

**LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y SU UTILIZACIÓN COMO “ULTIMA RATIO” EN
EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

**FLOREZ ZULUAGA GERALDINE
RAMIREZ AGUDELO LILIANA MARIA**

**Presentado como requisito parcial para optar al título de
Abogado**

**Director:
JUAN GUILLERMO JARAMILLO DIAZ**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN - ANTIOQUIA.
2018**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
ABSTRAC	6
1. LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	9
1.1. Decreto Ley 2700 de 1991	14
1.2. Ley 600 de 2000.....	18
1.3. Ley 906 de 2004.....	22
1.4. La detención preventiva en la perspectiva de la ley 600 de 2000 y de la ley 906 de 2004.....	29
2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL CONTEXTO COLOMBIANO.....	3131
2.1. La detención preventiva en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	332
2.2. La detención preventiva en las decisiones del Consejo de Estado.....	37
2.3. La detención preventiva desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia.....	39
2.4. Detención preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....	4242
3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO LA <i>ÚLTIMA RATIO</i>	45
3.1 Definición de detención preventiva.....	47
3.2 Aspectos para tener en cuenta a la hora de implementar la detención preventiva.....	53
3.2.1 Principio de inocencia.....	54
3.2.2. Excepcionalidad.....	55
3.2.3 Test de Proporcionalidad.....	57

3.2.4. Racionalidad.....	58
3.3 Detención preventiva y la reserva judicial de las libertades públicas	59
3.4. La política criminal y la detención preventiva	63
3.5. El principio de proporcionalidad necesidad y adecuación como propuesta de solución.....	66
CONCLUSIONES	71
BIBLIOGRAFIA	714

... parafraseando a Yehuda Amijai

*“...Y por amor a la memoria
Llevo sobre mi cara la cara de mi madre”*

Con amor y esfuerzo todo esto fue por ustedes, nuestras madres

Martha y Nelly

RESUMEN

El tema que gobierna el presente trabajo está relacionado con la detención preventiva y la necesidad que esta figura sea utilizada como la *última ratio* en el estado colombiano, donde la congestión carcelaria, la violación de los derechos humanos, la ineficacia del aparato judicial y su congestión hacen que la vida cotidiana sea cada día más difícil, especialmente porque partiendo de una política criminal reaccionaria, populista se pretende resolver todos los problemas de la sociedad utilizando para la fin el derecho penal.

Bajo ese criterio, la detención preventiva se vislumbra como la solución a la criminalidad lo cual además de ser contrario a la Constitución y los tratados de protección de derechos humanos, afecta la dignidad, la presunción de inocencia y congestiona el sistema penitenciario, la propuesta de resolución a esta problemática está en que el juez facultado para imponer esta limitación lo haga teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y su desarrollo jurisprudencial y legal.

Palabras clave: Detención, libertad, proporcionalidad, restricción, populista, dignidad

ABSTRAC

The subject that governs this work is related to the preventive detention and the necessity that this figure is used as the last ratio in the Colombian State, where the prison congestion, the violation of the human rights, the ineffectiveness of the judiciary and its congestion make everyday life more difficult, especially because from a reactionary criminal policy, populist is intended to solve all the problems of the society used for the end the Criminal law.

Under this criterion, preventive detention is seen as the solution to criminality, which in addition to being contrary to the Constitution and human rights treaties, affects dignity, presumption of innocence and congests the system prison, The motion for a resolution to this problem is that the judge has the power to impose this limitation by taking into account the principle of proportionality and its jurisprudence and legal development.

Key words: detention, freedom, proportionality, restrictive, populist, dignity.

INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1991, Colombia paso a ser un Estado constitucional de derecho, dicha transformación implicó, la inclusión en la Carta Magna de toda una serie de garantías inalienables, inherentes al individuo, privilegiando el respeto de la dignidad como el mandato superior que irradia todos los cuerpos normativos, en especial, aquellos orientados a limitar aquellas prerrogativas.

La ley punitiva, a través de la cual se materializa el *ius puniendi* (potestad que tiene el Estado de castigar), tanto en su parte procesal (ley 906 de 2004) como sustancia (ley 599 de 2000) son ejemplos de ello, lo anterior si se tiene en cuenta que cada una de estas leyes en su primer artículo privilegia y exigen el respeto por la dignidad como el camino necesario para la relación entre el Estado y los particulares.

Partiendo de esa premisa, el catálogo de derechos presentes en la Constitución, cuya inclusión obedece al cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos al ratificar instrumentos de protección de derecho humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos), permiten el desarrollo y desenvolvimiento de los individuos en sociedad y garantizan el respeto por sus garantías, dentro de las cuales sin duda esta la libertad.

Derecho que no es absoluto, puede ser limitado y restringido por los jueces en virtud de la reserva judicial que les asiste (art. 28 constitucional), es decir, solo los jueces de la República pueden tomar decisiones que limiten este derecho, preliminarmente los jueces de control de garantías en la audiencia respectiva (art. 306 ley 906 de 2004), o los jueces de conocimiento a través de una sentencia que ponga fin a la controversia (art. 447 ley 906 de 2004).

No obstante esta posibilidad, especialmente en la parte preliminar, la detención que se contempla en la ley procesal, debe ser aplicada como la excepción privilegiando la regla general; el derecho a la libertad, el cual, va ligado a la presunción de inocencia, debido proceso y dignidad, de aquel que aun o ha sido vencido en juicio, teniendo presente un criterio de ponderación, colocando en la balanza el derecho por restringir y el daño causado con la conducta a la víctima y a la sociedad donde se cometió el delito.

La racionalización de la detención preventiva como criterio de “*ultima ratio*” en un Estado constitucional de derecho y la proporcionalidad, racionalidad y necesidad como propuesta de solución, es el tema que gobierna el presente trabajo, enfocado a resaltar la importancia del derecho a la libertad en el proceso judicial.

Para desarrollar dicha argumentación, el presente trabajo consta de tres capítulos; en el primero se realiza un recorrido normativo por las leyes procesales que han sido construidas para efectivizar el *ius puniendi* en materia procesal, lo anterior con el fin de destacar la evolución de los criterios empleados para detener a un ciudadano de manera preliminar, pasando de un sistema inquisitivo a uno con tendencia acusatoria.

En el segundo, se realiza un recorrido jurisprudencial por los pronunciamientos de los distintos órganos colegiados, lo cual permitirá entender el tratamiento que en la realidad judicial cotidiana se le debe dar a la institución de la detención preventiva, destacando aquellas decisiones donde se ha enviado un mensaje contundente a los jueces en el sentido de la necesidad de racionalizar la aplicación de esta restricción, por cuanto se trata de preservar un derecho muy costoso en un Estado contemporáneo como el colombiano.

Finalmente, y con los argumentos ya señalados, se analizará la detención preventiva partiendo de la premisa inicial, es decir entendiéndola como la *última ratio*, verificando la política criminal y su racionalización, incluyendo los criterios de ponderación vigentes en la normatividad y desarrollados por la jurisprudencia, para resaltar cómo esta institución deber ser empleada solo en los casos más graves no como la regla, sino como la excepción.

Todo lo anterior con el propósito de generar en la comunidad académica en general y especialmente los futuros abogados inquietudes en torno a esta temática, concientizando sobre la necesidad de ponderar y limitar a un mínimo razonable la petición de restricción a la libertad y su resolución, todo ello enmarcado dentro de la política criminal del Estado desde la cual se ha evidenciado un incremento significativo del hacinamiento penitenciario lo cual además de vulnerar la dignidad, afecta la presunción de inocencia y el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable.

1. LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Colombia a partir de 1991 cambió de modelo de estado; paso de un modelo ideológicamente conservador” “a uno social y democrático de derecho, dicha transformación implica privilegiar al ser humano por encima del Estado mismo y su existencia.

La vida, la dignidad, la libertad se convierten en prioridades para garantizar el pleno goce de los derechos de los ciudadanos, un límite material al *ius puniendi*, que se potencia al momento de aplicar la ley en el desarrollo de un proceso judicial, especialmente cuando se trata limitar el único de los ya citados que por vía judicial se puede restringir la libertad.

Derecho que como ya se indicó está presente en el artículo 28 Constitucional, norma superior que establece:

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

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

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (Senado, 1991).

La norma citada trae un mandato implícito de protección para los ciudadanos y descarga en el juez de control de garantías la potestad de privar de la libertad, siempre que se realice esta limitación a la movilidad con apego a la ley respectiva.

Este mandato constitucional tiene su origen en los instrumentos internacionales construidos por los Estados como una forma de reivindicación histórica de la humanidad, normas como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 9 señala:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación (ONU, 1976).

Convención Americana de Derecho Humanos, Pacto de San José, Artículo 7:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
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.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o

tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios (OEA, 1969).

Traen un mensaje contundente de protección y se convierten en el caballo de batalla cuando se ha presentado una vulneración injustificada de la libertad personal por parte de alguna autoridad Estatal, situación que además de ser arbitraria también representa una afectación que deberá ser reparada por vía contencioso-administrativa.

