volverá a hacer y, por ende, resulta necesario asegurarlo, lo que hace que la medida se adopte por lo que esa persona es o se supone que es (¡un prófugo!), y no porque existan elementos de convicción suficientes para prever que en el caso concreto no se presentará.

De esta manera, sin importar si el sujeto es inocente o no y a pesar de la obligación de ser tratado como tal, la contumacia o la ausencia en procesos anteriores son situaciones que el legislador toma como imperdonables e imborrables y constituyen motivo suficiente para asegurar preventivamente a la persona (Vélez, 2012).

El peligro para la comunidad y/o la víctima.

Frente a este fin de las medidas cautelares y sobre la base de una lectura detallada de los artículos 310⁸ y 311⁹ de la ley 906 de 2004 que lo desarro-

⁸ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. No. 45.658. Art. 310. Peligro para la comunidad. Artículo modificado por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011: Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar 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 (Congreso de la República de Colombia, 2004).

⁹ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. no. 45.658. 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

llan, resulta necesario destacar dos aspectos de relevancia. En primer lugar, que el objeto del análisis a realizar es la *persona del imputado*, pues lo que ha de resultar peligroso para la víctima o la comunidad es el comportamiento asumido por éste en condición de libertad, razón por la cual debe indagarse por las circunstancias personales, familiares, psicológicas, sociales y de toda índole acerca de esa persona en particular a efectos de establecer el grado de probabilidad de que ese sujeto actúe en contra de ellas. No es objeto de análisis la *libertad* del individuo, como se acostumbra a considerar en la práctica y que impone un análisis diferente puesto que en ese caso no se considera al sujeto imputado, sino la condición en que éste se encuentra, con lo cual se llega a la imposición automática de la medida cautelar sin consideración a los aspectos subjetivos que la restricción de la libertad impone considerar.

En segundo lugar, el fin de protección de la comunidad y/o la víctima solo se alcanza con una medida de aseguramiento en particular –la restricción de la libertad del imputado– puesto que es en esa situación de libertad en la que él puede atentar contra ellas; ninguna medida de aseguramiento no privativa de la libertad cumpliría el fin pretendido. Basta con volver al inicio del artículo 310 de la ley 906 de 2004 para corroborarlo: “Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad [...]”, lo cual impone que para que no se atente contra esa seguridad, el imputado no debe estar en libertad, por lo que la detención preventiva termina por convertirse en la *única* medida de aseguramiento a imponer en estos eventos.

Ahora bien, del análisis de este fin constitucional se concluye que es contrario en toda su esencia a la presunción de inocencia que debe guiar el proceso, puesto que en este caso el juez hace un juicio de *peligrosidad* del imputado, sobre el cual concreta un *pronóstico de reincidencia* o *reiteración* de hechos delictivos y porque, además, el juez soporta su decisión en una *presunción de culpabilidad* tanto sobre el hecho investigado, frente al cual el imputado debe ser tenido y tratado como inocente, como en relación con esos *posibles* nuevos atentados contra el orden jurídico–penal; presunción de culpabilidad que invierte la carga probatoria que rige el proceso penal, pues será ahora el

fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes (Congreso de la República de Colombia, 2004).

imputado quien deberá demostrar que no es un delincuente y no lo será en el futuro¹⁰, lo que se lleva de calle el principio *in dubio pro homine*.

El llamado *peligrosismo* ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual lo considera como un elemento subjetivo que exige prueba y valoración científica –lo que hace que sea elemento a considerarse en la sentencia–, razón por la cual no es dable para el juez presumirlo y tenerlo como posibilidad de cometer delitos en un futuro. Este alto organismo divide el *peligrosismo* en dos (2) aspectos: uno, el *peligrosismo social*, el cual está vedado en su invocación en un Estado democrático de Derecho, por ser propio de un derecho penal de autor, y dos, un *peligrosismo criminal*, ya mencionado, que es esa probabilidad de comisión de delitos futuros, propio de los inimputables.

La Corte IDH concluye que la invocación del *peligrosismo* constituye “una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido” lo que sustituye el derecho penal de acto por un derecho penal de autor, lo que da paso al autoritarismo (sentencia del 20 de junio de 2005, art. 94).

Ahora bien, este fin constitucional asigna a la medida de aseguramiento una función preventiva que va en contravía de la Constitución y la ley, y que se manifiesta en dos de sus naturalezas: prevención especial negativa, en tanto se aparta al imputado de la sociedad para evitar que *eventualmente* cometa nuevos delitos, y prevención general positiva, al considerarse que con ello se afirma la confianza de la comunidad en el sistema judicial, lo cual implica un traslado de finalidades del derecho penal sustancial y material a un aspecto meramente procesal, invirtiendo la condición de cómo debe ser tratado el imputado, al pasar de presunto inocente a culpable declarado.

Esta función de prevención es exclusiva de la pena, como lo recuerda Ferrajoli (2009), y le ha sido asignada por todas las tendencias utilitaristas del derecho penal, como puede desprenderse del alcance de las cuatro (4) finalidades preventivas que la justifican:

¹⁰ Al respecto dice Ferrajoli (2009): “La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa -y no de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio” (p. 549).

[...] la enmienda o corrección del reo [prevención especial positiva], su neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios [prevención especial negativa], la disuasión de todos los demás de la tentación de imitarle mediante el ejemplo del castigo o su amenaza legal [prevención general negativa], la integración disciplinar de unos y otros y el consiguiente reforzamiento del orden mediante la reafirmación penal de los valores jurídicos lesionados [prevención general positiva] (p. 266).

Prevención que puede entenderse de diferentes formas según la tendencia utilitarista que se acoja, pero que convergen todas en lo tocante a evitar o impedir la comisión de delitos semejantes (Ferrajoli, 2009), lo que impone la convicción, más allá de toda duda razonable, acerca de la existencia de un delito y la responsabilidad penal de quien lo cometió o ayudó a su realización, por lo que no resulta ajustado prevenir la comisión de *nuevos* delitos, cuando no hay convencimiento de la comisión de uno anterior, como ocurre en los momentos procesales en que se dicta una medida de aseguramiento.

De igual forma, la Corte IDH ha sostenido que la detención preventiva no puede convertirse en una suerte de pena anticipada, ni puede soportarse en fines preventivos -generales o especiales- que solo son atribuibles a la pena (sentencia del 29 de mayo de 2014, art. 311).

Es por ello que este fin constitucional de la medida de aseguramiento es rechazado por un amplio sector de la doctrina, incluso entre quienes defienden la detención preventiva dentro del proceso, dada su naturaleza no cautelar, sino personal, lo que le da finalidades punitivas que atentan en grado sumo la presunción de inocencia. Ferrajoli (2009) al respecto sostiene:

La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo de la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida «procesal», o «cautelar», y, en consecuencia, «no penal», en lugar de una ilegítima *pena sin juicio* (p. 553).

Por su parte, el otro gran estudioso Zaffaroni (1986) considera que bajo este discurso de protección social y/o de la víctima, es evidente que la medida cautelar adquiera funciones de pena, dejando de lado su función cautelar, lo que es indudable al consagrarse en la legislación criterios como la peligrosidad del imputado, la reincidencia, la alarma social, etc. “Esto revela que su función es punitiva aun en los textos legales. Aquí el propio discurso jurídico lo dice por mucho que la doctrina quiera disimularlo” (p. 147), sentencia el autor.

El reciente fallecido profesor Hassemer (1998) afirma al respecto:

El jurista penal, en lo que se refiere a la culpabilidad del imputado, solo confía en la sentencia con autoridad de cosa juzgada. [...] De ello se sigue necesariamente que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. La persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre en firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad pueden ser ejecutadas sobre una persona con respecto a la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento [...] (p. 76).

Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del proceso y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento; y, es enfático al sentenciar que luchar contra la criminalidad prematuramente, o sea usando la detención preventiva como arma para tal fin, es no respetar la presunción de inocencia, quitarle valor al procedimiento y lesionar a la persona del imputado sin fundamento jurídico (p. 140).

En igual sentido, Barona (2000) considera que esta función es rechazable aun cuando los tribunales la admitan, por cuanto hace que la medida de aseguramiento se comporte como pena y, además, porque no es posible tener como delito en sí mismo a la mera posibilidad de reincidir. A su turno, Moreno Catena (citado por Sanguiné, 2003) también rechaza que la medida de aseguramiento pueda tener como fin legítimo la protección de la seguridad pública, calmar la alarma social o la sed de venganza colectiva, pues ello contradice los fines a los que la medida cautelar está llamada; menos aún ha de servir para evitar la reincidencia delictiva, como quiera que eso implica partir de la presunción de culpabilidad del imputado.

También Sanguiné (2003) repele la medida cautelar adoptada sobre la base de evitar la reincidencia o calmar la alarma social, atendiendo a que

estos constituyen fines esenciales de la pena, de la cual sí puede predicarse la prevención general y especial, convirtiéndose en una suerte de pena anticipada o medida de seguridad oculta o encubierta, en aras de mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia. Además, soportar una detención preventiva en sospechas inciertas de hechos delictivos futuros, sobre el supuesto de *peligrosidad* del imputado, significa que se parte de una presunción de culpabilidad.

Añádase que de la misma postura es Llobet Rodríguez (1997), quien critica este fin de la medida de aseguramiento y considera que es una solución simplista frente al problema de la delincuencia por tratar de resolverlo con mayor represión penal, rechazando la presunción de inocencia y considerándola un obstáculo en la protección debida a la sociedad. De igual forma, Perfecto Andrés Ibáñez (1997) expresa que la medida de aseguramiento, al tener naturaleza procesal, ocupa un puesto secundario dentro del proceso y está llamada tan solo a asegurar el normal desarrollo de este y, eventualmente, a asegurar la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Por su parte, Roxin (2000) señala su desacuerdo con la asignación de fines propios de la pena –prevención general y especial– a la medida de aseguramiento de detención preventiva. Al respecto dice que un razonamiento tal es “un cuerpo extraño” dentro de los presupuestos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, puesto que no se trata de asegurar el proceso, sino de una medida preventiva, “una suerte de detención por seguridad [...] una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera” (pp. 261-262).

Desde el ángulo de la doctrina colombiana, con toda razón, Londoño Berrio (2003) sostiene que:

Fundamentar la prisión preventiva en la prevención general positiva (prevención-integración), es una forma de legitimar el derecho penal simbólico, conforme al cual el sistema de justicia penal no está para proteger “derechos fundamentales” o “bienes jurídicos”, que es lo que supuestamente le da razón de ser a su existencia, sino que sus funciones reales son otras, generalmente silenciadas, encubiertas, mimetizadas por el discurso oficial y por el derecho positivo (p. 200).

No obstante estas calificadas críticas, en casi la totalidad de los regímenes penales, tienen este fin como propio de la medida de aseguramiento. Bajo el

régimen nacionalsocialista, por ejemplo, Alemania lo incorporó a su legislación procesal penal en 1935, en 1950 lo suprimió y en 1964 lo reincorporó a su cuerpo en la reforma procesal penal. En España, la Ley Orgánica 13 de 2003 consagró este fin de la medida cautelar; sin embargo, desde el año 1995, el Tribunal Constitucional Español ya lo había sugerido¹¹. Igualmente, Estados Unidos lo introdujo como fin autónomo de la medida cautelar de prisión preventiva a su régimen procesal penal en 1984, bajo el entendido que tal restricción preventiva de la libertad es *regulatoria*, y no punitiva, y se soporta en la eventual peligrosidad del acusado, ante lo cual la sociedad tiene derecho a protegerse (Murillo, 2012, p. 737).

Estos países justifican la consagración positiva de la medida de aseguramiento de detención preventiva en la existencia de este fin, a partir de varios instrumentos internacionales de derechos humanos: en primer lugar, se encuentra plasmado en el art. 58 del Estatuto de Roma que prevé que la Sala de Cuestiones Preliminares podrá dictar órdenes de detención o de comparecencia, a solicitud del Fiscal de la Corte, cuando las pruebas aportadas por éste le convenzan de la existencia de un motivo razonable para creer que se ha cometido un crimen de su competencia y tal detención sea necesaria para:

- i) Asegurar que la persona comparezca en juicio; ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias (ONU, 1998).

En segundo lugar, este fin se encuentra también consagrado en las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* o *Reglas de Tokio* (ONU, 1990), que en su acápite II determina: “6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”.

¹¹ Sentencia STC 128 del 26 de julio de 1995: la prisión provisional puede decretarse por “la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: [...] en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (Tribunal Constitucional Español, 1995)

En tercer lugar, aparece también en las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* (ONU, 1977), que disponen en su artículo 58: “El fin y la justificación de las penas y las medidas privativas de la libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen”.

En cuarto lugar, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (1994) también ha reconocido la protección de la comunidad y/o la víctima como fin legítimo de la detención preventiva, tal y como lo dijo en el fallo del caso *Albert Womah Mukong v/s Camerún* al sostener que tal medida “[...] debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito”, entendiendo esta reincidencia como la ocurrencia de un nuevo ataque o atentado contra la comunidad o la víctima (p. 12).

Claro está que otros instrumentos internacionales no prevén este fin personal de la medida de aseguramiento de detención preventiva, como es el caso del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ONU, 1966),¹² en cuyo artículo 9, numeral 3, se establece que:

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 [únicamente].

En el *Proyecto de Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal* o *Reglas de Mallorca* (ONU, 1992), mediante el cual se establecen recomendaciones de naturaleza político-criminal para una justicia penal con respeto a las garantías de los afectados por el *ius puniendi*, se determina en el artículo 16, literal E: “MEDIOS COERCITIVOS: Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas”. Y, en el artículo 20, se dispone:

La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como “última ratio”. Sólo podrá ser decretada en los casos que se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas.

¹² Entrada en vigor en 1976.

Esto significa que un proceso penal que pretenda ser respetuoso de los derechos y garantías fundamentales no debe consagrar como fin de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad la protección de la comunidad y/o la víctima, como quiera que ello supone criterios de peligrosidad y reincidencia que son propios del derecho penal material, por ser inherentes a la pena.