El derecho a la libertad personal es inherente a la naturaleza humana que se le reconoce a la persona desde que nace y aunque no es absoluto se convierte en el segundo de mayor importancia después de la vida y el primero que se debe garantizar en la actuación penal, especialmente en los Estados que han proscrito la pena de muerte y por ende no existen las consabidas ejecuciones judiciales.

Si bien es cierto no es un derecho absoluto, su restricción es de carácter excepcional y sólo atribuible a las autoridades judiciales, por cuanto desde la inclusión del artículo 250 de la Constitución Política existe la “reserva judicial de las libertades públicas” (de la que se hablara más adelante), y en virtud de la cual, sólo los Jueces de la República están facultados para ordenar la afectación en los casos previstos en la normatividad interna.

Todo lo anterior para significar la especial protección que tiene este derecho en los instrumentos internacionales, lo cual guarda algo en común, el carácter excepcional de la restricción y el tiempo en el cual se debe resolver el asunto el que, además de estar consagrado en cada una de las legislaciones de los Estados partes, debe ser razonable, por cuanto esa protección obliga a que las constituciones y las leyes, que limiten o restrinjan la libertad personal, sean de interpretación restrictiva.

Así lo reconoce Jauchen (2005) en su obra derechos del imputado cuando afirma:

Este como todos los derechos no es absoluto. La excepción está dada por el supuesto del condenado por sentencia firme a raíz de la comisión de un delito a una pena de reclusión o prisión, y para el imputado sometido a proceso a quien sólo para asegurar los fines del mismo. Esto es, el

descubrimiento de la verdad y a aplicación de la ley penal, se puede excepcionalmente aplicar una de las medias procesales de coerción personal (Jauchen, 2005, pág. 82).

Es decir, la limitación a la libertad personal, derecho fundamental contenido en el artículo 28 de la Constitución Política colombiana, debe estar sujeto a unas reglas claras que la misma ley y la jurisprudencia han decantado en múltiples pronunciamientos, donde cada día más se llama la atención a aquellos encargados de administrar justicia sobre la necesidad de analizar de manera cuidadosa cada caso en particular y proceder a la afectación, en la medida que se cumplan los fines previstos por la ley y los tratados internacionales ratificados.

Con miras a evitar intromisiones innecesarias y exageradas en el ámbito de actuación de los individuos, Suarez (1998) plantea unos límites a la privación de la libertad que están directamente relacionados con la legalidad de la causal, legalidad del órgano competente para disponer la privación de la libertad y los límites temporales a la privación de la libertad.

Aquello guarda relación con la legalidad de la causal invocada, resalta la necesidad de constatar la tipicidad de la conducta y el daño al bien jurídico previo a la imposición de la restricción, es decir, verificar si la conducta reprochada se encuentra consagrada en la normatividad, en cumplimiento de la facultad o potestad soberana entregada por el pueblo al Legislador, para transformar en sendas normas jurídicas comportamientos que afectan a una sociedad y por ello, ameritan ser elevados a la categoría de delitos, en especial para aquellos tipos penales que en la norma procesal señalan privación de la libertad y tiene prevista esta privación como sanción.

Al respecto el Suarez (1998) plantea:

Con miras a una adecuada seguridad jurídica, la fijación previa de las causas de privación de la libertad permite que los ciudadanos sepan con antelación cuales conductas pueden generar la afectación de dicho bien básico. La seguridad jurídica no se concreta únicamente en que los ciudadanos sepan de antemano que hay unas conductas, y sólo esas, cuya comisión supondrá como sanción la privación de la libertad, sino que tal privación será por un tiempo determinado previamente (Suarez, 1998, pág. 108).

Planteamiento que resalta de manera esencial la prevención general y el conocimiento que debe tener el imputado o acusado de los límites de su afectación, con el de que se obliga a que, durante el procedimiento, se mantenga enterado de la duración de la restricción a su derecho y de

la posibilidad que tiene de recuperar su libertad personal, en la medida que se venzan los términos estipulados en la norma.

Ahora, frente a la legalidad del órgano competente para disponer de la privación de la libertad personal, dentro de la potestad punitiva que tiene el Estado de castigar mediante la imposición de sanciones, la seguridad jurídica exige que de antemano se conozca cuál es el órgano competente para materializar la restricción de la libertad personal, y cuál lo puede en virtud de los fines constitucionales perseguidos con la restricción (salvo lo previsto en el artículo 32 de la Constitución Política, cuando la aprehensión surge como consecuencia de la flagrancia), conocer quién es la autoridad competente para privarlo de su libertad y resolver las peticiones que surjan en ese sentido.

La seguridad jurídica exige también que de antemano ha de saberse a cuál órgano le confiere la facultad de decidir que ha concurrido uno de los supuestos legales y previamente fijados que justifica la privación de la libertad, potestad que debe tener de manera exclusiva el poder judicial, salvo casos muy excepcionales y expresos, como la flagrancia (Suarez, 1998).

Allí se expone la premisa esencial consagrada en el artículo 250 superior, relacionada con la reserva judicial para la restricción a la libertad, en virtud de la cual por vía regular, solamente los Jueces de la República, son los únicos facultados para disponer sobre temas relacionados con la privación de este derecho, lo cual es indicativo de que se ha entendido que la potestad de afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede estar jamás en manos del ejecutivo, quien decide con base en juicios de conveniencia política y no con estricta sujeción al principio de legalidad.

Es por ello, que en la normatividad interna e internacional además de las prohibiciones señaladas, también se indica que la restricción se justifica siempre y cuando el procedimiento se realice ajustado a la ley, en Colombia la norma procesal así lo ha desarrollado, leyes construidas en el seno de la naciente Constitución Política y cuyo recorrido normativo será evidenciado a continuación, normas de contenido procesal que han marcado el camino judicial y han permitido desarrollar además de la potestad sancionatoria la policía criminal y penitenciaria.

1.1. Decreto Ley 2700 de 1991

Esta es la primera norma procesal penal creada después de la naciente Constitución de 1991, es decir, se incluyen elementos normativos más garantistas teniendo en cuenta el modelo de Estado y los postulados que irradia el preámbulo relacionado con la dignidad.

Este proyecto de ley fue creado por iniciativa del ejecutivo, el ministro de justicia de la época, Andrés González Díaz y como lo refiere un medio de comunicación:

(...) a pesar de la existencia de reglas particulares que rigen para los hechos punibles de competencia del tribunal Nacional y de los jueces regionales (antigua jurisdicción de Orden Público), surgió la tesis de que en lugar de dichas reglas especiales debían aplicarse las disposiciones generales del Código de Procedimiento Penal en materia de libertad provisional, tesis esta que, de ser aplicada, implicaba la liberación de las personas acusadas por magnicidios y por otros delitos particularmente graves, todo lo cual comprometía gravemente la administración de justicia, y por ello, atentaba contra la estabilidad institucional y la convivencia ciudadana (El Tiempo, 1992).

Norma procesal creada para disminuir la impunidad, perseguir la criminalidad proveniente del narcotráfico y adecuar la entrada en vigencia de la Fiscalía General de la Nación.

Esta norma entró a regir a partir del 1 de julio de 1992, derogando el Decreto 50 de enero 13 de 1987, se le quitó la función de investigación a los jueces de instrucción y se le entregó esa potestad a un órgano diferente, en este caso la fiscalía, separando la investigación del juzgamiento, otorgándole al ente fiscal funciones jurisdiccionales, es decir la posibilidad de restringir derechos como la libertad personal, ya que esta potestad radicada en el fiscal una vez escuchaba en indagatoria o al ser declarado persona ausente.

En palabras de Bernal (2017):

En 1991, entra en vigor una nueva Constitución Nacional, que crea la Fiscalía General de la Nación, la cual conlleva un cambio legislativo mediante el Decreto 2700 de 1991 que entró a regir a partir del 1 de julio de 1992, derogando el Decreto 50, de enero 13 de 1987. Esta legislación pretendió abrir el camino a una tendencia acusatoria real, al otorgar la función de investigar a un organismo diferente a los jueces, como había sido hasta entonces. Así, se diferenciaba claramente la etapa de instrucción a cargo de la Fiscalía y la de juzgamiento en cabeza del juez. En ésta, el

funcionario instructor que formulaba la acusación debía hacerse parte dentro del juzgamiento y, por lo tanto, defender su acusación en audiencia pública (Bernal, 2017, pág. 48).

En esta normatividad, la restricción de la libertad a través de una medida de aseguramiento de detención preventiva estaba contemplada en los artículos 388 y siguientes: Art. 388. “Requisitos sustanciales: Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. En los delitos de competencia de los jueces regionales solo procede como medida de aseguramiento la detención preventiva de conformidad con los Artículos 388 y 389 del Decreto 2700 de 1991” (Borrero, 2010, pág. 54).

Además, en el artículo 389 del citado código se dispone sobre los requisitos formales “Las medidas de aseguramientos se adoptarán mediante providencia interlocutoria en que se exprese: 1. Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente. 2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe. 3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales” (Borrero, 2010, pág. 55).

Se exige entonces un mínimo de requisitos objetivos para imponer la restricción, un mínimo de soporte probatorio traducido en indicio grave y un catálogo de conductas sobre las cuales solo procede la detención preventiva, al tenor de lo señalado en el artículo 397 del citado Decreto.

Al revisar la constitucionalidad de lo dispuesto en este punto específico la Corte Constitucional señaló:

(...) esta Corporación no encuentra vicio de constitucionalidad alguno, ya que se trata en primer lugar de una herramienta jurídica natural, propia de las actuaciones del procedimiento penal, que permite al funcionario judicial, dentro de los términos racionales que establezca la ley, adoptar la decisión correspondiente sobre la persona vinculada al proceso. No encuentra la Corte violación al artículo 28 de la Carta, ni al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la misma codificación, y más bien advierte que se trata del natural ejercicio de las competencias legislativas en materia del procedimiento penal, en el que está involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas, propias de las

competencias de los jueces regionales y que exigen un mayor celo procedimental (Sentencia C-150, 1993).

Se inicia así a marcar el camino de la restricción como excepción, dando mayores garantías incluso por vía de reforma normativa, lo anterior si se tiene en cuenta la inclusión que realizó el legislador al artículo 414 del decreto, misma que se aprobó mediante Ley 81 de 1993, norma que establecía:

Artículo 54. El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo con el número 414-A, del siguiente tenor.

"Artículo 414A. Control de legalidad de las medidas de aseguramiento. Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite, no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal, éste remitirá copia del expediente al juez de conocimiento, previo el correspondiente sorteo. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días. Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo no admiten ningún recurso (Senado, 1993).

Lo anterior con el fin de dar cumplimiento de alguna manera a los postulados de la reserva judicial de las libertades públicas, por tal razón, como lo señala la Corte Suprema de Justicia, “para evitar la arbitrariedad y el secreto que caracterizaba la privación de la libertad en el antiguo régimen, los legisladores contemporáneos se han preocupado por instalar controles de distintos tipos, orientados a que la limitación de tal derecho sea excepcional, y esté rodeada de la mayor cantidad de garantías posible” (Sentencia de Casación 36107, 2011).

Si bien es cierto el fiscal estaba investido de funciones jurisdiccionales, el legislador estimó un control adicional a cargo del juez de conocimiento con el fin de que pudiera determinar a legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la detención impuesta por el fiscal en el proceso en contienda, de esta manera se ponía un límite especial al poder que la ley le otorgó al ente

instructor y se ampliaban las garantías de las partes, esto además de estar ajustado a la Constitución, así lo dispuso la Corte Constitucional al señalar:

La inclusión de la Fiscalía General de la Nación dentro de los órganos que administran justicia, permite aseverar la existencia de la unidad de jurisdicción, razón de más para sostener que el control de legalidad previsto en el artículo 414A del Código de Procedimiento Penal, no constituye una injerencia indebida en las actuaciones de la Fiscalía sino que obedece a la complementariedad de las labores que desempeñan distintos funcionarios judiciales, al principio de economía procesal, ya que va a permitir subsanar posibles fallas y desaciertos, garantizando una etapa de juzgamiento depurada de vicios, y, por contera, al propósito inabdicable de proteger celosamente los derechos del procesado (Sentencia C-395, 1994).

Destacando de manera atinada que las medidas de aseguramiento comportan la afectación de la libertad de la persona y esa constatación evidente llevó al legislador a rodear su aplicación de una serie de requisitos de orden sustancial y formal (Sentencia C-395, 1994).

En el primer caso se exige "por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso" y en el segundo evento se prevé una providencia interlocutoria que contenga mención de los hechos investigados, su calificación jurídica y la pena respectiva, así como de los elementos probatorios acerca de la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado como autor o partícipe, y finalmente, que exprese las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales (Sentencia C-395, 1994).

Los requisitos que en forma tan sucinta se relacionan, tienen un soporte jurídico innegable en el artículo 28 de la C P que exige el "mandato escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley", para cuando se trate de disponer la privación de la libertad individual. a referencia a la autoridad judicial que contiene el artículo 28 constitucional obviamente comprende a la Fiscalía General de la Nación y la aplicación de una medida de aseguramiento es un acto procesal de carácter jurisdiccional que dispone relevantes restricciones a la libertad personal para los fines de la investigación (Sentencia C-395, 1994).

Partiendo de esa premisa señalada por la Corte Constitucional, en el Decreto Ley 2700 de 1991 se empezaron a colocar las exigencias propias de un modelo de Estado diferente, y si bien los

requisitos objetivos tenían *prima facie* el sustento de la detención, se debía justificar la imposición de la restricción partiendo de presupuestos procesales y una adecuada ponderación del daño causado con la conducta y la restricción a imponer.

Además, si se tenía presente la verificación adicional incluida con posterioridad, que privilegiaba la reserva judicial, esa inclusión normativa marca un camino a lo que hoy se concibe como restricción, que si bien es cierto en ocasiones no se observan los mensajes de racionalización de la imposición de la detención enviados en la jurisprudencia por los órganos colegiados, por lo menos marcó el camino a la llegada de la reforma del año 2000, a través de la cual dentro de un proceso de corte inquisitivo se incluyeron mayores restricciones a la posibilidad de privar a un ciudadano, especialmente en etapa preliminar, cuando aún no se derrumba la presunción de inocencia, misma que permanece incólume hasta a sentencia de carácter condenatorio debidamente ejecutoriada

1.2. Ley 600 de 2000

En la reforma que curso en el Congreso y que se materializó en la ley 600 de 2000, el legislador mantuvo muchas de las instituciones de la normativa anterior, no obstante, se comenzó a marcar el camino para la llegada del sistema acusatorio mismo que no pudo ser materializado en esa oportunidad porque la Constitución no lo permitía.

Se privilegia la Dignidad, así quedó sentado en el artículo primero de dicho cuerpo normativo al señalar:

Artículo 1°. Dignidad humana. Todos los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Se consagra la libertad como derecho natural, dejando claro que la imposición y su restricción debe ser por mandato judicial señalando esta vez unos fines específicos que se deben observar al momento de la restricción, riesgo de fuga, preservación de la prueba y protección a la comunidad:

Artículo 3°. Libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad.

Partiendo de esa base, el fiscal que conserva la función jurisdiccional puede emitir órdenes de captura (Art. 350), escucha en indagatoria al investigado y en el término establecido por la ley debe resolver la situación jurídica, señalando la ley que solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva (art. 356).

Al respecto señala la Corte que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria que deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida y los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso (Sentencia C774, 2001).

En la misma norma, señala como fines de la imposición de la detención:

Artículo 355. Fines. La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

Elementos que no estaban presentes en el Decreto 2700 de 1991, y que permiten ajustar la valoración jurídica del caso a los postulados concurrentes en la Constitución (Art. 250), aspectos que son ajustados a los estándares internacionales de protección de derechos humanos, y que

endurecen los requisitos para restringir el derecho a la libertad, partiendo de la base de su excepcionalidad limitada a los fines ya descritos.

Como quiera que se trata de un proceso de corte inquisitivo, donde el fiscal es juez y parte en esta etapa procesal, este servidor conserva la restricción la potestad de restricción del derecho lo que lo dota de funciones jurisdiccionales, y puede imponer medida de aseguramiento cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso (Art. 356).

En la anterior codificación solamente se exigía uno, lo cual hace notar la importancia del análisis y valoración de los elementos de prueba que están presentes en la actuación, dejando claro que si se hace evidente que el autor del hecho pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias de ausencia de responsabilidad no resulta procedentes limitar o restringir este derecho.

Como lo señala la Corte Suprema, aquel hombre, en esta nueva perspectiva, ahora de señor de sí mismo, bajo esta normatividad solo puede ser privado de la libertad mediante la satisfacción de una serie de estrictos requisitos y formalidades, garantías que se han ido desarrollando y consolidando hasta nuestros tiempos, en un reconocimiento que no sólo continúa sino que ha ampliado sus contornos en un derecho penal de acto con unos parámetros de respeto por los derechos humanos construidos desde la civilidad propia del Estado social, que tiene como objetivo superior la recuperación del delincuente para la sociedad en un ejercicio ideal y añorado que llamamos resocialización.

Los derechos en general fueron concebidos en este nuevo régimen de libertades como límites al poder del soberano, siendo claro que en tratándose de la libertad personal, el soberano es el funcionario judicial que decide sobre ella. Así, no se puede perder de vista que el derecho procesal, y en particular los cánones que la protegen son límites a nuestro poder judicial, y reconocerlos y respetarlos es, antes que un acto delictivo, parte de la obligación legal y constitucional que hemos jurado proteger como abogados y hacer cumplir como servidores públicos (Sentencia de Casación 36107, 2011).

Desde el punto de vista Constitucional la Corte ha expresado:

En desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad.

Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad o de dos indicios graves de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso (Sentencia C774, 2001).