De igual manera, en el *Conjunto de Principios para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* (ONU, 1988), se dispone en su artículo 39 que la privación de la libertad se decretará en interés de la administración de justicia, lo que implica que la medida de aseguramiento debe ser cautelara para proteger el proceso en sí mismo.

A su vez, la jurisprudencia internacional, en especial la Corte IDH, ha sido enfática en señalar que la detención preventiva sólo es legítima cuando no se oponga o transgreda la presunción de inocencia y, cuando se utiliza con otros fines distintos a los meramente procesales, su imposición deviene arbitraria.

En efecto, la Corte IDH en su Informe No 86/09 (OEA, 2009. párr. 75), dentro del Caso de los Hermanos Peirano Basso vs. Uruguay, compiló la línea jurisprudencial que en esta materia rige, y señaló que:

Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelara se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada.

En materia de restricción preventiva de la libertad, la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969) sólo prevé el peligro de obstaculizar la justicia o eludir la misma, conforme dispone en su artículo 7, número 5:

Derecho a la Libertad Personal [...] 5. 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.

Además, refuerza el hecho de que se debe rechazar la justificación de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad con fines de prevención, soportada en criterios de peligrosidad del imputado, la reincidencia delictiva o la repercusión social del hecho criminal -alarma social-, pues ello es respuesta punitiva, propia y exclusiva del derecho penal material; asimismo, no son criterios que hagan referencia a cuestiones procesales, por lo que tenerlos de soporte para una restricción de libertad es violatorio de la presunción de inocencia.

En esta perspectiva jurisprudencial pueden destacarse varias sentencias en las que la Corte IDH ha reiterado esta línea de decisión, a saber: 1.) Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004; 2.) Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005; 3.) Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 1 de febrero de 2006, y más recientemente, 4) Caso Norín Catrimán y otros v/s Chile, sentencia del 29 de mayo de 2014.

Merece especial mención la sentencia del 21 de noviembre de 2007, caso Chaparro Álvarez y Lago Iñiguez vs. Ecuador, en la cual la Corte establece un *test* de legitimidad de la privación de la libertad y concluye que la misma radica en la limitación de la detención preventiva a fines cautelares procesales, exclusivamente.

Dice la Corte IDH en el fallo citado que la restricción de la libertad, aparte de tener motivo señalado de manera expresa en la ley, debe atemperarse a una serie de requisitos, entre los cuales, junto a la idoneidad, proporcionalidad y necesidad de la medida de aseguramiento, se destaca:

- i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. 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 (p. 21).

Posición que ha sido reiterada en el caso Norín Catrimán (sentencia del 29 de mayo de 2014), en la cual ha dicho la Corte que el fin de protección de la

comunidad “tiene un sentido abierto que puede permitir fines no acordes con la Convención” y que, en caso de argumentarse como base de la medida, deberá verificarse si se acompaña “de un factor o criterio que pudiera considerarse que busca un fin cautelar y justificara la medida en el caso concreto” (p. 116).

Con todo este rechazo doctrinal y jurisprudencial, es desilusionante registrar que en Colombia sea este el fin constitucional más utilizado en la práctica judicial, cuando no el único, pues los demás son de escasa aplicación a pesar de su absoluta contrariedad con la naturaleza cautelar procesal de las medidas de aseguramiento, pero sobre todo, con la presunción constitucional de inocencia.

Además, tal fin se ampara en un errado sentimiento de seguridad que se quiere brindar a la comunidad y/o a la víctima, cuando no es que se impone, como dice Londoño Berrío (2003):

[...] porque los órganos de la jurisdicción son proclives a la simpatía o los aplausos de los sátrapas, la compañía o la amistad de los cortesanos, a las prebendas de los poderosos, e incluso, por qué no decirlo, al terror que produce el síndrome del prevaricato (p. 121).

Criticable y rechazable resulta también la fórmula que el legislador establece para determinar el peligro que para la comunidad y/o la víctima significa o representa el imputado, esto es, la probabilidad de reincidencia criminal, pues esta se desprende de dos elementos que, como se dijo atrás, constituye presunciones de peligrosidad y culpabilidad: la gravedad del hecho y la modalidad del mismo, lo que contraría la posición jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 29 de mayo de 2014) que ha rechazado estos criterios, por insuficientes, como base para definir tal peligro.

Por supuesto, resulta necesario hacer referencia a la mala técnica legislativa y a la confusión que genera la redacción del artículo 310 del C. P. P., cuando dice que para determinar ese peligro será suficiente atenerse a la gravedad y la modalidad del hecho -que apenas se va a investigar y frente al cual el imputado se reputa inocente-, *además* del fin constitucional perseguido con la medida de aseguramiento. Ese *además* lleva a concluir que la protección de la comunidad y/o la víctima es tanto fin de la medida de aseguramiento: ¡cómo elemento o circunstancia que determina el peligro para la sociedad y/o la víctima!

Ya se sabe, desde la lectura del artículo 308 de la ley 906 de 2004, que la medida de aseguramiento debe perseguir un fin constitucional que, para el caso del art. 310 del C. P. P., es la protección de la comunidad lo que hace innecesario volver al respecto en su texto, so pena de llegar a la conclusión de que el fin buscado es una circunstancia adicional a la gravedad y modalidad del hecho punible, lo cual hace mayor o menor el riesgo que corre la comunidad en caso de que el imputado se encuentre en libertad.

Para entender esta redacción, es preciso conocer el antecedente legislativo de este artículo 310, modificado por el artículo 24 de la ley 1142 de 2007, conforme el cual, para determinar si la libertad del imputado resultaba o no peligrosa para la seguridad de la comunidad, era *suficiente* la gravedad y modalidad de la conducta punible presuntamente cometida por el imputado, y si el caso lo ameritaba, *podía* el juez constitucional tener en cuenta alguna(s) de las cuatro circunstancias consagradas como criterios auxiliares indicativas de esa peligrosidad: la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; el hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; y la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

El principal cambio que introdujo la ley 1142 de 2007 al artículo 310 fue el convertir en “optativo” lo que en la redacción original era obligatorio: el análisis y consideración de las circunstancias que, además de la gravedad y la modalidad del hecho, permitían al juez hacer una prospección del comportamiento del imputado en libertad; en vigencia del artículo 310 original, el juez al analizar ese peligro que representaba el imputado, debía considerar la gravedad y modalidad del hecho punible y *debía*, no podía, tener en cuenta alguno(s) de los criterios auxiliares ya mencionados.

Resulta importante tener en cuenta que la inspiración de este cambio legislativo no fue otra que la de fortalecer la detención preventiva y tenerla como herramienta de prevención y represión de aquellos delitos de especial impacto para la convivencia y la seguridad ciudadana; lucha en la cual las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad iban a ser elemento fundamental, y con ese propósito, la detención preventiva debía tener fines

preventivos general y especial para responder al clamor social de seguridad y protección de sus derechos.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-1198 del 4 de diciembre de 2008, adoptó la decisión de declarar la exequibilidad condicionada de ese artículo modificado, en el entendido que para determinar el peligro que el imputado en libertad representaba para la comunidad y/o la víctima, lo esencial era la gravedad y la modalidad del hecho, *además* de la consideración y valoración del cumplimiento de los fines constitucionales consagrados en el art. 308 y 310, que legitimaran su adopción.

Con el fin de acompañar la ley con esa posición jurisprudencial, se expidió la ley 1453 de 2011, mediante la cual se incorporó al derecho positivo lo decidido por la Corte Constitucional y se creó la confusión que se ha señalado, puesto que transformó el fin constitucional en elemento para determinar la peligrosidad del imputado, con lo que la medida de aseguramiento se convirtió en decisión de automática imposición (Murillo, 2012, p. 56).

Esta ley también dispuso un aumento de los criterios auxiliares para determinar la peligrosidad que pueda representar el imputado para la comunidad y/o la víctima, sin responder a ningún criterio técnico, científico o dogmático, sino en atención a circunstancias de naturaleza objetiva que dicen más de la modalidad del hecho que de la personalidad del imputado; v. gr., la utilización de armas blancas o de fuego o el empleo de medios motorizados que pueden ser circunstancias coyunturales, o en el último de los casos, puede tratarse simplemente del uso de un medio de escape, pero que no evidencian ningún rasgo de la personalidad del imputado, menos aún permiten suponer o inferir cuál será su comportamiento futuro.

A manera de ejemplo, ¿podría decirse que representa un mayor peligro para la comunidad y/o la víctima quien mata a una persona por venganza y sale de la escena en una moto, que aquel que da muerte a varias personas por un precio, al ser esta su actividad, pero huye a pie? O ¿es más peligroso quien decide dar muerte a otro con un arma de fuego, que quien decide prender fuego a una vivienda para causar la muerte a sus moradores?

Es evidente que este fin constitucional más que de carácter cautelar lo es punitivo, de anticipación de la pena frente a quien *a priori* ya se tiene por

culpable, dada su presunta *peligrosidad*, que hace que deba ser apartado del conglomerado social, pues se considera que volverá a reincidir en la actividad criminal; ello porque se lleva de calle la presunción de inocencia y *cosifica* a la persona al utilizarla para enviar mensajes de prevención, antes de la condena.

Volviendo sobre los elementos que determinan el peligro que representa el imputado en libertad, la principal crítica que recibe la gravedad del hecho punible, amén de ser un criterio peligrosista ajeno a las construcciones de la dogmática penal imperante en nuestra legislación, es que Colombia adolece, desde tiempo atrás, de una política criminal clara en cuya virtud se determine cuáles son las conductas graves, y sin ella, la gravedad depende del querer o parecer del fiscal que solicita la medida y del juez que la decreta.

Un fin tal no puede recibir el aval de un Estado social y democrático de Derecho por mucho que su consagración tenga rango constitucional, dado que, como dice Ferrajoli (2009), no se puede “sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable” (p. 556).

Es importante también lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 29 de mayo de 2014), en cuanto:

[...] la causal de “peligro para la seguridad de la sociedad” tiene una redacción que admite varias interpretaciones en cuanto a la consecución tanto de los 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 [...]. 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 (p. 112).

El principio de proporcionalidad

Identificado el fin constitucional que se pretende proteger con la medida de aseguramiento y para evitar excesos en la imposición de ésta, la ley 906 de 2004 establece el principio de gradualidad en la escogencia de la medida a imponer y exige que el juez realice una ponderación de los intereses en disputa: la eficacia del procedimiento, por un lado, y los derechos del imputado, por el otro, para lograr una mínima afectación de garantías fundamentales (sentencia C- 591 de 2005).

Esto por cuanto, como lo ha señalado la Corte IDH, no basta con atender a los requisitos formales que permiten la detención preventiva, ya que pueden darse eventos de privaciones de la libertad legales, pero arbitrarias por irrazonables o desproporcionadas (sentencia del 29 de mayo de 2014).

Esta tarea deberá ampararse en el *principio de proporcionalidad* o de *prohibición de exceso*, de raigambre constitucional y aplicable en todas las áreas del ordenamiento jurídico, el cual está ligado al valor de *justicia* y al *principio de Estado de derecho* (Velásquez, 2009; sentencia T-015 de 1994). Este principio, al decir de la dogmática de los derechos fundamentales, constituye el *límite de límites* y está integrado por un conjunto de criterios valorativos que permiten medir la licitud de la limitación de la libertad desde la óptica de la idoneidad, la necesidad y la utilidad de la medida, todo lo cual compone el marco del *test* de proporcionalidad.

No es este principio una fuente de prohibiciones abstractas o absolutas, sino un criterio valorativo –de carácter relativo– de la relación medio a fin o un principio de carácter *relacional*, que sirve para comparar los medios a la luz del fin perseguido (Velásquez, 2009, pp. 75-76). Esto es, que la carga o sacrificio que impone la restricción de la libertad (medio), no resulte exagerada o desmedida frente a las ventajas que la aplicación de la medida de aseguramiento (fin) pueda traer al proceso y a la justicia (sentencia del 21 de noviembre de 2007).

El principio de proporcionalidad persigue la mínima intervención estatal o intervención mínima que, en materia penal, abarca y cobija todas las categorías dogmáticas de la teoría del delito, y es referente no solo para la tarea de creación de la ley, sino también durante el proceso de aplicación de esta al caso concreto y durante la fase de ejecución de las sanciones penales.

Con base en este principio, entendido en sentido amplio, las medidas restrictivas de la libertad deben tener consagración expresa en la ley (presupuesto formal) y deben obedecer a la necesidad de alcanzar unos fines también expresos en la ley (presupuesto material) (Velásquez, 2009).

Este postulado se erige como un límite a la atribución judicial de restringir derechos fundamentales del imputado (Vives, 1999), máxime cuando se reconoce que la aplicación irrestricta de una norma puede conllevar la violación de derechos fundamentales. Por lo tanto, una decisión en tal sentido debe soportarse no solo en el derecho penal, sino también en el derecho constitucional y en la teoría de los derechos fundamentales (Prieto & Cobo, 2006, pp. 30-31); razón que, adviértase, llevó a la Corte Constitucional (sentencia C- 591 de 2005) a sostener que:

3.4.4.3. [...] en el nuevo esquema se establece que las medidas que afecten la libertad solicitadas por el Fiscal al juez de control de garantías, únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Pero, debe decirse desde ya que por muy garantista que pretenda parecer la incorporación de tal principio, no se concreta tal aspiración, pues no puede tenerse por proporcional una medida que restringe los derechos del imputado y que, en algunos casos, le impide ejercer la defensa material en libertad, le impone un estigma y, por ende, un trato de culpable; mientras el poder del Estado se mantiene robusto y reforzado al no tener al contrincante en las mismas condiciones, sino reducido en todo aspecto, tanto jurídico, como físico y psicológico. Además, resulta mucho menos razonable que se propenda por un proceso de “partes” con “igualdad de armas”, pero en el cual uno de los extremos, el más débil por demás, puede llegar, incluso, a estar encerrado y privado de su libertad.