El anterior criterio cobijaba la Ley 600 de 2000, en dónde como ya se señaló era el fiscal en la etapa de investigación el encargado de resolver la situación jurídica, verificar los requisitos de la captura para su legalización y de imponer la restricción, siempre y cuando se cumplieran los postulados contemplados en la normatividad procesal.

En la Ley 600 de 2000 como lo señala Rodríguez (2005):

(...) se estableció la detención preventiva como única modalidad de medida de aseguramiento para las personas imputables, se estableció en el artículo 357 su procedencia atendiendo a tres requisitos: a) un criterio objetivo referido al mínimo de la pena y por tanto a la gravedad del hecho, ya que procedía para delito sancionados con una pena mínima que fuera o excediera los cuatro años de prisión; b) el bien jurídico tutelado, independientemente de la sanción, para lo cual enlistaba de manera taxativa los delitos que ameritaban la medida, no obstante de tener pena inferior de cuatro años de prisión; c) los antecedentes del procesado, si en su contra se encontraba vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional sancionado con prisión (Rodríguez, 2005, pág. 132).

Ahora, frente a la institución de la detención preventiva en los dos sistemas procesales, es importante afirmar que en el sistema inquisitivo (Ley 600 de 2000) la privación de la libertad provisional se ha considerado en especial necesaria mientras se adelantan los aspectos propios del proceso, no así en el sistema acusatorio en el cual es una excepción, ésta en el sistema procesal, procede sólo cuando se ha resuelto la situación jurídica en los casos en los cuales se ha vinculado formalmente al procesado, bien sea porque fue escuchado en indagatoria o porque fue declarado persona ausente, en cuyo caso, bastara la concurrencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad como ya se indicó.

Así lo ilustró el Suarez (1998) cuando señaló:

(...) la detención preventiva es, por naturaleza, una privación de la libertad provisional, que se ha considerado, en especial en los sistemas inquisitivos y de manera excepcional en los acusatorios, necesaria mientras se tramita en correspondiente procedimiento; sólo puede ser decretada por el funcionario competente, previo el cumplimiento de las exigencias legales, sustanciales y formales, consistentes estas en que tan solo procede la detención preventiva al definirse la situación jurídica de la persona vinculado al proceso mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente, en tanto que sustancialmente se exige, en nuestro ordenamiento, la existencia de un indicio grave de responsabilidad del sindicado (Suarez, 1998, pág. 108).

De todo lo anterior es posible asegurar que la restricción a la libertad comenzó a ser concebida de manera preliminar como un acto jurisdiccional, por razones y motivos previamente señalados en la ley, como límite formal de la potestad del Estado de sancionar o castigar, aspecto que tiene sin duda su naturaleza y fundamento en el principio de legalidad, la parte objetiva y subjetiva esta reglada y si bien es cierto la medida es contemplada en la norma adjetiva como se ha señalado, su utilización primaria y no excepcional genera una afectación al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, además contribuye a congestionar el sistema penitenciario.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la restricción a la libertad tiene una protección reforzada en la Constitución y en la ley como se ha señalado, no obstante, algunos retractsos de esta norma señalaban que no era lo suficientemente imparcial en la medida que el mismo funcionario encargado de investigar tenía la potestad de imponer una medida de detención preventiva, y si bien es cierto fue declarada constitucional como ya se ha planteado, ello no es óbice para afirmar que en ocasiones, la detención era una herramienta de presión, de ubicación o de investigación, en la medida que se detenía para investigar lo cual es abiertamente irregular y afecta el derecho de las personas que gozan aun de su presunción de inocencia, aspectos que sin duda marcaron el camino para la llegada de la Ley 906 de 2004, y la profunda reforma procesal ligada a las nuevas realidades de un mundo globalizado.

1.3. Ley 906 de 2004

La institución de detención preventiva consagrada en la Ley 906 de 2004, establece que no se debe tener en cuenta solamente el criterio objetivo para la imposición de la restricción es

necesario combinar aspectos procesales y constitucionales para justificar de cara al Juez de Control de Garantías, la necesidad de afectar la libertad de un individuo, al respecto esta norma, prevé en su artículo 308 una inferencia razonable de necesidad de la medida.

En ese sentido Guerrero (2007) al analizar los fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal, resalta que la función del principio acusatorio en relación con la detención preventiva implica dos cambios sustanciales:

1). La adopción de la medida de detención supone un requerimiento previo del órgano acusador al juez, generándose el principio de justicia rogada, esto es, que el fiscal aparece de plano de igualdad con la defensa en la discusión y prueba de los motivos que han de soportar la medida más grave que se pueda tomar en el curso del proceso penal, y 2). La adopción o improcedencia de la medida surge de un debate donde el eje es el principio de contradicción, de tal forma que se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales toda vez que el imputado tiene “audiencia judicial” y el debate contradictorio obliga al juez a sopesar la motivaciones de la fiscalía frente a las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, el derecho a la libertad, además de los fines y riesgos innecesarios que puede acarrear la detención (Guerrero, 2007, pág. 465).

Esto sin duda llena de garantías las decisiones que se ha de tomar, en este caso por un juez autónomo, imparcial, desligado de los prejuicios que puede traer el desarrollo de la investigación, que debe decidir desde el punto de vista constitucional, analizando los aspectos para determinar que la persona a la cual se le va a privar del derecho la necesita, sopesando los elementos materiales probatorios que permiten sustentar la argumentación del fiscal o la defensa, de cara a los fines constitucionales que consagran la posibilidad de restringir este derecho fundamental, al realizar el juicio de ponderación entre la medida a imponer y la afectación al derecho constitucional, que como se ha podido verificar esta internacionalmente protegido.

Dichos fines constitucionales están encaminados a garantizar los fines superiores de la actuación penal; y los derechos de la víctimas como son la verdad, justicia y reparación, los cuales no pueden ser entendidos como una sanción penal, toda vez que hasta ese momento procesal permanece incólume la presunción de inocencia, de allí la importancia de analizar de manera cuidadosa y detallada los aspectos sustanciales de la restricción, por cuanto la afectación se torna perjudicial para el imputado e incluso para la sociedad en la medida que más adelante se pueda demostrar su inocencia.

Así lo sustenta la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, destacando que dicho fines son en esencia como lo plantea el doctor Guerrero (2007) en su obra: el “riesgo de fuga”, “el riesgo de obstrucción” y “el riesgo de afectación de la comunicación y reiteración delictiva”, en palabras de la alta Corporación:

Las obligaciones que se imponen en la diligencia de compromiso no pueden ir más allá de aquello que sea necesario para asegurar los fines constitucionalmente admisibles de la detención preventiva. Así, tales obligaciones deben guardar directa relación con la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, y al eventual cumplimiento de la pena, la protección de la actividad probatoria frente a cualquier acto de ocultamiento, destrucción, deformación o entorpecimiento, la protección de las víctimas y los testigos, y la protección de la comunidad del peligro derivado de la eventual continuidad de sindicado en la actividad delictiva. A esos fines se proveía con la medida cautelar, a través de la privación de la libertad del sindicado. Cuando ello ya no sea posible, pese a la subsistencia de las razones objetivas que lo harían necesario, la privación de la libertad se sustituye por los específicos compromisos que adquiere el sindicado (Sentencia C-371, 2002).

Frente al riesgo de fuga, es importante precisar que el Fiscal debe hacer una valoración de las circunstancias personales del autor, del comportamiento del imputado durante el procedimiento o incluso en otros anteriores, el *quantum* punitivo que le podría esperar en la medida que su sentencia fuera condenatoria, y la disposición que se ha tenido para asumir las obligaciones propias derivadas del proceso penal, como por ejemplo, las citaciones a las diligencias fijadas de manera previa a esa audiencia, y la forma en la cual comparece ante las autoridades, la cual, en caso de que se produzca como consecuencia de una captura, puede elevar las posibilidades que el trasgresor de la norma no acuda a las actividades probatorias subsiguientes, o no cumpla con la sanción punitiva imponible, en caso de que sea ese el resultado final del proceso penal.

Al respecto en la ley 906 de 2004, el legislador estimó la no comparecencia al proceso o a la eventual condena en el artículo 312, al indicar que la falta de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño causado y el examen del comportamiento durante el proceso o en otro anterior, son los aspectos que observar por el Fiscal y por el Juez para restringir la libertad invocando esta causal.

La falta de arraigo del imputado significa esa carencia de vínculos familiares, sociales y laborales en la comunidad y por ello sería posible pensar en la posibilidad de su ausencia en la actuación penal.

Dentro de la misma norma, se establece como requisito para ello el arraigo que se determina por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo, además como sucede cuando la persona, por ejemplo, goza de doble nacionalidad, y tiene las facilidades de abandonar el país o los recursos necesarios para permanecer oculto (Bernate, 2005).

En ese sentido al igual se ha pronunciado la doctrina alemana al considerar que:

El peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino, con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso en particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada según el caso no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular. Por otra parte, el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente de ningún modo, para negar el peligro de fuga. En la práctica, el peligro de fuga representa el motivo de detención más importante, en cuyo caso, para fundar una formula preponderante se invoca la expectativa de una pena elevada (Roxin, 2000, pág. 260).