No obstante, en el afán justificacionista de las medidas de aseguramiento, se tienen éstas por proporcionales y razonables, sin medir que para sostener ello se deben matizar o relativizar los principios generales del derecho penal y sentar el postulado conforme al cual los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, su afectación resulta legítima y justificada, máxime

si –como lo dice la Corte Constitucional colombiana– la restricción de derechos fundamentales tiene fundamento normativo en “[...] los principios fundamentales del derecho, la fuerza normativa de la Constitución Política y el carácter inalienable de los derechos de la persona humana” (sentencia C-916 de 2002).

Ahora bien, de manera general la doctrina presenta y analiza los sub-principios que componen el principio de proporcionalidad en un orden donde primero está la idoneidad, luego la necesidad y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto, sin embargo, puede considerarse y permitirse una variación del mismo, en el cual sea lo primero tener por *necesaria* la medida, antes que por *idónea y proporcional*; ello, porque, si la medida de aseguramiento debe ser excepcional, de aplicación restrictiva, tan solo debe imponerse cuando sea absolutamente necesaria, esto es, cuando no exista forma distinta de asegurar el fin constitucional.

Una medida de aseguramiento puede resultar *idónea* para alcanzar un fin, pero puede que no resulte necesaria su imposición, por existir otra forma de proteger el fin constitucional; v. gr., para proteger a la comunidad y/o la víctima puede ser idónea la detención preventiva en establecimiento carcelario, pero puede resultar que su aplicación no sea necesaria, pues podría también alcanzarse este fin con una detención domiciliaria. Esta variación, además, evita conclusiones erradas, como las que resultan de pensar que cuando una medida es idónea no hay otra forma de proteger el fin constitucional y se desecha el análisis de otras de las medidas de aseguramiento.

Siendo esto así, en el análisis de proporcionalidad de la medida de aseguramiento deberá determinarse, en primer lugar, su *necesidad*, es decir, que no exista ninguna otra forma o medida que permita conseguir el mismo fin, como puede ser evitar la obstrucción de la justicia o el proceso, evitar un peligro para la comunidad y/o la víctima, o impedir el riesgo de fuga. La necesidad implica que el medio seleccionado no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, con menor afectación a los derechos fundamentales (Sanguiné, 2003). Razón por la cual la medida cautelar, especialmente la detención preventiva, debe ser la *ultima ratio* de la política criminal para alcanzar los fines propuestos (Velásquez, 2013).

El alcance de este requisito fue materia de análisis y decisión por parte de la Corte Constitucional, a la luz de los preceptos del anterior estatuto

procesal penal, pero con argumentos que son de aplicación bajo el imperio del actual, cuando al respecto sostuvo:

En efecto, repugna al Estado Social de Derecho, al respeto por la libertad y la presunción de inocencia, así como a otros derechos constitucionales, que una persona investigada sea detenida preventivamente cuando ello no es necesario. Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica [...]. Esta necesidad no es política ni estratégica sino jurídica, es decir, relativa al logro de los objetivos del proceso penal en general y a los fines de cada medida cautelar en especial. Es necesaria la medida cuando ésta es indispensable para alcanzar tales objetivos generales y fines específicos [...] (sentencia C-805 de 2002).

Con el ánimo de hacer más estricto el estudio y análisis de la necesidad de la medida de aseguramiento y hacer más restrictiva la afectación de los derechos fundamentales, la doctrina ha diseñado criterios de exigibilidad más específicos, a saber: 1. La exigibilidad material, entendida como la inexistencia de un medio menos gravoso para los derechos fundamentales. 2. La exigibilidad espacial, entendida como la delimitación del ámbito de intervención de la medida. 3. La exigibilidad temporal, entendida como la estricta delimitación de la medida de aseguramiento en el tiempo, y 4. La exigibilidad personal, entendida como la exigencia de determinar estrictamente a la persona o personas que deben sufrir el rigor de la medida, sin que los efectos de la misma sean extensivos a ninguna otra (Sanguiné, 2003).

Igualmente, la necesidad de la medida no es genérica, sino que debe responder a cada caso en particular, a partir de los hechos fácticos del caso, como quiera que se reputa necesario asegurar a una persona determinada e individualizada, en virtud de que ella puede poner en riesgo o atentar contra una de las finalidades constitucionales, es decir, es necesario asegurar a la persona y no el proceso.

Por ello, no resulta justificable lo que hoy hace carrera en la práctica judicial, cuando se pretende hacer radicar la necesidad de la imposición de una medida de aseguramiento en la obligación estatal de calmar la *alarma social* que genera o despierta la presunta comisión de un delito, lo que debe rechazarse como quiera que esa no es una finalidad constitucional de las

medidas de aseguramiento, pues hace que no exista relación entre la medida y el fin, y si no hay un fin constitucional afectado o en peligro, no resulta necesaria la adopción de una medida cautelar (Lauscuráin, 2009). Por demás, asignar este cometido a la medida de aseguramiento es propio de la corriente conocida como *sustancialismo*, que tiene origen en doctrinas como la Defensa Social, propia de un régimen autoritario.

En este análisis de la *necesidad* de la medida de aseguramiento es importante tener en cuenta, por una parte, que no está ligada a la gravedad del delito ni a la pena a imponer, por ser estos criterios retribucionistas propios de la pena, que desdibujan la condición o naturaleza cautelar de las medidas de aseguramiento; por otro lado, la *necesidad* es una condición que debe estar vigente durante todo el tiempo de aplicación de la misma, por lo que si ella desaparece es necesario ordenar la revocatoria de la medida de aseguramiento debido a la inexistencia de un fin específico que proteger, dando paso al principio *rebus sic stantibus* (Gimeno, 1997).

En segundo lugar, y sobre la base de un juicio positivo de necesidad de la medida de aseguramiento, el juez debe hacer un *test de proporcionalidad* con sus tres subprincipios: razonabilidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto; *test* que constituye una “[...] metodología de interpretación jurídico-constitucional del conjunto de normas que hacen parte del Derecho penal material; es decir, es un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal en conjunto” (Aponte, 2006, p. 136).

Para tal fin, y como primera acción, el juez debe fijar la razonabilidad y adecuación de la medida de aseguramiento, –criterios resumidos por la doctrina y la práctica judicial en el concepto de *idoneidad*–, la cual debe reunir los requisitos y condiciones necesarias para obtener el fin perseguido con la restricción del derecho fundamental; esto es, que exista una relación de efectividad entre la medida de aseguramiento y el fin constitucional que se pretende alcanzar, por lo que, en sentido negativo, una medida de aseguramiento no será idónea cuando su decreto entorpezca la consecución del fin o no permita alcanzarlo. En conclusión, es la comprobación de la efectividad de la relación medida–fin, que hace al acto del poder judicial el indicado para y conforme al fin constitucional (Sanguiné, 2003).

Con la expedición y promulgación de la ley 1760 de 2015 se ha pretendido materializar de mejor manera este principio de proporcionalidad. El

artículo 1º de esta norma adiciona dos (2) párrafos al artículo 307 de la ley 906 de 2004, y en el segundo de estos se determina que:

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicite 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.

Esta disposición hace más estricto el juicio de proporcionalidad de las medidas de aseguramiento puesto que, cuando se pretenda imponer la de mayor afectación a los derechos del imputado o acusado –la detención preventiva–, deberá hacerse ante Juez de Control de Garantías el juicio de proporcionalidad de todas y cada una de las demás medidas, lo que evita tener la medida de aseguramiento privativa de la libertad como una medida de imposición automática. Además, con ello se obliga a quien solicite la medida de aseguramiento a demostrar que ninguna otra es proporcional frente al fin constitucional pretendido. Debe decirse que este artículo solo entrará en vigencia el 6 de julio de 2016, en razón a lo determinado por el legislador sobre bases de política criminal.

Como notas características de este subprincipio se destacan: primero, su *constitucionalidad*, en atención a que los fines pretendidos con las medidas de aseguramiento deben ser creados y estar consagrados en la Carta Magna, por lo que deviene inconstitucional la medida que no responda a uno de ellos. En segundo lugar, su *flexibilidad*, en virtud de la cual no podrá decretarse la medida de aseguramiento cuando sea *totalmente* inidónea para alcanzar el fin perseguido, pero sí podrá ordenarse cuando sea *parcialmente* idónea y con su ayuda se acerque al éxito del fin perseguido o se facilite el mismo (Aponte, 2006). En tercer lugar, es un *control a la desviación del poder*, en cuanto el aparato judicial no puede ordenar medidas de aseguramiento que no respondan a un fin legítimo y constitucionalmente aceptado; no puede animarle una finalidad distinta a la establecida por el legislador. Y, en cuarto lugar, tiene *carácter empírico*, puesto que la idoneidad de la medida se funda en la relación medio-fin, lo que permite analizar los parámetros a partir de una concepción teleológica.

Las anteriores características son propias de una dimensión cualitativa de la idoneidad, que debe estar acompañada de la idoneidad cuantitativa, referida a la duración e intensidad de la medida de aseguramiento, que no han de ser superiores a las exigidas para alcanzar el fin propuesto.

Finalmente, se debe analizar la proporcionalidad en sentido estricto, entendida como la ponderación entre la carga de afectación de los derechos fundamentales que va a sufrir la persona sobre la cual se irrogará la medida y la necesidad de asegurar un fin con ella; es, entonces, un ejercicio comparativo y valorativo (medio-fin) entre un interés estatal (la necesidad de la medida) y un derecho fundamental (la libertad u otro derecho), para determinar si resulta proporcional afectar éste en beneficio de aquél; es, por ende, una actividad de razonabilidad de la medida a imponer.

Al respecto, la doctrina ha desarrollado unos criterios auxiliares que sirven de apoyo al juez constitucional para determinar esa proporcionalidad (Aponte, 2006): primero, la consecuencia jurídica de la conducta investigada; baremo conocido en la doctrina como la “expectativa de las consecuencias jurídicas derivadas del delito”, el cual, sin que se trate de una afectación *a priori* de la presunción de inocencia, se refiere a la posibilidad que la conducta investigada llegue a concretarse efectivamente en una acusación y una condena. Es claro que si han de ser rechazadas las penas inútiles, deben igualmente desecharse los procesos improductivos, de ahí que el juez deba guiarse por el criterio lógico de la función del derecho penal, y si la intervención sobre un derecho fundamental resulta inútil dado que la activación del proceso penal no tiene posibilidad real de concreción en decisiones de fondo, debe desecharse.

El segundo tiene que ver con la importancia de la causa que se ventila, lo cual se identifica con la gravedad de la conducta y está ligado al interés estatal por la intervención en la esfera privada de las personas. Al respecto, es importante tener en cuenta que la gravedad de la conducta no está ligada al *quantum* punitivo establecido en la norma respectiva, ni es una medida automática para imponer medidas de aseguramiento, es tan solo una pauta auxiliar, un recurso para determinar el interés estatal en la persecución de la conducta que debe enlazarse con aspectos como la conducta del imputado durante la actuación, la modalidad de comisión del hecho o la naturaleza del bien jurídico protegido.

Tercero, es necesario contar con las exigencias de política criminal, frente a lo cual el juez constitucional debe tener conciencia, así sea teórica, del modelo de derecho penal mínimo en que está inscrita nuestra legislación penal y procesal penal, y no debe perder de vista que en países como

Colombia la política criminal responde a circunstancias coyunturales más que a visiones estructurales de lucha contra el crimen; de tal suerte, es preciso tener sumo cuidado en la lectura de la política diseñada por el Estado en esta específica materia.

Trascendente resulta este último punto, como quiera que la solicitud e imposición de medidas de aseguramiento no debe estar sometidas a las reacciones coyunturales frente a determinado tipo de criminalidad o a la necesidad de responder a un clamor social que confunde detención preventiva con seguridad, o los deseos del gobierno de turno por mostrar que está actuando frente al fenómeno criminal. Es necesaria la formulación de una adecuada y técnica política criminal, máxime cuando desde el mismo Gobierno Nacional se reconoce que el país adolece de una consistente y de largo plazo, como lo dice el Informe Final de la Comisión Asesora de Política Criminal (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012).

La Corte Constitucional ha ligado la proporcionalidad al juicio de antijuridicidad material que debe hacerse frente a la conducta investigada y al respecto ha manifestado que: “Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’” (sentencia C-070 de 1996). Todo lo cual permite al juez identificar las conductas más lesivas para la normal convivencia social y centrar sobre ellas los esfuerzos de la justicia.

No obstante, debe volverse sobre lo dicho en relación con que no resulta siquiera posible pretender que un derecho fundamental pueda compararse con una obligación o un interés estatal y, por ende, no pueden ser aspectos o situaciones que admitan ponerse en una balanza, en la medida en que no son siquiera semejantes.

La teoría constitucional enseña, desde tiempo atrás, que las tensiones entre derechos de igual categoría se resuelven bajo el criterio de la ponderación (Alexy, 1993); mientras, la tensión entre derechos de diferente categoría se ha de resolver vía subsunción del mayor al de menor rango. En este caso, sin embargo, no se da ninguna de tales situaciones, pues lo que está en tensión es un derecho fundamental de rango constitucional de una persona frente a una obligación, carga, interés o función del Estado y no tiene cabida en un Estado social y democrático de Derecho considerar que éste tiene

un derecho a ordenar restricciones de las garantías fundamentales de los asociados como presupuesto para alcanzar sus fines funcionales.

De ahí que no pueda compartirse lo expresado por Sanguiné (2003) cuando dice:

En este sentido el principio de proporcionalidad constituiría la expresión de la justicia en el caso concreto para determinar el equilibrio entre intereses contrapuestos o dicho de otra manera, la *'justa medida'* para alcanzarse un fin: pesar las desventajas de los medios en relación con las ventajas del fin. Medios y fines son colocados en ecuación mediante *un juicio de ponderación*, con el objetivo de evaluar si el medio utilizado es o no desproporcionado. Ello implica en la ponderación de los intereses en conflicto, que no son otros que los intereses del individuo frente a los intereses del Estado, y comprobar si el sacrificio de los intereses individuales que comporta toda injerencia, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se intenta salvaguardar (p. 653).

Bajo estos supuestos, tendría que llegarse a la conclusión que la medida de aseguramiento es una decisión automática y de obligatoria aplicación, pues si el interés estatal es, por ejemplo, garantizar la seguridad de la comunidad, y éste se considera proporcional a la restricción de la libertad, además de no atender a las condiciones de la persona a la cual se impone la medida, el análisis no será nunca diferente de un caso a otro y, por ende, en todos debería imponerse una medida de aseguramiento.

Finalmente, este principio tiene tres características, a saber: a) es valorativo, en el entendido que la relación medio-fin se analiza desde la perspectiva de los valores en conflicto; b) es ponderativo, como quiera que debe resolverse una tensión entre principios que no ameritan la superioridad de uno sobre el otro; y c) es de contenido material, entendido como que el criterio fundamental en la aplicación de este principio es la ponderación del peso de los intereses enfrentados.

La detención preventiva en particular

En punto a la medida de aseguramiento de detención preventiva, además de lo expuesto en precedencia, la ley 906 de 2004 establece en su artículo 313 una serie de requisitos de naturaleza objetiva que constituyen las exigencias habilitantes para poder restringir la libertad personal antes de la sentencia en firme, las cuales imponen, para su análisis y verificación, que se haya

cumplido previamente con las condiciones del artículo 308 del C. P. P., y que además, se haya definido y constatado el cumplimiento de uno de los fines constitucionales que se pretende salvaguardar.

Es así, en ese orden, como debe procederse para la imposición de esta medida de aseguramiento: en primer lugar, que se den y soporten probatoriamente los requisitos de naturaleza subjetiva, y en segundo lugar –*solo* de darse todos aquellos– que se esté en presencia, al menos, de una de las exigencias de naturaleza objetiva del artículo 313 del C. P. P., como se desprende de una correcta lectura, interpretación y aplicación de las normas sobre restricción de la libertad.

No es correcto ni ajustado a la norma, como en la práctica se viene imponiendo, fijar primero si se está en presencia de alguna de las circunstancias objetivas del artículo 313 del C. P. P. y, en caso afirmativo, entrar a evidenciar los requisitos de naturaleza subjetiva, pues ello conlleva que se considere a la detención preventiva como la *única* medida de aseguramiento viable y admisible en estos eventos (Vélez, 2012).

Esa conclusión no es admisible pues hace de la detención preventiva una medida de *prima ratio*, de aplicación automática y de corte *eficientista*, con lo cual se contradice lo expresado al respecto por la Corte Constitucional, a saber:

[...] la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra 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 1° y 2°) (sentencia C-774 de 2001).

En el artículo 313 del C. P. P., no se dice que en los eventos allí determinados por el legislador la detención preventiva *se impondrá* –lo cual sí resultaría imperativo e implicaría que es la única medida de aseguramiento susceptible de decretarse–, sino que establece que tal medida *procederá*, por lo cual debe entenderse que cuando se cumplen los requisitos de los artículos 308 y 313 de la ley 906 de 2004, es procedente imponer *cualquier* medida

de aseguramiento, *incluso* la detención preventiva. Ahora, cuando solo se presentan cumplidos los requisitos del artículo 308 del C. P. P., se puede imponer *cualquier* medida de aseguramiento, *menos* la detención preventiva, por no ser procedente.

Quiso el legislador que las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad se reservaran para los casos de mayor gravedad y connotación social, sin que esto signifique que en ellos sea la *única* medida a imponer, puesto que nada obsta para que, tratándose de un delito de competencia de jueces penales especializados, se imponga una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, si su aplicación resulta necesaria, idónea y proporcional. Ir en contravía de esta lectura es hacer nugatorio el *test* de necesidad y proporcionalidad, desarrollado en el acápite anterior, al tener dicha medida de aseguramiento como de aplicación exclusiva y automática, y de paso, destruir la legalidad y la legitimidad de la medida.

Así las cosas, se llegaría a la conclusión, errada e ilegal, de considerar que *siempre y en todos los casos* en que se presente alguna de las circunstancias detalladas en el artículo 313 del C.P.P., la medida de aseguramiento de detención preventiva resulta necesaria, idónea y proporcional, para que *siempre y en todos los casos* el imputado atentará contra alguno de los fines constitucionales perseguidos con las medidas cautelares, sin siquiera atender a las condiciones personales de aquél, con lo que, sin asomo de duda, la presunción de inocencia habrá desaparecido del proceso penal.

Al revisar y analizar las cuatro circunstancias de naturaleza objetiva consignadas en el artículo 313 del C. P. P., para habilitar y hacer procedente la detención preventiva, queda claro y evidente el espíritu “peligrosista” que anima el régimen de restricción de la libertad en la ley 906 de 2004, pues se trata de hechos o circunstancias que nada dicen de la personalidad del imputado, sino que responden a lo que el legislador, caprichosamente, considera grave o muy grave; pero no porque así lo disponga una adecuada política criminal, sino, seguramente, presionado por los medios de comunicación y convencido de responder con ello al clamor social de “justicia” y “seguridad”.

Por una parte, cabe aquí el siguiente interrogante: ¿por qué ha de considerarse, *a priori*, peligroso para la comunidad y/o la víctima y se afirma que volverá a atacar contra ella (s), quien comete un delito de competencia de la justicia penal especializada, sin considerar que por muy grave que sea ese

delito, esa persona puede resultar absuelta de toda responsabilidad penal por un juez? Ello, además, sin tener en cuenta que hay delitos de competencia de los jueces del circuito que revisten mayor gravedad que algunos de los asignados a la justicia especializada; v. gr., el homicidio frente a un delito de hurto de hidrocarburos. Sólo cabría responder que para el legislador, el hecho de ser señalado de haber cometido un delito “grave”, ya hace al imputado responsable del mismo y se debe anticipar la pena.

Por otra parte, en un país como Colombia donde la sanción penal no responde a una adecuada técnica de política criminal, sino que su tratamiento se ha convertido, incluso, en instrumento de la actividad proselitista, imponer como presupuesto habilitante de la detención preventiva el que el delito presuntamente cometido tenga una pena mínima de cuatro años, es dejar constancia expresa del propósito de cobijar con medida de aseguramiento restrictiva de la libertad a todas las personas que resulten imputadas dentro de un proceso penal; ello, por cuanto de manera deliberada y permanente se han incrementado los límites de las sanciones penales, al punto de que son muy pocos y de escasa ocurrencia los delitos cuyo mínimo punitivo se encuentre por debajo de este *quantum*.

Las leyes 890 de 2004, 1142 de 2007, 1236 de 2008 y 1453 de 2011, entre otras disposiciones legales, son la clara y expresa manifestación de esa necesidad de tener a la detención preventiva como instrumento de lucha contra el crimen y de respuesta a la “alarma social” que despierta la comisión de un delito, asignándole funciones de prevención general y especial que solo corresponden a la pena, como ya se ha apuntado.

De igual manera, para que proceda la detención preventiva, se establece como indicador de peligro el tener antecedentes que ni siquiera son de naturaleza penal, pues no se trata del registro de sentencias condenatorias en firme, basta con haber sido capturado dentro del lapso de los tres años anteriores a la nueva imputación –lapso que inicialmente era de un año, pero que en virtud de la política “*eficientista*” se aumentó– sin que se haya producido absolución o preclusión, para estigmatizar a ese imputado y llevarlo al aislamiento social, sin juicio de responsabilidad.

Aquí, como en los casos anteriores, son más los interrogantes que los fundamentos para esta determinación legal: ¿y si la requerida absolución o preclusión no se ha declarado por causas atribuibles al fiscal o el juez? ¿Debe

ese imputado soportar la carga de la ineficiencia o desidia del sistema que lo mantiene *sub iudice* por un hecho que no ha cometido, pero frente al cual no se ha producido tal decisión?

No obstante, la Corte Constitucional (sentencia C-425 de 2008) expresa que esta causal no contraría la Constitución Política como quiera que las capturas anteriores en el mismo año determinan la necesidad de privar de forma preventiva de la libertad a ese imputado, dado su desprecio por la administración de justicia.

Por supuesto, a la luz de los derechos fundamentales, en especial la libertad personal y la presunción de inocencia, no resulta afortunado este catálogo legal de eventos que hacen a un imputado peligroso *per se*, sin parar en su condición personal, social, familiar y de toda índole, lo que sí puede arrojar luces sobre el comportamiento futuro de dicha persona. Todo ello son circunstancias que el legislador señala como indicadores de peligrosidad, dirigidas a *cosificar* al ser humano y enviar, a costa de su libertad, mensajes preventivos y de efectividad en la lucha contra el crimen, relativizando, cuando no desconociendo, las bases fundamentales de un Estado social y democrático de Derecho que se precia de estar fundado en la dignidad humana y de un proceso penal que se dice garantista y soportado en el debido proceso.

Que la libertad no sea un derecho absoluto no admite discusión, pues en virtud de sentencia penal en firme producto de un debido proceso, puede ser restringida; pero es un despropósito que la presunción de inocencia se relativice y se tenga como un instituto que puede graduarse a lo largo del proceso. El sujeto sometido al *ius puniendi* no es más o menos culpable en la medida en que va avanzando su caso, él se presume y debe ser tratado como inocente durante *todo* el proceso penal, pues la misma Constitución Política reza que esa presunción solo se resquebraja como resultado de un debate probatorio de donde salga a flote la responsabilidad del sujeto y, un debate probatorio, en un proceso de tendencia acusatoria, solo se da en sede de juicio oral, por lo que antes de tal instancia no puede hablarse de pruebas o de acervo probatorio; antes de dicho juicio hay elementos materiales de prueba que no son suficientes para poner en duda una presunción de rango Constitucional.

Se entiende, entonces, que el proceso penal es una serie concatenada de etapas dirigidas a sentar las bases de un juicio donde se debate la autoría o

participación del sujeto imputado y acusado, y su compromiso penal en tal evento reprochable, el cual concluye con una sentencia –absolutoria o condenatoria– según sea el convencimiento al que haya arribado el juez penal, respaldado por la adecuada y técnica presentación y formación de la prueba.

Por ello, no resulta lógico ni ajustado a los principios sobre los cuales se asienta el proceso penal, el que sin pruebas (solo con elementos materiales de prueba) se pueda restringir la libertad de una persona para que luego, en sede de juicio oral, donde sí hay pruebas, se llegue a la conclusión que esa misma persona no era responsable y, por ende, no era peligrosa. Como sostiene Lascurain Sánchez (2009), en estos eventos se detiene “por si acaso”.

Igual al régimen de detención preventiva, el régimen de libertad provisional contemplado en la ley 906 de 2004 resulta déspota¹³ y, además, sus constantes modificaciones han sido todas propensas a hacer cada vez más difícil la aplicación de ese instituto. Valga una crítica: desde el título del acápite –libertad provisional– se parte de una situación de error, puesto que no se puede condicionar *la libertad* de una persona, so pena de hacer de tal situación la excepción; lo provisional debe ser la restricción de la libertad, si es que de verdad el régimen procesal penal se atiene al principio que la libertad es la regla general y su limitación, la excepción.

Como primera medida, en el nuevo estatuto procesal penal se redujeron las causales que para el efecto contemplaba el artículo 365 de la ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal anterior–, con lo cual se desconoce el principio de igualdad, máxime cuando aquel régimen aún subsiste para ser aplicado a ciertos sujetos de la ley penal que tienen la calidad de aforados.

También se eliminaron las causales que permitían al juez y/o fiscal hacer una proyección o diagnóstico sobre la pena a imponer y la eventual concesión del subrogado de libertad condicional, lo que impedía tener privado de la libertad de manera innecesaria a quien, como resultado final del proceso, no iba a ser objeto de prisión: el numeral 1 de la norma citada en precedencia, establecía que la libertad provisional procedía cuando se dieran los requisitos para decretar la suspensión condicional de la condena, y el numeral 6 rezaba que era procedente la libertad provisional cuando se

¹³ Así califica Vélez Osorio (2004) a este régimen de libertad y su restricción en la ley 906 de 2004.

hubiera actuado con exceso en cualquiera de las causales eximentes de responsabilidad –lo que configura un evento de error de prohibición indirecto, dado que el yerro del autor de la conducta se refiere a los límites de la causal de justificación– (Velásquez, 2013), que de ser vencible, produce obligatoriamente la atenuación de la pena y, con mucha probabilidad, conllevaría a la imposición de una sanción cuyo *quantum* permitiría conceder el subrogado de la libertad condicional (Vélez, 2012).

Se eliminó también la posibilidad de libertad provisional cuando el imputado o acusado, antes de dictarse sentencia de primera instancia por un delito contra el patrimonio económico, restituía el objeto material del delito e indemnizaba los perjuicios a la víctima, o tratándose de un delito de peculado, hacía cesar el mal uso, reparaba el daño o reintegraba lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y además, indemnizaba a la víctima. Eventos que permitían conceder la libertad condicional bajo dos aspectos: en primer lugar, se habrían garantizado los derechos de la víctima a la justicia y la reparación, y en segundo lugar, la rebaja de la pena por ese comportamiento conllevaría a un *quantum* punitivo de la sentencia susceptible de permitir la ejecución condicional de ésta.

La ley 906 de 2004, en cambio, no deja espacio a ese tipo de consideraciones y hace obligatoria la reclusión del imputado o acusado hasta que el juez de conocimiento, en sede de audiencia de individualización de pena, decreta la suspensión condicional de la condena, con lo cual la detención preventiva no solo resulta innecesaria, sino arbitraria y despótica. Además, pareciera que la restricción de la libertad fuera un derecho de la víctima, pues si a ésta ya se le garantizaron los derechos que le asisten dentro del proceso por delitos contra su patrimonio económico, nada justifica mantener privado de la libertad al imputado. Al respecto, cabe decir con Vélez Osorio (2012) que:

El mensaje del legislador es bastante contundente: los autores de dichos delitos [contra el patrimonio económico o de peculado] representan un verdadero peligro para la sociedad, y como tal deberán permanecer detenidos. De nuevo la detención preventiva se ofrece como una herramienta para mantener el orden público y abandona la naturaleza procesal con la cual la Corte Constitucional ha justificado, por años, su existencia (p. 107).