En el mismo sentido Rodríguez, ha dicho que algunos parámetros que deben analizarse al momento de decidir la existencia del peligro de fuga son:

El arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; b) la pena que podría llegar a imponerse en el caso; c) la magnitud del daño causado; d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal (...) Heinz Zipf menciona entre las circunstancias por considerar el monto de la pena esperada, las relaciones personales del imputado, en particular sus vínculos familiares, la seguridad del puesto de trabajo, el domicilio fijo, los cambios frecuentes de domicilio o trabajo, la utilización de nombres falsos o papeles...” (...) “Al hablarse de ‘peligro’ de fuga, se está haciendo referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado, o bien se vaya a sustraer de la pena que se podría imponer (Rodríguez, 1997, pág. 171).

De ahí que no basta simplemente con la mera enumeración de los requisitos precedidos, sino, es necesario sustentar cada uno teniendo en cuenta el soporte probatorio que lleve a comprender al juez, que la persona cuyo caso está puesto a su discernimiento, es probable que no comparezca a las etapas procesales subsiguientes o no cumpla con la sanción punitiva en el caso de que se llegare a dar.

Por ello, la Corte Interamericana¹ ha planteado, que no es simplemente la posibilidad que una persona abandone su responsabilidad frente a una futura sanción suficiente para restringir la libertad, se podría garantizar su comparecencia mediante caución o prohibiciones específicas como salir del país.

A su turno, el riesgo de obstrucción tiene su soporte Constitucional en el artículo 250 numeral primero, que señala entre otros aspectos que el Fiscal tiene la facultad de: *“Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”*.

Resulta entonces indispensable para el Fiscal, sustentar que la persona a la cual se le pretende invocar esta causal, tiene la posibilidad de afectar el libre recaudo probatorio, influenciado en testigos (por ejemplo para que no den la versión ajustada a la realidad de los acontecimientos), es una constatación efectiva de la posibilidad que tiene el imputado de perjudicar el desarrollo de la investigación, bien sea porque aún no está perfeccionada y éste la pueda afectar, o porque su capacidad económica y personal hacen probable que torpedee el cauce normal del recaudo probatorio ajustándolo a sus intereses.

Esta causal ha sido criticada por la doctrina, acudiendo a dos factores esenciales, el primero, relacionado con la ocurrencia del hecho, por cuando generalmente el material probatorio se agota al momento de su recolección y embalaje, y porque en la mayoría de los casos, la reglas de la experiencia indican que los trasgresores de la norma, pocas veces regresan al lugar donde cometieron el delito, y porque en la medida que el proceso avanza y se tiene todo el material probatorio suficiente, ya que no se justificaría permanecer aún, bajo el yugo de la ley.

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001

Alfredo Rodríguez citando en su obra al profesor Londoño, afirma que dicha causal se torna inamisible por dos razones:

(...) la primera, porque en una buena parte de las infracciones no se presentan rastros o huellas del delito que le imputado pueda alterar o borrar; la segunda, porque según señala la criminología, el imputado rara vez retorna al escenario del crimen para observar si dejó huellas. Luego agrega que, si el argumento pudiera tener alguna validez, habría que concluir que esa detención preventiva perdería su razón de ser una vez que dentro de la correspondiente investigación se hubiera asegurado las pruebas de los rastros y huella dejadas por el delito (Rodríguez, 2005, pág. 140).

A su turno el Tribunal Europeo de Derechos Humanos citado por el doctor Oscar Guerrero plantea frente a esta causal que se deben analizar dos aspectos, uno la capacidad del procesado de influenciar a posibles testigos y dos, la posibilidad de tener acceso a las pruebas, ya sea para ocultarlas o alterarlas. En palabras de Guerrero (2007):

La jurisprudencia de Estrasburgo, más puntual en este aspecto, ha considerado que el riesgo de obstrucción probatoria implica que en caso de posible alteración de pruebas materiales el imputado debe tenerlas en su poder o tener acceso indirecto a ella a través de terceros y en el caso de pruebas testimoniales la jurisprudencia limita el concepto a la capacidad del inculcado de influenciar testigos, perito o coimputados (Guerrero, 2007, pág. 483).

Lo cual sin duda permite su invocación, sólo en la medida que se justifiquen estas especiales circunstancias de lo contrario la causal no prosperará.

En el caso de la tercera causal al igual se sustenta desde el punto de vista constitucional en el artículo 250.1, y se contempla en la normatividad en el artículo 310 y 311 de la Ley 906 de 2004, que dispone la necesidad de restringir el derecho fundamental, al enviar un mensaje contundente a la comunidad donde se lesionó o se puso en peligro del bien jurídico, todo ello de cara a la prevención general, causal destinada de manera especial a la protección de las víctimas, las cuales en el ordenamiento colombiano han tenido múltiples reivindicaciones, en atención a la problemática social que padece el Estado y a los fenómenos de delincuencia que han afectado la convivencia social en los últimos 50 años.

No obstante, en la doctrina existen múltiples críticas frente a la conveniencia de esta causal, por ejemplo, se indica que podría considerarse como una regresión a modelos peligrositas, al pretender sustentar una circunstancia futura que no se ha presentado, simplemente por la calidad

del imputado o sus condiciones personales, situación que a juicio de algunos estudiosos del derecho² constituye una condena anticipada.

Así lo expresa el profesor Onodé Sanguiné en su obra "*Prisión provisional y derechos fundamentales*" cuando destaca:

El riesgo de reiteración es inconstitucional por tres razones: a) el criterio no es determinado y debería serlo, por ejemplo, mediante estudios de criminología empírica que le indiquen al operador las probabilidades de la comisión recurrente de una conducta en determinado ámbito geográfico. b). la función de una medida de aseguramiento de detención preventiva basada en argumentos como la protección de la comunidad en realidad se relacionan con la alarma social, lo que conduce a otorgarle el efecto de prevención general a la prisión provisional, y c) es una manera velada de ocultar lo que en realidad es una captura con fines de seguridad ajenos a cualquier consideración procesal (Guerrero, 2007, pág. 485).

No obstante lo anterior, la legislación colombiana incluye circunstancias disímiles a lo que analiza el profesor Sanguiné del sistema español, matizando aspectos propios de una comunidad diferente que necesita de unos criterios concordantes con su realidad actual, donde la sistematicidad de crímenes que surgen por las circunstancias propias del conflicto armado por ejemplo, exigen un cuidadoso análisis de cara a la posibilidad de la reiteración delictiva en la medida que en la mayoría de los casos, los responsables de crímenes atroces hacen parte de organizaciones delictivas, cuya permanencia está garantizada en el tiempo, por el financiamiento de los dineros provenientes en la mayoría de los casos de prácticas asociadas con temas del narcotráfico.

Bajo esa perspectiva, resulta totalmente viable restringir la libertad en la medida que el individuo cuya limitación al derecho se analiza, es probable que continúe delinquiriendo, por cuanto su capacidad criminal así lo indica, máxime si se trata de un cabecilla de la organización criminal, que puede en muchos casos enfilar su aparato criminal en contra de los familiares de su víctima, o torpedear mediante la intimidación, las versiones que los posibles testigos de sus actuaciones delictivas puedan dar en el desarrollo del debate adversarial que surge en el juicio oral.

² Véase la opinión de Oscar Julián Guerrero en Fundamentos teórico-Constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones nueva jurídica Pág. 485.

Resulta entonces oportuno señalar que la restricción a la libertad personal en los sistemas procesales vigentes en nuestra legislación (y se dice vigentes, en atención a que por el fenómeno de la prescripción la ley 600 de 2000, podría invocarse incluso hasta después del año 2025, más aún, en conductas atribuibles a aforados de los que trata el artículo 235.3 de la Constitución Política), debe ser una medida excepcional, reglada, que amerita un profundo análisis de cara a los fines constitucionales que se pretende enaltecer a través de la vulneración, pero sobre todo mediante una ponderación racional que surge del juicio de proporcionalidad que debe hacer el Juez Control de Garantías o el Fiscal según sea el caso, del grado de afectación al bien jurídico, la intensidad del daño causado a la sociedad y a la víctima, enfrentándolo a la vulneración del derecho constitucional a la libertad, todo ello de cara a los postulados internacionales de administración de justicia, que sin duda, marcan el derrotero a seguir en cuanto a estas afectaciones legitimadas en la misma normatividad interna de los derechos humanos.

1.4 La detención preventiva en la perspectiva de la ley 600 de 2000 y de la ley 906 de 2004

Como quiera que la ley 600 de 2000 se enmarca en una ideología conservadora y la ley 906 de 2004 en una de contenido liberal, surge de ahí la más trascendental diferencia entre ambas sistemáticas.