No podría pasarse por alto el ataque frontal a la libertad personal que ha significado la posición asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando, en decisión mayoritaria, afirma que en los

eventos de procederse por un delito contra la vida e integridad personal, de naturaleza dolosa, o contra la libertad personal y/o la libertad y la formación sexuales, y la víctima sea un menor de edad, no procede la concesión de ningún subrogado penal por prohibición expresa del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, llegando hasta el extremo de prohibir el derecho a la libertad provisional por vencimiento de términos (sentencia del 30 de mayo de 2012).

Considera el fallo en cita que la libertad provisional por vencimiento de términos es un *subrogado o beneficio excarcelatorio*, cuando en realidad se trata de un derecho del imputado a recobrar su libertad por la desidia o negligencia del aparato jurisdiccional o de la Fiscalía General de la Nación, con lo cual pone la libertad personal por debajo de la eficiencia de la justicia, en un claro atentado al debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho fundamental a la libertad.

Vuelve la Sala de Casación Penal en esta oportunidad a repetir y hacer propios de esta decisión los argumentos esgrimidos en el auto del 17 de septiembre de 2008, radicación 30299, en el cual se expuso que:

En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.

Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el párrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción (p. 38).

A renglón seguido, recuerda lo ordenado ya en auto de octubre 10 de 2011, radicación 37616, a saber:

Sobre el particular, ciertamente la Sala en la decisión que sirvió de fundamento para negar el derecho a la liberación perseguido, señaló que cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las distintas exclusiones de beneficios excarcelatorios contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, bajo el entendido que el precepto 199 también comprende las concernientes a la libertad provisional, que en virtud de la prevalencia de los derechos de los menores (art. 44 de la Constitución Política), se ve restringida por así disponerlo el numeral 8 y párrafo de esta norma, en forma tal que a las personas imputadas, acusadas o condenadas por esa clase de reatos en que como se dijo sean sujetos víctimas infantiles y adolescentes, no les sea concedido ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal o administrativa, salvo los beneficios por colaboración eficaz únicos admitidos por la propia ley (p. 40).

Y considera la Sala que esos precedentes jurisprudenciales constituyen la postura más adecuada y ajustada a derecho, como quiera que:

La permisión de la libertad frente a las conductas punibles establecidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 pone en riesgo la integridad fiscal y mental de los menores, distanciándose del deber que asiste a los funcionarios judiciales de adoptar medidas en aras de su protección y seguridad [...].

La prohibición de tal gracia, de otro lado, permite enviar un mensaje contundente a la sociedad, a la familia y al Estado de que la vida, la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes son bienes, como ya se dijo, de superior y mayor jerarquía que deben ser tutelados con especial consideración y en el sentido de que las violencias de género no son “delitos de bajo impacto”, sino, por el contrario, delitos de altísimo impacto pues atentan contra la posibilidad de construir un proyecto democrático (p. 45).

Conclusión que permite asentar, a su vez, dos deducciones: la primera, que toda persona imputada o acusada por uno de los delitos contemplados en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, es *peligrosa* para la seguridad de la víctima y/o la comunidad, lo que conlleva ya no a inferir, sino a asegurar, que *volverá* a cometer un delito y, por ende, su internamiento intramuro es la única decisión posible. Y la segunda, que la detención preventiva es un mecanismo para responder a la *alarma social* que genera la comisión de delitos de alto impacto, lo que hace del sujeto activo de esas conductas un *medio, instrumento o cosa* para enviar mensajes a la comunidad sobre la efectividad de la justicia.

Resulta, entonces, que la presunción de inocencia y la libertad personal se encuentran supeditadas a la naturaleza del delito cometido y a la condición de minoría de edad o de género del sujeto pasivo y/o la víctima, quedando claro que cuando se trata de una mujer o un menor de edad, la presunción de inocencia, como condición del imputado y regla de tratamiento del mismo, no tiene aplicación, pues el sujeto activo del delito es tan peligroso y resulta evidente su reincidencia, que su reclusión en establecimiento carcelario, sin beneficio alguno, se antoja no solo necesaria, sino ineludible.

La libertad del imputado o acusado, en punto a la idoneidad cuantitativa de la detención preventiva, esto es, a su duración en el tiempo, ha sido también motivo de diversas modificaciones legales, buscando siempre evitar que, por vencimientos de términos, las personas privadas de su libertad puedan recuperar su derecho.

Ha considerado el legislador que las etapas de un proceso penal deben desarrollarse dentro de unos límites temporales previamente establecidos, en especial cuando la persona imputada o acusado está privada de su libertad preventivamente para garantizar la vigencia del principio de legalidad, en cuanto no solo el procedimiento, donde sus etapas y la duración de las mismas deben estar previamente establecidas, sino también el derecho al denominado *plazo razonable*, conforme al cual las personas no pueden estar sometidas al *iun puniendi* de manera indeterminada en el tiempo, pues el desarrollo e impulso del proceso es una carga que debe soportar el Estado y no el imputado o acusado.

El artículo 317 de la ley 906 de 2004, después de enfatizar que las medidas de aseguramiento tendrán vigencia durante todo el proceso, determina que la libertad del imputado o acusado se “cumplirá de inmediato” cuando se presenten las siguientes situaciones:

Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.

3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

Parágrafo 1º. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia. En todo caso, la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5 del artículo 317 de la Ley 599 de 2000.

Los términos previstos en los numerales 4 y 5 se contabilizarán en forma ininterrumpida.

Parágrafo 2º. En los procesos que conocen los jueces penales de los circuitos especializados, para que proceda la libertad provisional, los términos previstos en los numerales 4 y 5 de este artículo se duplicarán.

Parágrafo 1º. <SIC, 3o.> En los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los términos previstos en los numerales 4 y 5 se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación.

No obstante, esta norma y la finalidad de la misma dejaban una etapa procesal indefinida en el tiempo: la que transcurría entre la presentación del escrito de acusación y la celebración de la audiencia para verbalizar el mismo, momentos procesales entre los cuales no corría ningún término liberatorio, con la consecuente indefinición temporal de la detención preventiva, puesto que el numeral 4 fijaba el límite superior con la presentación del

escrito de acusación, y a su vez, el numeral 5 fijaba el límite inferior con la audiencia de acusación.

Varias fueron las modificaciones de ese numeral 5 del artículo 317 de la ley 906 de 2004, que en su texto original señalaba que había lugar a la libertad del procesado cuando habiendo transcurrido sesenta (60) días a partir de la formulación de la acusación, no se hubiere dado inicio a la audiencia de juicio oral; norma que a su vez fue modificada por la ley 1142 de 2007, artículo 30¹⁴, mediante la cual se amplió el plazo fijado para iniciar el juicio oral a noventa (90) días, los cuales se deberían contar desde el momento de la presentación del escrito de acusación. Con esta modificación legislativa se corregía el yerro y así quedaban todas las etapas procesales con términos perentorios.

No obstante, nuevamente se modificó la norma mediante la ley 1453 de 2011, artículo 61¹⁵, que estableció que el término para la libertad sería de

¹⁴ Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial no. 46.673. Congreso de la República de Colombia.(28, junio, 2007): Artículo 30. El artículo 317 de la Ley 906 de 2004, quedará así: Artículo 317. *Causales de libertad*. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado. 2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad. 3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento. 4. Cuando transcurridos sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión. Los términos previstos en este numeral se contabilizarán en forma ininterrumpida. 5. Cuando transcurridos noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral. **PARÁGRAFO.** <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible, y aparte tachado **INEXEQUIBLE**> En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable.

¹⁵ Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial

ciento veinte (120) días, los cuales se deben contar desde la formulación de la acusación, con lo cual se volvió a lo establecido en el artículo original.

Por último, la ley 1474 de 2011, artículo 38¹⁶, no modificó esta parte, pero duplicó los términos a doscientos cuarenta (240) días cuando se trate de delitos de competencia de la justicia especializada, sean tres (3) o más los procesados o los delitos imputados, o se trate de delitos contra la administración pública.

La Corte Constitucional por vía del estudio de inconstitucionalidad, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto al resolver el siguiente problema jurídico:

[...] la expresión “*formulación de la acusación*” [...] es violatoria del derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas y al plazo razonable, del derecho a la libertad, y la presunción de inocencia, por cuanto, según se afirma, dicha expresión permite que la medida de aseguramiento privativa de la libertad se prolongue de forma indefinida en el periodo comprendido entre la radicación

no. 48.110. Congreso de la República de Colombia (28, junio, 2011): Artículo 61. *Causales de libertad*. El artículo 317 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 317. *Causales de libertad*. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos: 1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado. 2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad. 3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento. 4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. 5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento

¹⁶ Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial no. 48.128. Congreso de la República de Colombia (12, julio, 2011): Artículo 38. *Aumento de términos respecto de las causales de libertad en investigaciones relacionadas con corrupción*. El artículo 317 de la Ley 906 de 2004 tendrá un párrafo segundo, el cual quedará así: Párrafo 1°. En los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los términos previstos en los numerales 4 y 5 se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación.

del escrito de acusación y la realización de la Audiencia de lectura del mismo (sentencia C-390 de 2014).

De esta forma la Corte Constitucional considera que efectivamente se violan todos los principios mencionados al redactar la norma de esa manera, debido a los siguientes argumentos:

1. La evolución normativa, [...] muestra que el legislador utiliza la expresión “formulación de acusación” para referirse al acto complejo de acusación.

2. De la lectura gramatical del numeral no surge un sentido normativo unívoco, dando lugar a dos (2) posibles interpretaciones: una, soportada en el concepto del DERECHO VIVIENTE, según el cual se debe entender “formulación de acusación” como terminación de la audiencia de acusación, pues con ello se cierra el acto complejo de la acusación, la cual no es de recibo por la Corte como quiera que deja duda sobre el término que debe existir entre la presentación del escrito de acusación y la audiencia de verbalización del mismo; considera la Corte que, si bien esta interpretación cumple con todos los requisitos exigidos para ser derecho viviente, ello no es de suyo constitucional.

La otra interpretación se basa en un análisis literal y sistemático del procedimiento penal, conforme la cual no es concebible un proceso penal sin fijación concreta de los plazos para la excarcelación, lo que motiva a entender que el plazo ha de correr desde la presentación del escrito de acusación, ya que así quedarían cubiertas todas las diferentes etapas del proceso y las mismas tendrían plazos de duración fijos y con consecuencias liberatorias.

3. El debido proceso recoge e integra la garantía del PLAZO RAZONABLE, conforme al cual no puede haber dilaciones injustificadas que hagan recaer efectos negativos sobre el procesado, pues ello es garantía de realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

4. La definición de CUANDO SE TIENE DERECHO A LA LIBERTAD por la inacción o mora de la administración de justicia forma parte de las reglas, momentos y oportunidades que gobiernan el curso del proceso, por lo que entender que el plazo corre desde la audiencia de acusación es dejar indefinido el término entre la presentación del escrito y dicha audiencia, lo cual violenta el debido proceso y redundaría negativamente en la libertad del procesado. En cambio, computarlo desde la presentación del escrito deviene en un plazo cierto y el sujeto no queda al arbitrio del juez del caso.

Bajo estos criterios resolvió la Corte Constitucional que el plazo entre la acusación y el inicio del juicio oral DEBE computarse desde la fecha de presentación del escrito de acusación y no podrá superar los 120 días o 240, según el caso.

Ahora bien, esa decisión, por consideraciones de política criminal, culminó con la declaratoria de “constitucionalidad condicionada”, según la cual se difirió la vigencia de la misma a un (1) año después de su ejecutoria, permitiendo de esta manera que el legislativo, en ejercicio de su poder de configuración legal, expidiese una ley que regulara este término.

Así, el legislativo dio cumplimiento a este mandato jurisprudencial y expidió la citada ley 1760 de 2015, en la cual se regula nuevamente el art. 317 del C.P.P., no. 5, a saber:

Artículo 4°. Modifícase el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: Artículo 317. *Causales de libertad*. [...] La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos: [...] 5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de **presentación del escrito de acusación**, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio (negrilla fuera de texto).

De esta manera se corrige un vacío legal y se establece un término perentorio para iniciar la audiencia de juicio oral, una vez presentada la acusación, y se deja claro y expreso que el término corre a partir de la presentación del escrito, que no desde la audiencia de formulación de la acusación.

Esta ley 1760 de 2015 incluso fue más allá y en su artículo 1^o¹⁷, mediante el cual agrega dos (2) párrafos al artículo 307 de la ley 906 de 2004, estableció

¹⁷ Ley 1760 de 2015. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Diario Oficial no. 49.565. Congreso de la República de Colombia (6, julio, 2015) Artículo 1. Adiciónense dos párrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor: Párrafo 1°. Salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía o del apoderado de la víctima, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento de que trata el

que una persona no puede estar más de un (1) año en situación de detención preventiva; tiempo que podrá prorrogarse hasta por un término igual cuando el proceso sea de competencia de la justicia penal especializada, sean tres (3) o más los acusados contra los cuales esté vigente la detención preventiva o el proceso verse sobre los actos de corrupción de que trata la ley 1474 de 2011. Debe aclararse que este artículo solo entrará en vigencia el 6 de julio de 2016, por expresa disposición legal, debido a motivos de política criminal.

Es este un buen esfuerzo por dar apariencia de garantismo a este instituto procesal que, como hemos venido sosteniendo, debe desaparecer del proceso penal colombiano, si es que de verdad queremos regirnos por principios ajustados a un Estado social democrático de Derecho.

Es que al analizar el régimen de libertad consagrado en la ley 906 de 2004, queda claro que el legislador desconoció el espíritu garantista que pretendía introducir el Acto Legislativo 03 de 2002 en el procedimiento penal colombiano; de tener la libertad como regla general, se pasó a convertirla en la excepción. Ya no se investiga para detener, sino que se detiene para investigar.

Ello contraría en grado sumo el programa penal de la Constitución, el cual considera que la detención preventiva es medida de *última ratio*, a la cual no le basta su carácter jurisdiccional; es decir, que solo la puede ordenar un juez, además que ese administrador de justicia debe valorar y sopesar plurales condicionamientos para su decreto e imposición. No obstante, esos requerimientos se han entendido por el legislador como obstáculos en la lucha contra el crimen, y en lugar de mejorar la capacidad del aparato judicial y del ente investigador del Estado, se opta por relativizar, cuando no acabar, los límites materiales y formales del *ius puniendi*, empezando por la presunción de inocencia.

Es, por ende, la persona del imputado o acusado quien carga con el *deber* de asegurar que el proceso se desarrolle de manera eficaz y la eventual sentencia en su contra pueda hacerse efectiva, y *debe* evitar constituirse en un peligro para la sociedad y/o la víctima, relevando en esa tarea al Estado y realizándola a costa de su libertad personal.

presente artículo. Parágrafo 2°. 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.

CONCLUSIÓN

En definitiva, no es fácil entender cómo una persona que se *presume inocente* puede ir a una prisión, no a cumplir una condena impuesta por un juez después de un debate público, concentrado y contradictorio, producto del cual haya quedado demostrada, más allá de toda duda razonable, la existencia de un injusto típico y su culpabilidad por el mismo, sino a esperar en situación de encierro el desarrollo de ese debate.

Con vistas a resolver ese interrogante solo es posible concluir que deben hacerse enormes esfuerzos, en algunos casos contrariando las bases de un Estado social y democrático de Derecho, para poder articular la restricción preventiva de la libertad con las garantías procesales de legalidad y jurisdiccionalidad, y con los principios de presunción de inocencia y de dignidad humana; desconociendo que este último es, al decir de la Corte Constitucional (sentencia C-038 de 1995), la piedra angular del derecho penal en un modelo de Estado como el ya citado. Es el “apoteagma de apotegmas”, como lo define el profesor Fernando Velásquez Velásquez (2013), y constituye un límite material al ejercicio del *ius puniendi* conforme al cual se prohíbe *cosificar* a la persona, usarla como medio para alcanzar fines o efectos jurídicos que, para el caso de la detención preventiva, no es otro que el de enviar a la comunidad un mensaje de efectividad de la justicia en la lucha contra el crimen y la impunidad, para satisfacer el anhelo social de seguridad (p. 43).

Cosificar a la persona humana desconoce la concepción kantiana del hombre como fin en sí mismo:

El hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no solo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin (Kant, 1993, p. 45).

Lo que hace que el interés general no puede estar por encima suyo (Fernández, 1998; Gómez, 2003). Igualmente, deben traicionarse los principios fundantes del modelo procesal penal de tendencia acusatoria o modelo garantista, orientado a la determinación de una “verdad procesal empíricamente controlable y controlada”, en el que las decisiones se fundamentan en motivaciones verificables y verificadas, lo cual es imposible encontrar en una decisión de detención preventiva, cuyo fundamento son solo pronósticos o sospechas, no verificables, de lo que en el futuro hará o podrá llegar a hacer el imputado, en atención a que se adopta en un momento procesal en el que “es menor el saber y mayor el poder, aunque solo sea porque, en virtud de la presunción de la inocencia, el saber se supone todavía infundado” (Ferrajoli, 2009, p. 547).

En un proceso penal de tendencia acusatoria, que se diga garantista, la presunción de inocencia no admite duda, no permite desvanecimientos, se mantiene incólume hasta que mediante sentencia en firme sea destronada, so pena de contrariar el principio de jurisdiccionalidad, tanto en su sentido lato (no hay culpa sin juicio), como en su sentido estricto (no hay juicio sin acusación sometida a prueba y refutación), lo que provoca la negación de las garantías de libertad, verdad, seguridad y defensa que se contienen en tal presunción (Ferrajoli, 2009).

Ante la imposibilidad de incorporar la detención preventiva al plexo normativo como figura propia del mismo, solo queda *justificar* su existencia y adaptarla lo mejor posible al mismo; por ello, para la mayoría de las doctrinas y legislaciones en el mundo el problema que hoy se debe enfrentar no está referido a la existencia o no de la detención preventiva, sino al *cómo* adaptarla lo mejor posible a la normatividad positiva (Landrove, 1997).

Sin embargo, esta posición *justificacionista* de la detención preventiva lo que busca es, en primer lugar, un alto nivel de *eficientismo* de la justicia penal, medido a partir del número de decisiones de restricción preventiva de la

libertad, lo que impone matizar los derechos fundamentales de las personas y debilitar las bases de su dignidad humana; y en segundo lugar, tener al derecho penal como fuente de solución de todos los problemas sociales, en especial, la demanda de seguridad ciudadana frente a la delincuencia: “La amenaza penal tiene por objeto prevenir, no se puede esperar a que el daño esté hecho” (Hormazábal, 1997, p. 170). Lo que significa un adelantamiento de la barrera de protección penal.

Y es que hoy en día se ha generalizado tanto el uso de la detención preventiva, principalmente para evitar la reincidencia del imputado, que ya se ha convertido en instituto de aplicación automática y en la regla general, cuando su vocación es ser la excepción. Además, se ha abandonado el estudio, análisis y aplicación de las otras *medidas alternativas* existentes en la normatividad procesal penal, que son menos invasivas y perjudiciales para la persona del imputado y cuya aplicación permite alcanzar los fines propuestos (Landrove, 1997).

En relación con el sistema procesal penal colombiano, los fines constitucionales asignados a la medida cautelar de detención preventiva no logran justificar su existencia y aplicación, sino que, por el contrario, hacen que la medida se presente desproporcionada frente al sacrificio de la libertad del imputado y, por ende, arbitraria.

De ahí que cabe preguntar: ¿para qué se impone una medida restrictiva de la libertad tendente a asegurar la presencia del imputado en el proceso, si en Colombia ello no es óbice para adelantarlo? Una persona puede resultar procesada y hasta condenada, sin que sepa siquiera de la existencia de un proceso penal en su contra –como ocurre en los eventos de declaratoria de ausencia, o negarse a asistir a la audiencia de imputación y provocar, cumplidos todos los requisitos, la declaratoria de contumacia– y el proceso seguirá su curso sin su presencia.

Además, la *justificación* del fin resulta contradictoria con el mismo, puesto que si se trata, con su presencia en el proceso, de garantizarle el derecho de defensa, no se entiende que se le encierre en prisión, impidiéndole un adecuado ejercicio de ese derecho fundamental; además, la presencia y participación dentro del proceso es un derecho, una facultad, que le asiste al imputado, razón por la cual no se entiende que se le *obligue*, mediante la restricción de la libertad, a comparecer al mismo; es más, no es lógico

imponer medida de aseguramiento, así no sea restrictiva de la libertad, para que una persona ejerza un derecho.

El peligro de fuga del imputado y su renuencia a presentarse al proceso de manera voluntaria, no está soportado en la expectativa de una pena, sino en su temor a la detención preventiva, que lo sitúa en posición de sujeción y le impide realizar su defensa, lo que conlleva a concluir que la detención preventiva es un obstáculo para la averiguación de la verdad que es el fin o la meta del proceso cognoscitivista acusatorio (Ferrajoli, 2009).

Más sorprendente resulta aún la parte final de ese numeral 3 del artículo 308 del C. P. P., cuando dice que la medida cautelar, la cual puede ser de detención preventiva, podrá adoptarse para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Lo que provoca, de inmediato, el siguiente interrogante: ¿ya se sabe desde ese preliminar momento de la audiencia de solicitud de imposición de medida cautelar, que la persona será condenada y por ello se está asegurando su efectivo cumplimiento?

Tal predisposición a la condena hace recordar lo dicho por Manzini (1951, p. 180), quien fuera un enemigo de la presunción de inocencia hasta el punto de considerarla “burdamente paradójica e irracional” y para quien la experiencia había demostrado que la mayor parte de los imputados habían resultado culpables. Además, se está dando razón a lo que sostiene Landrove (1997, p. 188), cuando señala que no resulta fácil la absolución de una persona que lleva un determinado tiempo en detención preventiva, pues una sentencia en tal sentido denotaría que alguien, dentro del sistema penal, actuó equivocadamente.

Ahora bien, si lo que se pretende es asegurar el efectivo cumplimiento de una condena, resulta necesario que el juez de control de garantías tenga elementos para inferir que habrá tal condena, algo imposible para él dado lo incipiente del debate que se surte en esa etapa procesal, a no ser que esté prejuzgando, lo que contraviene su función.

Para que una persona pueda ser condenada penalmente deben reunirse los elementos de la conducta punible en los términos del artículo 9 del Código Penal (Velásquez, 2013). En primer lugar, el juicio de conducta para establecer si el actuar del sujeto sometido al *ius puniendi* le interesa o no al derecho penal.

En la actualidad, el concepto de conducta se puede entender a partir de tres categorías: la causalidad (obrar causal), la finalidad (actuar presidido de la idea de un fin, un cometido) y la socialidad (el actuar se entiende circunscrito a un ámbito espacial, temporal, histórico, político y cultural), y ésta es penalmente relevante cuando se trata de un “[...] actuar humano (comisivo u omisivo), controlado o susceptible de serlo por la voluntad, dirigida hacia un determinado resultado y con repercusiones en el ámbito social” (Velásquez, 2009, p. 531). Por lo que aquel que no reúna estas condiciones, no será de actuar penalmente considerado. Es un juicio de suprema importancia, como quiera que la conducta constituya el carácter genérico de la teoría del delito y es el concepto fundamental de la estructura del hecho punible en un derecho penal de acto.

Además de lo anterior, el concepto de conducta cumple varias funciones en la construcción de la teoría del delito, como bien lo enseña el profesor Velásquez (2009), a saber: función de *clasificación* de las formas de aparición del comportamiento humano: comisión u omisión, dolo o culpa; función de *conexión o unión*: actúa como puente entre todas las categorías dogmáticas del hecho punible; función de *delimitación o inexistencia de la conducta*: a partir de su concepto, se excluyen todas aquellas formas de comportamiento humano irrelevantes para el derecho penal y, por último, función de *referencia*: permite precisar las circunstancias de tiempo y lugar de la comisión del hecho, así como cuando se está en presencia de una pluralidad de conductas penalmente relevantes.

En segundo lugar, la tipicidad entendida como la valoración que debe hacerse para determinar si la conducta desplegada por el agente encuadra de manera perfecta en el supuesto de hecho de la norma penal, es decir, si esa conducta penalmente relevante presenta todos y cada uno de los elementos esenciales y estructurales del tipo penal, tanto objetivos, como subjetivos. Esta categoría dogmática también tiene funciones asignadas, a saber: a) la garantizadora, como expresión que es el tipo del principio de legalidad; b) la función fundamentadora, como presupuesto que es de la ilicitud de la conducta, pues no será delito lo que expresamente no se encuentre plasmado en la ley; y c) la función sistematizadora, que permite el análisis de los tipos penales a partir de sus características peculiares (Velásquez, 2009).

En tercer lugar, la antijuridicidad, que no ha de ser solamente la disconformidad de la conducta en examen con el ordenamiento jurídico, sino que debe producirse con ella una lesión o amenaza injusta a un bien jurídico protegido penalmente, por lo que se trata de un juicio objetivo y subjetivo. Y, en cuarto lugar, la culpabilidad, categoría dogmática predominantemente subjetiva, cuyo propósito es comprobar la capacidad de motivación del agente conforme a la norma y su decisión libre de apartarse de tal mandato o prohibición, pudiendo haberse comportado de manera ajustada al mismo –poder actuar de otra manera– (Velásquez, 2009).

Ahora bien, si la sanción penal tan solo tiene cabida en los eventos de haberse demostrado, de manera positiva, todas y cada una de las categorías dogmáticas reseñadas, no tiene asidero el que un juez de control de garantías ordene el encerramiento carcelario de una persona con base en un juicio parcial e incompleto realizado sin un proceso de formación de pruebas, de los elementos de la teoría del delito. El juez de control de garantías ordena medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad, con solo constatar la existencia material de la conducta delictiva que se investigará y la inferencia de autoría o participación del imputado en la misma; no obstante, esa orden tiene los mismos alcances materiales de la pena –en el mismo sitio, bajo el mismo régimen, con las mismas limitaciones y restricciones–, hasta el punto que, de llegarse a una sanción penal, ese tiempo se le tendrá como parte de la pena cumplida.

Además, la práctica muestra que esos juicios de valor que un juez de control de garantías hace al momento de ordenar la medida cautelar de restricción de la libertad son errados e incompletos, pues no se hace el correspondiente a la antijuridicidad y, a las voces del artículo 30 del Código Penal (ley 599 de 2000)¹, solo es partícipe quien contribuye a la realización de una conducta *antijurídica de otro*, este es *el autor*, por lo que resulta obligatorio agotar el examen de esa categoría dogmática desde este preliminar momento procesal.

¹ Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. No. 44.097. art. 30: “Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad” (Congreso de la República de Colombia).

Debe tenerse en cuenta que la comisión de una conducta que se reputa típica objetivamente, puede resultar atípica por falta de las exigencias de la tipicidad subjetiva, dado el caso que el agente no haya actuado con dolo o imprudencia; a su vez, puede ser íntegramente típica y no resultar antijurídica, como cuando el autor actúa amparado por una causal de justificación. Finalmente, conformado el injusto, puede el autor del mismo no resultar culpable por presentarse un error de prohibición –invencible– o un estado de necesidad que descarte la culpabilidad; flaco servicio se presta a la administración de justicia y mal mensaje se envía a la comunidad cuando se tiene detenido preventivamente a quien luego de un proceso penal se le declara inocente, es decir, cuando se le mantuvo detenido “*por si acaso*” (Lascuráin, 2009, p. 898).

Tampoco resulta ajustado a un sistema garantista imponer medidas de aseguramiento, máxime si restringen la libertad personal, para evitar la obstrucción del debido ejercicio de la justicia, lo que se ha dado en interpretar como la necesidad de evitar el riesgo de que el imputado pueda influir sobre los testigos o ejercer acciones que den al traste con los elementos materiales de prueba que la Fiscalía vaya a aducir en su contra, destruyéndolos, ocultándolos o alterándolos².