En efecto, en la sistemática con tendencia inquisitiva que desarrolla la ley 600 de 2000, el fiscal se torna en un fisjuez, extraño apareamiento apenas propio de una sistemática que privilegia al estado y sacrifica al individuo. Así se comporta el fiscal porque tiene la potestad de practicar actos preparatorios de la jurisdicción como son las medidas precautelativas reales (embargo y secuestro) y personales (captura y detención). El asunto empeora si se tiene en cuenta que el fiscal cumple netamente la función jurisdiccional al poder emitir resolución de preclusión.

Se puede entender la preclusión como la figura que termina con el trámite del proceso penal sin pasar por todas las etapas procesales, debido a que no existe mérito para sostener la acusación, en la actualidad la preclusión se encuentra en manos del juez de conocimiento esta es otra de las diferencias que se puede encontrar entre las dos normas, se encuentra contenida en el código de procedimiento penal artículo 331 y sus causales para que el fiscal la solicite ante el juez están en el artículo 332, entre ellas podemos vislumbrar que algunas son de carácter subjetivo las cuales

netamente pueden ser solicitadas por el fiscal y otras de carácter objetivo como el numeral 1ero y 3ero y pueden ser solicitadas por el ministerio público, fiscal y defensa

“ARTÍCULO 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.”

En la sistemática tipo acusatoria que políticamente fundamenta la constitución de 1991 y que desarrolla he implementa la ley 906 de 2004, el asunto es completamente diferente. La fiscalía se ubica en su exacta dimensión de órgano de persecución y todo el ámbito de la jurisdicción le sigue correspondiendo, como es obvio, al juez de conocimiento.

De tal manera que, constatado el avance entre la ley 600 de 2000 y la 906 de 2004, se tiene hoy claro que aquel acto de preparación de la jurisdicción inherente a las medidas precautelativas dejan de ser potestad del fiscal y pasan a ser desempeñados por el juez de control de garantías. De la detención preventiva a manos del fiscal se pasa a la detención preventiva a juicio de la judicatura, quien habrá de imponerla o de negarla no sin antes agotar los juicios de ponderación y de proporcionalidad.

En esta nueva perspectiva no tendría por qué extrañarse entonces un texto del contenido del artículo 295 del código de procedimiento penal, según el cual, lo atinente a la afectación de la libertad personal es la excepción y no la regla general porque sencillamente para cuando se vaya

a afectar debe hacerse de manera restrictiva. En efecto: “ARTÍCULO 295. 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.”.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Los órganos colegiados, siempre han considerado necesaria la protección de los derechos humanos y en especial de aquellas personas más vulnerables, en ese contexto, han desarrollado una línea jurisprudencial concordante con el modelo de Estado que privilegia el respecto de la dignidad y sanciona las intromisiones arbitrarias en la vida cotidiana de los ciudadanos que hacen parte del contrato social.

En ese entendido, constantes pronunciamientos han llamado la atención de los jueces y de los servidores encargados de hacer cumplir la ley para que racionalicen el uso de la detención preventiva y se aplique solamente a situaciones excepcionales, a partir de un estudio juicioso del caso en contraste con los principios de proporcionalidad, necesidad y adecuación, todo lo anterior en procura de efectivizar el aparato represor, descongestionar el sistema penitenciario y minimizar los riesgos de perjuicios para el ser humano, quien debe soportar en ocasiones de manera injustificada o arbitraria la restricción a su derecho a la libertad.

En ese contexto, a continuación se compilan algunas decisiones de los órganos colegiados que tienen directa injerencia en el aparato judicial colombiano, con el fin de conocer los lineamientos que deben observar los servidores judiciales y demás intervinientes en las causas penales cuando se analiza una restricción al derecho a la libertad y la importancia de entender esta medida como una opción a la que se puede acudir como último recurso en un proceso judicial, priorizando aquellos casos donde se hace necesario, justo y proporcional una intervención tan invasiva de derechos fundamentales.

2.1. La detención preventiva en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Lo primero que se debe señalar, es que la corte como salvaguarda de la Constitución de 1991, encontró en múltiples decisiones (sentencias: C-106 de 1994, C-327 de 1997, C-689 de 1996 y C-327 de 1997, C-774 de 2001), ajustado a los postulados de la Constitución de 1991 la posibilidad de restringir el derecho fundamental a la libertad, al respecto indico:

Las medidas de aseguramiento no requieren de juicio previo. Ellas pueden aplicarse, a la luz de la Constitución, si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Carta. Así, si media orden escrita del juez competente, se han cumplido las formalidades que la ley consagre al respecto y el motivo de la detención, conminación, prohibición de salida del país o caución está nítidamente consagrado en norma legal preexistente, tales medidas se ajustan al mandato constitucional y no implican desconocimiento del debido proceso, aplicable en el caso de las penas. Pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión correspondiente podría tropezar -casi con certeza- con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse (Sentencia C695, 2013).

Lo anterior quiere significar que siempre y cuando se observen los presupuestos contenidos en el artículo 28 constitucional y se cumpla la ley que lo reglamenta, es posible restringir el derecho a la libertad, por ello no es absoluto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales (Sentencia C327, 1997).

Las privaciones legítimas a la libertad personal son llevadas a cabo por esencia en el marco de la actuación penal, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos (Sentencia C-1154, 2005).

Estas medidas, al tenor de lo señalado por la Corte tienen que cumplir con unos requisitos, los cuales cumplen desde la perspectiva del principio de libertad de configuración legislativa con la función de marcar el camino a los operadores jurídicos para verificar su cumplimiento, caso contrario se genera una afectación resarcible por vía contenciosa incluso patrimonial.

Bajo esa premisa, frente a la libertad de configuración legislativa la Corporación ha señalado:

(...) de manera específica, en ejercicio de la potestad oficial de sancionar, el legislador dispone de un margen de autonomía, no solo para penalizar conductas, sino también para elaborar modelos de procesamiento acordes con la política criminal que pretenda promover, con los momentos y requerimientos de tipo histórico y político y las razones de conveniencia pública que crea aconsejable atender. Puede optar, así, por diseñar sistemas de proceso penal con rasgos definidos de uno u otro modelo teórico, con diversas fases, medidas cautelares, competencias y procedimientos de investigación (Sentencia C1086, 2008).

Lo que permite que el legislador en desarrollo de un análisis de política criminal pueda adecuar a las realidades sociales los requisitos que debe observar el juez y demás intervinientes en la causa procesal a la hora de imponer una medida restrictiva de derechos, en desarrollo de esa función las normas procesales construidas desde la constitución de 1991 han traído y compilado artículos donde se señalan los derroteros para la limitación al derecho.

Aquellas normas, deben estar ajustadas a los presupuestos de la constitución, así ha quedado sentado por la Corte y se ha analizado en algunas de sus decisiones, a manera de ejemplo al respecto este órgano colegiado ha señalado:

Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. Los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte (Sentencia C774, 2001).

Ubica dentro de sus consideraciones específicas unos límites, formales y sustanciales, frente a los primeros, los formales la Corte señala primero el principio de legalidad y segundo la reserva judicial.

Frente a la reserva legal la Corte ha señalado:

(...) tratándose de la libertad personal, la Constitución Política establece una estricta reserva de ley, siendo entonces el legislador el llamado a establecer los casos y a fijar las condiciones que tornen viable la privación de la libertad, tarea que redundará en beneficio del derecho en la medida en que los asociados cuentan con la definición de los eventos en los cuales resulta posible afectarlo (...) Al definir las causales de detención preventiva el legislador, actuando bajo el marco de la carta y en atención a la política criminal que adopte, utiliza los criterios que estima adecuados al logro de las finalidades de esa específica medida de aseguramiento... (Sentencia C774, 2001).

Según la Corte, “los supuestos y requisitos para la privación de la libertad o su limitación corresponde definirlos únicamente al legislador, como exigencia especial de salvaguarda de seguridad de los ciudadanos, pues permite que estos conozcan previamente las condiciones y circunstancias en las cuales pueden ser objeto de afectaciones en su derecho. Esta potestad debe ser ejercida por el Congreso de la República con arreglo a los fines de política criminal que crea conveniente perseguir, siempre que tanto ellos como los medios empleados sean compatibles con los mandatos constitucionales” (Sentencia C469, 2016).

Bajo esa premisa, el legislador debe analizar la problemática social que afecta a la colectividad, el índice de conductas que comenten los ciudadanos, los niveles de reincidencia el hacinamiento carcelario, y con base en estudios de política criminal verificar si las condiciones sociales económicas y culturales permiten la inclusión de dichos requisitos en la realidad judicial cotidiana.