No es concebible que el ente investigador pretenda garantizar el éxito de su labor o misión funcional a costa de la libertad del imputado, cuando un sistema procesal de tendencia acusatoria se funda y rige por el principio de igualdad, como lo señala el artículo 4 del C. P. P., en virtud del cual los intervinientes en el proceso penal serán tenidos y tratados como iguales durante su desarrollo, lo que impone que deban tener las mismas posibilidades y facultades para investigar y acopiar los elementos de prueba que su estrategia requiera, como claramente lo dispone el artículo 8 de la misma obra, en su literal i)³.

² En este sentido, para poner un ejemplo, resulta paradigmática la restricción de la libertad de que fue objeto el exministro de Agricultura Andrés Felipe Arias, por orden del Tribunal Superior de Bogotá, tribunal que actuó en condición de juez de garantías, dado el fuero que lo cobija.

³ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C. 2004. no. 45.658. Art. 8: En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución

El *ius puniendi* es un despliegue de fuerza que “[...] implica el ejercicio institucionalizado de la violencia (legítima) circunscrita al ámbito penal, de tal manera que el Estado de derecho le posibilite al individuo su protección [...] no solo *mediante* el Derecho penal, sino también *del* Derecho penal” (Velásquez 2009, p. 34); razón por la cual se le imponen límites materiales y formales a su ejercicio para evitar que esa intervención resulte desproporcionada y arbitraria, y además, para que se equilibre la balanza entre el órgano de persecución penal y quien sufre esa intervención y está en desventaja. Por ello, no encuentra justificación alguna que la detención preventiva mejore la situación de la parte más poderosa de esa relación y deba el imputado ceder en sus derechos para que el Estado cumpla con su labor.

Debe el Estado ser más imaginativo en el diseño de herramientas y mecanismos que permitan a la Fiscalía General de la Nación recaudar, acopiar y conservar los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida hasta el momento del juicio oral, sin recurrir al argumento facilista de privar de la libertad al imputado.

Este fin de la medida cautelar, así se califique de constitucional, engendra en sí mismo un tratamiento desigual y de hecho una inmensa desproporción entre las partes, como quiera que si es el imputado quien teme por la alteración o destrucción de su material probatorio, no cuenta con herramientas tan radicales y que afecten derechos del ente investigador para protegerlo y preservarlo.

Pero tal vez lo que hace más criticable y despreciable el instituto de la detención preventiva dentro de un sistema procesal penal que se dice inspirado en la filosofía garantista, y lo que en mayor grado demuestra su contrariedad con el programa penal de la Constitución, es el fin de naturaleza personal que lleva asignado: evitar el peligro que para la comunidad y/o la víctima representa la persona del imputado en libertad, que no es otra cosa que la prevención de nuevos delitos, lo que implica y supone una *presunción de peligrosidad o de culpabilidad*, que convierte la medida cautelar en una medida de policía y en una pena anticipada: ¡Nada puede presentarse más contrario a la presunción de inocencia!

penal, en lo que aplica a: [...] i) Disponer de tiempo razonable y medios adecuados para la preparación de la defensa (Congreso de la República de Colombia).

Esa *presunción de peligrosidad o de culpabilidad* que recae sobre un individuo se hace derivar no de condiciones subjetivas, sino de circunstancias objetivas como la *gravedad del hecho y su modalidad*, lo que constituye clara manifestación de un derecho penal “*peligrosista*”, superado por la dogmática penal colombiana pero que hoy parece revivir bajo el rótulo del *derecho penal del enemigo*. Ese *peligrosismo* es propio de la corriente positivista del derecho penal, la cual surgió al amparo del Estado intervencionista y para el que los derechos de la colectividad primaban por sobre los derechos del individuo (Velásquez, 2009). Razón por la cual se explica que la defensa social fuera la base de su pensamiento y que en virtud de ésta la sociedad estuviera legitimada para actuar y defenderse de todo aquel que le hiciera o simplemente pudiera llegar a hacerle daño, incluso, sin necesidad de que hubiere actuado, lo que permitía punir a esa persona tan solo por su modo de ser: *salus populi, suprema lex est* (Agudelo, 2002; Velásquez, 2009; García-Pablos, 2006).

Garófalo (s.f.), uno de sus cultores, expuso que la punición estaba determinada por el grado de temibilidad del delincuente y definía tal concepto como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente” (pp. 106-107). Concepto que hoy podría interpretarse como la directa y estrecha relación que existe entre la gravedad del hecho cometido y la modalidad criminal empleada con la posibilidad de reincidencia de un imputado. Conforme estas tesis, la comisión de un delito se tomaba como un síntoma de la personalidad del sujeto que habilitaba al Estado a actuar en su contra con penas que debían adaptarse a la aptitud o probabilidad del sujeto para dañar.

Actualmente, las concepciones positivistas se han visto revitalizadas bajo la denominación de *derecho penal del enemigo* caracterizado por “[...] un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales” (Cancio, 2003, p. 31), y para el cual aquellos sujetos que no presten una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal deben ser tratados como “fuentes de peligro” (Jakobs, 2003, p. 47), despojados de su condición de ciudadanos y neutralizados a cualquier precio (Demetrio, 2004), pues, de lo contrario, no se garantiza la seguridad de las demás personas.

Es claro que bajo los presupuestos dogmáticos del *derecho penal del enemigo* se abandona el principio básico del derecho penal de acto y se vuelca totalmente hacia un derecho penal de autor, con lo que se torna en un derecho penal autoritario que destruye los derechos humanos fundamentales y las garantías que sirven de límites al *ius puniendi* (Muñoz, 2004).

De estas fuentes parece emanar la justificación de la detención preventiva, si nos atenemos a que se trata de una restricción de la libertad basada en lo que el imputado es o representa, mas no en lo que presuntamente ha cometido, como quiera que en ese momento inicial del proceso no se puede saber si efectivamente se le podrá asignar responsabilidad por la conducta que se investigará.

En punto a una medida de aseguramiento de detención preventiva, el juez de control de garantías tan solo ha de basar su decisión en la existencia de un hecho punible y la suposición de que el imputado es su autor o partícipe, a lo cual ha de agregarle su convicción acerca de la *peligrosidad* que ese sujeto —quien no se sabe si es penalmente responsable— representa para el proceso, para la comunidad o la víctima. Peligrosidad que se mide con base en criterios de valoración subjetiva, como quiera que la falta de una política criminal íntegra y adecuada que defina de manera objetiva lo que debe tenerse por grave dentro del catálogo de conductas punibles, hace que sea el criterio personal del fiscal y del juez el que determine la *gravedad de la conducta* y lo reprochable que resulta de una u otra forma de cometer el delito que se investiga (modalidad de la conducta); en la práctica se puede constatar que lo que es grave para una persona no lo es para otra y, además, que este concepto está muy ligado al impacto mediático que un hecho punible haya podido merecer.

Por último, los defensores del proceso penal con detención preventiva aúnan a sus esfuerzos justificadores lo referente a la naturaleza cautelar de la medida de aseguramiento, para aclarar que no se trata de una pena ni de un anticipo de la misma, asunto que debe ser analizado desde sus dos ópticas: en primer lugar, la formal, esto es, la consagración positiva de la medida de aseguramiento que la define como un instrumento de naturaleza cautelar, cuyos fines o funciones son asegurar el correcto funcionamiento de la justicia o preservar la integridad de la víctima y la seguridad de la comunidad frente a eventuales nuevos ataques delictivos, que no es contraria a la presunción de inocencia, puesto que no se ha declarado culpable a quien la debe sufrir.

En segundo lugar, la óptica material, esto es, la realidad de los presos sin condena para quienes las definiciones legales del instituto no les modifican el hecho de estar encerrados en los mismos establecimientos penitenciarios donde purgan sus penas quienes han sido declarados penalmente responsables, en las mismas condiciones de hacinamiento y con igual régimen de aislamiento, visitas reguladas y demás reglas de comportamiento carcelario.

La etiqueta no modifica la realidad, ni hace menos gravosa la situación de encierro de quien la padece sin condena; todo lo contrario, la hace más intolerable pues no solamente se trata de quien en ese momento debe ser tenido y tratado como inocente, sino que se lo utiliza como “medio” para enviar mensajes de tranquilidad a la comunidad, la que puede sentirse segura, puesto que el “peligroso” está tras las rejas, con una evidente y aberrante violación de su dignidad humana. Comunidad aquella que además lo estigmatiza y señala, con las consecuencias que ello acarrea para su futuro.

Afortunadamente, frente a esta posición existe una fuerte corriente doctrinal que aboga por un proceso penal sin detención preventiva, a la cual nos adherimos, y que día a día va ganando más terreno y más aceptación en el mundo jurídico, pues privilegia el garantismo sobre el eficientismo, la libertad individual sobre la seguridad ciudadana, los derechos fundamentales individuales sobre los deberes e intereses estatales, sin que ello signifique un desconocimiento o abandono de éstos. Simplemente, lo que propone es que el derecho penal y el proceso penal cumplan con sus funciones y alcancen los fines que se le han asignado, pero no a costa de la persona del imputado y sus garantías fundamentales.

Frente al interrogante: ¿es posible un proceso penal *sin* detención preventiva?, claramente debe decirse que sí, pues ha quedado demostrado que esa no es una necesidad del sistema de enjuiciamiento y los argumentos que la sustentan, más que justificarla, lo que hacen es demostrar su arbitrariedad y desproporción, máxime cuando existen medidas alternativas que permiten alcanzar los mismos fines procesales.

Un proceso penal sin detención preventiva resalta la dignidad humana, materializa la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y regla del juicio, además de asegurar el cumplimiento de necesidades procesales tales como permitir al imputado presentarse libre ante un juez,

en condiciones de igualdad con su contraparte, a efectos de garantizarle una preparación eficaz y efectiva de su defensa (Ferrajoli, 2009).

Las medidas cautelares no pueden tener fines o funciones represivas, por lo que no deben ser utilizadas para solventar la alarma social que despierta la presunta comisión de un delito, pues ello resulta desproporcionado y despótico, en la medida que ese imputado puede resultar absuelto de toda responsabilidad y, por ende, la disposición quedaría reducida a un mero acto de poder; por eso, lo que debe despertar la indignación de una sociedad liberal y democrática no es que un imputado esté en libertad, sino que un presunto inocente sea detenido preventivamente.

Que el proceso penal puede existir sin detención preventiva es una realidad; nada demuestra que esta sea una institución propia e inescindible de aquel, sino que se le ha adaptado con la idea de cumplir con finalidades más político-criminales y mediáticas, que procesales. Los fines que la justifican se deslegitiman por sí mismos, pues resultan contradictorios en su esencia, pero además, son fines que pueden atenderse con medidas cautelares que no invadan la libertad personal del imputado.

Debe hacerse el tránsito a un proceso penal sin detención preventiva con garantías formales y materiales para el imputado, y evidentemente, para la sociedad y la víctima. Estas últimas deben entender que la restricción de la libertad de una persona que se presume inocente no es un derecho que les asiste, no es una garantía de justicia efectiva, sino que es un acto de poder abusivo y desmedido que puede dar *tranquilidad* por un tiempo, pero puede generar una gran zozobra cuando llegado el momento procesal respectivo esa persona resulta absuelto o, siendo condenado penalmente, es beneficiario de un subrogado penal.

El Estado y sus instituciones, mancomunadamente con la academia y la jurisprudencia, deberán ser más imaginativos a la hora de diseñar el esquema de protección de los fines constitucionales que hoy se pretende alcanzar con la detención preventiva; claro está que no se antoja fácil esta discusión, más a la luz de un momento socio-político en el que, en palabras del profesor Velásquez (2013), la *inflación punitiva*, el *populismo punitivo* y la *expansión del derecho penal* se han convertido en armas políticas de hondo calado, llevando al derecho penal a dejar de ser la *última ratio*, para convertirse en la primera —única— opción de solución a los problemas comunitarios. Expansión que esconde la pérdida de

garantías para el ciudadano, pues limita su facultad de hacer o no hacer de manera libre, teniendo siempre un Estado-Policía que vigila y controla todos sus espacios con la amenaza de la pérdida de la libertad.

Este *populismo punitivo* es contrario a los fundamentos de un Estado democrático, fundado en los derechos humanos, el cual, por el contrario, fija sus bases en un derecho penal mínimo, donde la libertad y la dignidad humana son la regla general y solo, excepcionalmente, podrán ser restringidas. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012).

Pero, peor aún, resulta constatar que este *populismo punitivo*, traducido en mayor severidad de las penas –aumento de los límites mínimo y máximo–, en mayores restricciones a la posibilidad de la libertad personal durante el proceso, en limitaciones a los subrogados y beneficios, no ha conllevado a un resultado eficaz en la lucha contra el crimen; tan solo han logrado una eficacia simbólica, pues tales medidas no tienen la “capacidad real para prevenir los crímenes y enfrentar problemas sociales” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012, p. 34).

De ahí que el diseño y puesta en práctica de una verdadera política criminal sea un reclamo de imposible aplazamiento, y para este fin ha de partirse de una concreta definición de este instituto.

La Corte Constitucional ha definido la política criminal, en un sentido amplio, más allá de la mera y simple represión penal-punitivista, de la siguiente manera:

Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito.³⁸ También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento

que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica (sentencia C-646 de 2001).

A partir de esta definición, la Comisión Asesora de Política Criminal formuló sus opiniones y recomendaciones para la construcción de una política criminal, las cuales se consignan en el *Informe final: diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano* (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012).

Lo primero que sostiene esta Comisión en su informe es que la política criminal tiene fuertes vínculos con los procesos de criminalización (primaria o legislativa; secundaria o judicial y, terciaria o de ejecución de la pena), y por ende, los principios normativos que la inspiran deben estar estrechamente asociados a los principios generales del derecho penal, dentro de los cuales deben resaltarse: primero, el principio Democrático, conforme al cual la intervención del derecho penal debe responder a un amplio debate suscitado al interior del poder legislativo y no debe ser la respuesta a dificultades de un momento preciso; y segundo, el principio de Mínima Intervención, conforme al cual el poder punitivo solo debe operar cuando las demás formas de control han fallado, puesto que: “No es razonable ni legítimo que un Estado fundado en la libertad y los derechos humanos recurra al derecho penal si cuenta con instrumentos menos restrictivos de la libertad para amparar los mismos bienes jurídicos y lograr los mismos propósitos [...]” (p. 19).

Bajo estas consideraciones, podríamos decir que no resulta legítimo acudir a la privación preventiva de la libertad cuando existen otras formas de asegurar el proceso, que es la única finalidad posible de una medida de aseguramiento, lo que deviene, naturalmente, en una medida desproporcional frente al daño que causa en quien la padece, como quiera que debe ceder su libertad, que es un derecho, frente a una necesidad del Estado.

Sostiene la Comisión (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012) que la política criminal debe estar orientada a la prevención del delito y a la lucha contra la criminalidad con “los medios menos lesivos de los derechos fundamentales”, prefiriendo “el respeto de los derechos sobre el eficientismo” (p. 64). Y frente a la detención preventiva sostiene: “La detención preventiva

debe recuperar su condición de medida excepcional y, por consiguiente, se debe establecer la posibilidad de libertad bajo fianza o bajo palabra durante todo el proceso y hasta la sentencia definitiva, para todos los delitos” (p. 67).

Afirmación esta que refuerza la tesis de que el proceso penal puede existir sin detención preventiva. Y prosigue:

La detención preventiva es, de acuerdo con el sistema jurídico colombiano e internacional, una medida que se puede tomar excepcionalmente en el curso del proceso. No obstante, el sistema jurídico colombiano y la práctica judicial parecen no respetar este principio, y por ello si bien ha habido una tendencia a la reducción del porcentaje de personas privadas de la libertad que están bajo detención preventiva, dicho porcentaje, que tiende a ser superior al 30%, sigue siendo muy alto.

Más allá de las “verdades estadísticas”, la Comisión considera que se deben incrementar los esfuerzos para reducir la prisión preventiva, por los efectos estigmatizadores y de conformación de carreras criminales que tiene el hecho de ingresar a la cárcel antes de la declaración de responsabilidad, y porque una medida de detención preventiva tiene efectos –que es preciso medir– en el principio de presunción de inocencia y puede mover a los jueces a dictar sentencias condenatorias contra quienes se encuentran privados de la libertad anticipadamente.

El principio de excepcionalidad de la detención preventiva ha venido perdiendo terreno y por ello es necesario revisar concienzudamente el tema con el fin de reducir los casos en los que la medida cautelar de internamiento carcelario sea la única admisible (p. 67).

Nada resulta más acertado que concluir con lo dicho por el profesor Londoño (1983), quien desde hace ya varios años denuncia que con frecuencia se olvida aquella máxima del derecho conforme la cual “[...] las leyes fueron hechas para los hombres y no los hombres para las leyes [...]”, lo que provoca que se apele “[...] a éstas para herir en su nombre, con arbitraria decisión, el augusto contenido de la palabra *libertad*” (p. XI).

Es un imperativo ético, moral y jurídico hacer realidad el anhelo del citado maestro de *humanizar* el derecho a partir del sistema de detención y libertad, como quiera que el destinatario del mismo “[...] es un hombre que en sí mismo posee los más altos atributos de la dignidad humana, atributos que no pueden envilecerse y arrasarse en nombre de la ley escrita” (Londoño, 1983, p. XI).

REFERENCIAS

- Agudelo, N. (2002). *Grandes corrientes del derecho penal* (7^a ed.). Bogotá: Temis.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez, V. (1996). *El concepto de necesidad en el derecho público*. Madrid: Civitas.
- Andrés, P. (1997). El Juez y la prisión provisional. En: M., Barbero (Coord.), *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales* (pp. 15-29). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- 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 y Escuela Rodrigo Lara Bonilla.
- Arroyo, L. (2005). Cultura, Constitución y Derecho Penal. En: García, S. (Coord.), *Derecho Penal. Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (pp. 3-10). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Asencio, J. (1998). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (1988). *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Barona, S. (2000). Prisión provisional: “solo” una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 de febrero). *Actualidad penal*, 42, 891-911.

- Barona, S. (1987). El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4, 1-4.
- Beccaria, C. (2000). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Berdugo, I., Arroyo, L., Ferré, J., García, N., Terradillo, J., Rodríguez, C., & Martínez, R., (2004). *Curso de Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L.
- Binder, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Cancio, M. (2003). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español después de la LO 7/2000. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 3, 31-52.
- Carrara, F. (1952). El cómputo de la prisión preventiva. En: M., Finzi, *La prisión preventiva*. Buenos Aires: Depalma.
- Congreso de la República de Colombia, (2002). *Gaceta del Congreso* (134). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo de Europa, (1998). *Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Demetrio, E. (2004). Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 14, 87-115.
- Di Tullio, B. (1966). *Principios de criminología clínica*. Madrid: Colección Jurídica Aguilar.
- Fernández, J. (1998). *Principios y normas rectoras del derecho penal*. Bogotá: Leyer.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- García-Pablos, A. (2006). *Introducción al derecho penal* (4ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres.
- García, J. (1995). *El Derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de la libertad)*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Garófalo, R. (s.f.). *La Criminología*. Madrid: La España Moderna.
- Gimeno, V. (1987). Prólogo. *La prisión provisional*. Madrid: Civitas.
- Gimeno, V. (1997). La prisión provisional y derecho a la libertad. En: M. Barbero, (Coord.), *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales* (pp. 141-154). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

- Gómez, J. (2003). *Teoría del delito*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Hassemer, W. (1998). Los presupuestos de la prisión preventiva. En: *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Hormazábal, H. (1997). Sistema penal democrático y prisión preventiva. En: M., Barbero, (Coord.), *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales* (pp. 169-174). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Illuminati, G. (1979). *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bolonia: Zanicheli.
- Jakobs, G. (2003). Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. En: G. Jakobs & M., Cancio, *Derecho penal del enemigo* (pp. 19-20). Madrid: Civitas.
- Kant, E. (1993). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua*. México: Editorial Porrúa.
- Landrove, G. (1997). Prisión Provisional y Régimen Penitenciario. En: M. Barbero, (Coord.), *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales* (pp. 185-198). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Lascuraín, J. (2009). Prisión provisional mínima. En: M. Costa, (Coord.), *Estudios en homenaje al profesor Dr. Jorge De Figueiredo Dias* (pp. 897-922). Coímbra: Universidad de Coímbra.
- Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial No. 40999. Congreso de la República de Colombia, agosto de 1993.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097. Congreso de la República de Colombia, 24 de julio de 2000.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial No. 45.658. Congreso de la República de Colombia, agosto de 2004.
- Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial No. 46.673. Congreso de la República de Colombia, junio de 2007.
- Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial No. 48.110. Congreso de la República de Colombia, junio de 2011.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad

- del control de la gestión pública. Diario Oficial No. 48.128. Congreso de la República de Colombia, julio de 2011.
- Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforma algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.039. Congreso de la República de Colombia, enero de 2014.
- Ley 1760 de 2015. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Diario Oficial No. 49.565. Congreso de la República de Colombia, julio de 2015.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Boletín Oficial del Estado núm. 260. Referencia: BOE-A-1882-6036. Ministerio de Gracia y Justicia de España, septiembre de 1882.
- Llobet, J. (1997). *La prisión preventiva (Límites constitucionales)*. San José de Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional.
- Londoño, L. (2003). La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. *Revista Nuevo Foro Penal*, 65, 191-270.
- Londoño, H. (1983). *De la captura a la excarcelación* (2ª ed.). Ed. Bogotá: Temis.
- Lucchini, L. (1895). *Elementi di procedura penale*. Florencia: Barbera.
- Manzini, V. (1951). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Buenos Aires: Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ministerio de Justicia y del Derecho, (2012). *Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NON.pdf
- Mir Puig, S. (1995). El sistema del derecho penal en la Europa Actual. En: *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal Libro homenaje a Claus Roxin* (pp. 25-35). Barcelona: Bosch.
- Molano, J. (2006). *Libertad: rehén de la "seguridad democrática"*. Bogotá: Códice.
- Moreno, V. (2003). Prólogo. En: O. Sanguiné, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2004). El nuevo Derecho Penal Autoritario. En: M. Losano, y F. Muñoz, (Coords), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo «Cedant Arma Togae»* (pp. 161-183). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Muñoz, F., & Moreno, V. (1980). La prisión provisional en el derecho español. En: *La reforma penal y penitenciaria. Coloquio* (pp. 339-432). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Murillo, H. (2012). Realidad de la prisión preventiva en Colombia. En: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 725-762). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Autor.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2009). *Caso de los Hermanos Peirano Basso v/s Uruguay. Informe. No. 86/09*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre 1966*. Nueva York: Autor.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1977). *Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos. Aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977*. Ginebra: Autor.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1988). *Conjunto de Principios para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988*. Nueva York: Autor.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1990) *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990*. Tokio: Autor.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1992). *Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal o Reglas de Mallorca*. Palma de Mallorca: Autor.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1994). *Caso Albert Womah Mukong v/s Camerún. Comunicación No. 458/1991: Cameroon. 10/08/94. CCPR/C/51/D/458/1991. (Jurisprudence)*. Nueva York: Comité de Derechos Humanos.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1998). *Estatuto de Roma. Adoptado por la Asamblea de los Estados parte en sesión del 17 de julio de 1998*. Roma: Autor.
- Orlandi, R. (2010). El respeto a la presunción de inocencia en la lucha contra la criminalidad organizada. En: Velásquez, F. (Comp). *Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos* (pp. 179-193). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Packer, H. (1978). *I limiti della sanzione penale*. Milán: Giuffrè.

- Prieto, A. (2006). *Régimen de libertad en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal* (25ª ed.). Buenos Aires: Ed. del Puerto.
- Rusconi, A. (2011). Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento. En: L. Vitale, & G. García, (Comp). *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI* (pp. 41-67). Buenos Aires: Ed. del Puerto.
- Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sentencia T-015 (1994, 25 de enero). Acción de Tutela. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C- 024 (1994, 27 de enero). Acción de inconstitucionalidad M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-038 (1995, 9 de febrero). Acción de inconstitucionalidad M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-070 (1996, 22 de febrero). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-646 (2001, 20 de junio). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-774 (2001, 25 de julio). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-776 (2001, 25 de julio). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-805 (2002, 1 de octubre). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet - Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-916 (2002, 29 de octubre). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-591 (2005, 9 de junio). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-425 (2008, 30 de abril). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-545 (2008, 28 de mayo). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-536 (2008, 28 de mayo). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Jaime Araújo Rentería. Corte Constitucional de Colombia.

- Sentencia C-390 (2014, 26 de junio). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia del 30 de mayo de 2012. Rad. No 37668. Demanda de casación M.P. María Del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de justicia, Sala de casación penal.
- Sentencia del 30 de agosto de 1990. Caso Fox, Campbell y Hartley. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Sentencia del 20 de junio de 2005. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Organización de los Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Organización de los Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia del 29 de mayo de 2014. Caso Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Organización de los Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia STC 128 (1995, 26 de julio). Tribunal Constitucional de España.
- Italia. Sentencia No. 330 de 1998. Corte Constitucional de Italia.
- Velásquez, F. (2005). Colombia: ¡hacia un derecho penal expansionista! *Revista Berbiquí. Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia*, 29, 5-20.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (4ª ed.). Medellín: Comlibros
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (5ª ed.). Bogotá: Ed. Jurídicas Andrés Morales.
- Vélez, L. (2012). *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Vitale, G. (2011). Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena). En: G. Vitale & G. García, (Comp). *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI* (pp. 1-8). Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- Vives, T., & Cobo, M. (1999). *Derecho Penal. Parte General* (5ª ed.). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. (1986). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: Documento final del programa de investigación*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Zuluaga, J. (2013). Vélez, L. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. *Cuadernos de Derecho Penal*. 9, 211-225.

LA INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

“La Inconstitucionalidad de la Detención Preventiva” aborda, desde la óptica de la Constitución Política y su desarrollo legal, un tema de permanente interés y actualidad como es la tensión existente entre el derecho fundamental a la libertad y la satisfacción de los intereses a cargo del Estado, en especial la seguridad ciudadana, de cara a concluir si la restricción preventiva de la libertad se ajusta o no al programa penal de la Constitución, propio de un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Se abordan las dos (2) corrientes del pensamiento en que está dividida la discusión: una, la que entiende la detención preventiva como propia y necesaria dentro del proceso penal, dentro de la cual coexisten dos (2) vertientes, la *sustancialista* y la *procesalista*, cuya diferenciación estriba en aceptar o no fines de naturaleza personal como soporte y base de la privación preventiva de la libertad o solo fines de aseguramiento del proceso. Otra, la corriente *garantista*, para la cual la figura en estudio no es propia del proceso penal y, por ende, debe ser abolida del mismo.

Seguidamente, se realiza un estudio del régimen de libertad y su restricción en el marco de la Ley 906 de 2004, a partir del Acto Legislativo 3 de 2002, analizando en detalle los fines constitucionales que, supuestamente, se deben satisfacer con la detención preventiva, amén del estudio detallado del debido proceso que debe adelantarse para la imposición de una medida tan gravosa como esta.

Finalmente, se exponen las conclusiones de la investigación, dentro de las cuales se destacan que la detención preventiva no es propia de un programa penal como el confeccionado en la Constitución Política de nuestro País; que no es una figura necesaria dentro del proceso penal Colombiano, como quiera que los fines que se buscan atender con la misma, más que justificarla, la deslegitiman en su razón de ser y que, los principios y garantías fundamentales son de estricta vigencia y aplicación, ajenas a matizaciones.



Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda



9 789588 866352

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Carrera 15 No. 74-40. Tels: (571) 325 7500 ext. 2131 - 322 0538. Bogotá, D.C.

Calle 18 No. 14A-18. Tels: (575) 420 3838 - 420 2651. Santa Marta

www.usergioarboleda.edu.co