Al tenor de la Corte, “el órgano de representación popular está facultado, pero al mismo tiempo obligado, a crear tales supuestos de forma estricta y precisa y le está prohibido, por ejemplo, atribuir a una autoridad administrativa, a los jueces o a un órgano de representación popular descentralizado esa potestad constitucionalmente conferida. No le es está permitido, tampoco, crear una regulación general o conjunto de supuestos que hagan determinable por otros funcionarios las razones y exigencias para fijar dichas limitaciones a la libertad. No le es consentido, en suma, auto despojarse ni siquiera parcialmente de esa específica atribución. **Debe**

establecer de modo claro y exacto tanto las formalidades como los motivos que permiten al juez emitir una medida de aseguramiento” (Sentencia C469, 2016) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Frente a la reserva judicial, la Corte ha señalado de manera reiterada que la “libertad personal solo puede ser jurídicamente intervenida mediante mandamientos emitidos por autoridades judiciales, no por otros funcionarios u órgano pertenecientes a ramas distintas del poder público. **Exclusivamente en los jueces reside la competencia para privar o decretar restricciones a la libertad en un proceso penal**” (Sentencia C469, 2016) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Bajo ese criterio, el legislador fija los parámetros que se deben tener en cuenta al momento de imponer una medida de aseguramiento, para tal fin, desarrolla un estudio de política criminal sobre las situaciones que afectan la colectividad, no obstante en esa consagración normativa no puede bajo ninguna circunstancia investir a persona diferente que la autoridad judicial de facultades para restringir el derecho a la libertad personal, de hacerlo dicha norma resultaría contraria a la constitución.

En resumen, y en palabras de la Corte, “los límites formales de las medidas de aseguramiento consisten en (i) la reserva de ley en la creación de sus supuestos y (ii) la reserva judicial en su imposición. (iii) La reserva de ley implica la atribución exclusiva al legislador del diseño de las medidas de aseguramiento y, como correlato, la prohibición de delegar esta función a otra autoridad. (iv) La reserva judicial, por su parte, limita al legislador al establecer el funcionario competente para decretar las medidas de aseguramiento, que no puede ser uno diferente que el juez” (Sentencia C469, 2016).

Ahora, frente a los límites sustanciales, la jurisprudencia de la Corte identifica cuatro a saber: “la determinación inequívoca de los motivos por los cuales procede la restricción de la libertad (estricta legalidad de las medidas de aseguramiento), la excepcionalidad, proporcionalidad y gradualidad de las medidas aflictivas de la libertad personal” (Sentencia C469, 2016).

En cuanto a la legalidad estricta, guarda relación con la reserva legal en la medida que le corresponde al legislador definir de manera clara cuales son los tipos penales, las conductas que ameritan una restricción a la libertad, un mensaje claro dirigido a la colectividad que queda notificada una vez se promulga o sanciona la norma y es publicada en el diario oficial.

En palabras de la Corte, “el legislador no puede emplear lenguaje especialmente vago, ambiguo o indeterminado, de tal manera que la identificación de los supuestos de afectación de la libertad en realidad quede en poder del juez. Es claro, sin embargo, que las mencionadas exigencias de técnica legislativa en materia penal cobijan aspectos diferentes cuando someten al legislador en el plano del derecho sustancial que cuando lo hacen en el marco de la definición de las circunstancias por las cuales tiene lugar la imposición de una medida de aseguramiento” (Sentencia C123, 2004).

En el mismo sentido, aparece la excepcionalidad como limite sustancial, ha indicado que su aplicación no debe ser la regla general, aquello contraviene los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos que reconocen su carácter restringido, implica una racionalización de cara a la posibilidad de aplicarla solo como *ultima ratio*, en ese contexto la Corte ha señalado:

Según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos consagrados en la Carta “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” y, en lo que se refiere a la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, señala, en su artículo 9º, que “no debe ser la regla general”, pero que “su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo”, al paso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada mediante ley 16 de 1972, indica en su artículo 7º que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas” (Sentencia C327, 1997).

(...)

Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales a los que se acaba de aludir se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas (Sentencia C327, 1997).

En torno a la proporcionalidad, la Corte ha destacado que si bien es cierto la restricción al derecho a la libertad se encuentra ajustada a la constitución como se ha referido con anterioridad, su aplicación es restringida, limitada al estudio del caso concreto, una medida tan invasiva de derecho solamente se puede aplicar cuando se justifique de conformidad con los fines constitucionales definidos.

Como lo desarrolla la Corte, “el principio de proporcionalidad es un criterio regulativo que proscribe al legislador prever limitaciones o privaciones de la libertad con el propósito de obtener fines no compensables con las afectaciones producidas o que comporten un sacrificio exagerado de los derechos del imputado en comparación con los bienes asegurados. Pero, al mismo tiempo, determina el tipo y grado de restricciones autorizadas a partir del objetivo invocado y el conjunto total de las condiciones que regulan su procedencia, en aras de mantener en un grado razonable las intervenciones efectivas a los derechos del imputado” (Sentencia C805, 2002).

Finalmente, la necesidad de la restricción está ligada al principio de proporcionalidad, su aplicación basándose en este principio implica la no existencia de una medida menos invasiva de derechos humanos que se pueda aplicar en el caso concreto, es la materialización del test de ponderación directamente relacionado con los fines constitucionales que se persiguen con la restricción de la libertad.

2.2. La detención preventiva en las decisiones del Consejo de Estado

El Consejo de Estado ha fijado unos criterios para declarar responsable al Estado por aplicar de manera irregular la privación de la libertad, en ese contexto le corresponde “indemnizar los perjuicios causados se acudió a la equidad, la cual estaba configurada dentro del principio de igualdad frente a las cargas públicas, según el cual nadie está obligado a soportar más perjuicios que el resto de la comunidad por causa de una actuación que supuestamente beneficia a toda la sociedad” (Galindo, 2002, pág. 17).

Bajo ese criterio, existe responsabilidad del Estado cuando el hecho no existió, el procesado no lo cometió o la conducta era atípica, análisis que corresponde a una de las líneas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado frente a la responsabilidad objetiva, derivada de lo señalado en el derogado artículo 414 de la ley procesal penal.

En este criterio de responsabilidad, “no es necesaria la demostración de un error cometido por la autoridad judicial; al afectado le basta probar que le fue impuesta una medida que infirió en la privación de su libertad durante el proceso penal que finalizó con decisión absolutoria, con el fin de imputarle responsabilidad extracontractual en cabeza del Estado y así surja la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano” (Consejo de Estado, 2017).

Esta posibilidad de reconocimiento, no fue la constante en las decisiones el Consejo de estado, su línea cambio después de los 80 especialmente ante la llegada de la constitución de 1991, antes se consideraba que el juez podía cometer errores y ello hacia parte de su discrecionalidad, “los daños causados por el juez era el costo que debían pagar los administrados por el hecho de vivir en sociedad, en orden de preservar el principio de cosa juzgada y, por ende, el valor social de la seguridad jurídica, por manera que la responsabilidad en tales eventos era exclusiva para el juez en el caso de que hubiera actuado en un error inexcusable” (Consejo Estado, 2002).

Aquello cambio al incluir en la Constitución Política el artículo 90 y la cláusula general de responsabilidad, norma superior que establece:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Senado, 1991).

Partiendo de esa base, vario su jurisprudencia contemplando la posibilidad de indemnizar a las personas cuya restricción a la libertad hubiera sido arbitrario o injusta, teniendo en cuenta que esta tiene serias repercusiones desde la perspectiva de la presunción de inocencia y el desarrollo de su personalidad y entorno familiar.

Al respecto señalo la corporación: “se trata de que los administrados conozcan que cuando sus jueces incurran en eventuales conductas abiertamente contrarias a derecho y generadoras de daos

materiales y morales, junto con su personal responsabilidad origina también en el propio Estado su obligación resarcitoria” (Consejo de Estado, 1992).

Se ha acuñado al igual en el seno de la corporación un concepto de falla del servicio, relacionada con la actuación de los funcionarios que preliminarmente restringen la libertad, ha sido debidamente clasificada por la jurisprudencia del Consejo de Estado de la siguiente manera:

“Falla presunta: Corresponde al accionante probar la existencia del perjuicio causado. (Sección Tercera 4484, 1989).

Falla probada: Esta nace a la vida jurídica cuando la actuación administrativa produce el daño, no habrá lugar a responsabilidad cuando se determine la existencia de una culpa exclusiva de la víctima o la responsabilidad derive del hecho de un tercero. (Sección Tercera 17393, 2009).

Falla anónima: No se requiere acreditar la identidad del servidor o funcionario que propicio, facilitó, permitió o realizó el daño, basta evidenciar la existencia del nexo causal con el servicio a cargo del Estado. (Sección Tercera 19041, 2009).”

Todo ello relacionado con la privación injusta de la libertad, especialmente cuando se aplica de manera preliminar y se restringe la libertad sin tener presentes los límites señalados por la jurisprudencia y la ley, especialmente cuando no se racionaliza dicha afectación en el seno de la actividad judicial cotidiana, situación que representa una afectación para la persona que resulta vulnerada con esa conducta.

En esencia, se envía un mensaje contundente a los jueces que intervienen en la actuación penal, con el fin de que cumplan a cabalidad con los presupuestos señalados en la ley y la jurisprudencia para la detención preventiva de un procesado.

2.3. La detención preventiva desde la perspectiva de la corte suprema de justicia

La construcción jurisprudencial a cargo de la corte suprema de justicia en esta materia no ha sido lastimosamente ni ejemplarizante ni uniforme. Los vaivenes entre decisión y decisión están puestos al día y eso contribuye a la inseguridad jurídica y a la desestabilización de la institución en el tratamiento que deben darle los jueces.

Aunque este no es el espacio adecuado para agotar el tema, debe decirse de todas maneras, con algún grado de preocupación, que el ejemplo dado por la jurisprudencia de la corporación citada arroja la posibilidad de afirmar que el hacinamiento carcelario en referencia a las personas en detención preventiva, es responsabilidad en alto grado de los jueces de control de garantías por que ciertamente en la práctica es más fácil imponer la detención en cárcel, simplemente porque el individuo es un peligro para la sociedad o para la víctima, porque nunca más va a volver a comparecer o porque habrá de distorsionar la evidencia.

Nos obstante lo anterior se registra un sector de la jurisprudencia de la corte suprema que se aferra, desde los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional, a la tesis de la necesidad de la detención.

Así mismo la corte ha realizado pronunciamientos frente al plazo razonable que debe contener el proceso hasta que exista una sentencia definitiva o en firme y el plazo que debe existir frente a la detención preventiva

“Con la entrada en vigor de los términos previstos en el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, a partir del 1º de julio de 2017 (según el art. 5º ídem), es dable afirmar que, en Colombia, salvo lo previsto en los parágrafos 2º y 3º del art. 317 de la Ley 906 de 2004, “el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres 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 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo del C.P., 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, de la defensa 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 no privativas de la libertad de que trata el presente artículo”. (radicado No. ap4711 de 2017)

No basta solo con que se aplique la medida, el juez debe ser consciente que existe un plazo razonable y de sobrepasarse de este, vulneraría por completo los principios constitucionales y derechos fundamentales que posee el procesado, frente a esto la corte suprema ha manifestado

“La Corte ha indicado que la detención preventiva de una persona acusada de un delito restringe su derecho a la libertad personal, con el propósito de garantizar otros fines constitucionales. Sin embargo,

también ha precisado que los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que, además, de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena, pues se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva y terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la sanción, con evidente menoscabo del principio de presunción de inocencia.” (sentencia con radicado No. No. ap4711 de 2017)

No deja de lado la corte que es una premisa fundamental que la medida de aseguramiento son una herramienta dentro del proceso, no una declaración anticipada de la condena del procesado, por ello la importancia de que no se rompa el núcleo fundamental del derecho al debido proceso sobrepasando los términos razonables

“la Sala fijará como premisas genéricas de resolución, en primer lugar, algunos aspectos pertenecientes al debido proceso penal en su faceta cautelar- accesoria, propia de las medidas de aseguramiento (debido proceso cautelar), que activan una protección reforzada del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.” (sentencia N° 94.564, magistrada ponente Patricia Salazar Cuellar, 18 de octubre 2017)

La política criminal del estado no puede ser una excusa para llevar al extremo la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues, aunque una persona se encuentre como procesado no pierde sus derechos fundamentales, sobre esto la corte ha manifestado:

“Lo anterior significa que la política criminal del Estado y el deber de proteger a los niños, niñas y adolescentes deben articularse, de manera que las medidas, decisiones y disposiciones adoptadas por los distintos poderes públicos - especialmente el legislativo-, guarden armonía con los principios en que se funda el Estado social de derecho, puntualmente en aquello relacionado con el catálogo de garantías que reconoce para todos habitantes del territorio nacional –incluidos los infantes y los infractores de la ley penal-. De lo contrario, tal actuación pasaría de perseguir un objetivo legítimo a materializar un abierto desconocimiento de otros derechos también cobijados por la Constitución.” (Sentencia Radicado No.84957, magistrado ponente, José Francisco Acuña Vizcaya).

2.4. Detención preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

La Corte Interamericana en su jurisprudencia ha cuestionado la utilización desmedida de la detención preventiva, la corporación considera que ha sido utilizada como una política de seguridad enfocada a pretender a través de actuaciones masivas generar seguridad en la sociedad, si una adecuada política criminal que permita determinar de manera específica la causa de los fenómenos delictivos y la violencia creciente en la región.

En ese sentido textualmente señala:

El uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. El uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia (CIDH, 2013, pág. 183).

Además, se identifican por lo menos cinco principios concordantes que deben ser tenidos en cuenta al momento de valorar un hecho que amerite la restricción preliminar de la libertad:

- ✓ La prisión preventiva constituye una medida excepcional
- ✓ La prisión preventiva debe ser proporcional
- ✓ La prisión preventiva debe ser necesaria
- ✓ La prisión preventiva no puede estar delimitada por el tipo de delito
- ✓ La prisión preventiva no puede estar delimitada por la gravedad del delito.

Estos aspectos, han sido desarrollados como ya se destacó por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a continuación, brevemente se señalarán los apartes donde se hace evidente el análisis en relación con cada uno de estos principios.

1. La prisión preventiva constituye una medida excepcional: “La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de

inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática” (Caso Tibi Vs. Ecuador, 2004).

2. La prisión preventiva debe ser proporcional: “La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción” (Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, 2009).
3. La prisión preventiva debe ser necesaria: “El Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención” (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, 2005).
4. La prisión preventiva no puede estar delimitada por el tipo de delito: “La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana,

independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención” (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1997).

5. La prisión preventiva no puede estar delimitada por la gravedad del delito: “La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad⁶⁵, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante, lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado (supra párr. 72). Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo” (Caso Bayarri vs. Argentina, 2008).

Nótese que los principios destacados por la Corte Interamericana, el Estado colombiano vulnera muchos de ellos, especialmente por la gravedad del delito (313-1) y la clase de delito (313A-2), situación que ha sumado al hacinamiento carcelario hace que fácilmente pudiéramos ser sancionados por vulnerar los mandatos del sistema interamericano y los tratados internacionales ratificados por Colombia para la defensa de los derechos humanos.

3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO LA *ÚLTIMA RATIO*

La Ley 1760 de 2015 estuvo pensada para racionalizar la detención preventiva, con el fin de entender esta como la *última ratio*, es decir, como una medida de carácter excepcional, restringida a las conductas más graves y lesivas para la colectividad, resultado de un test de proporcionalidad que le corresponde al operador judicial.

En palabras del gobierno nacional:

La Ley 1760 de 2015 es una de las iniciativas del Gobierno Nacional por implementar una política criminal integral, coherente y racional que no responda al vaivén de los titulares de noticias y que esté orientada hacia la garantía de los derechos fundamentales de las personas (Minjusticia, 2018).

Señala dentro de sus apartes “que solamente se podrá imponer detención preventiva cuando se pruebe que ninguna de las otras nueve (9) medidas no privativas de la libertad son suficientes para garantizar la comparecencia del procesado, la integridad de la prueba o la seguridad de la sociedad o la víctima” (Minjusticia, 2018).

A pesar de dicha configuración legislativa, las detenciones en las actuaciones parecen estar en aumento, al menos esa es la sensación que se advierte al constatar la crisis penitenciaria y carcelaria la cual desbordó la capacidad del Estado, en palabras del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR):

La realidad sigue siendo dramática:

- ✓ Hay 115.792 personas privadas de libertad (cifras oficiales con corte al 28 de febrero de 2018).
- ✓ Las tasas de hacinamiento superan el 365 por ciento en algunos centros de detención.
- ✓ La calidad de atención primaria y el acceso a servicios especializados de salud es deficiente.
- ✓ Falta espacio de esparcimiento y resocialización.
- ✓ La infraestructura es obsoleta por falta de mantenimiento (CICR, 2018).

Mucho de ese hacinamiento y profunda crisis causada como lo señala la Corte por la política criminal reaccionaria, populista a través de la cual se incluyen medidas represivas, retrogradas que no se compadecen ni se acomodan al modelo de Estado, ni el sistema procesal vigente de tendencia acusatoria (Sentencia T-765, 2015).

En palabras de la Corte:

En la etapa de ejecución de penas y medidas de aseguramiento es en la que se muestran los síntomas de todas las dificultades que emergen de la política criminal actual. Entre dichos síntomas se encuentran afectaciones relacionadas con las condiciones de reclusión a las que, sindicados y condenados, son sometidos: el hacinamiento y las otras causas de violación masiva de derechos, la reclusión conjunta entre condenados y sindicados, las fallas en la prestación de los servicios de salud en el sector penitenciario y carcelario, la precariedad de la alimentación suministrada y las condiciones inhumanas de salubridad e higiene de los establecimientos de reclusión, entre otras (Sentencia T-762, 2015).

En ese contexto resulta indispensable analizar si efectivamente la restricción a la libertad debe ser la regla o la excepción, si esas medidas desde la perspectiva de la política criminal encuentran un ajuste significativo y si el desarrollo de los postulados contenidos en la normatividad vigente permite de manera adecuada aplicar el test de proporcionalidad ya conocido, temas que a continuación serán desarrollados.

Como quiera que la ley 1760 de 2015 consagró un término de un año para que a la persona en detención preventiva se le resolviera definitivamente la situación jurídica, obviamente con la pertinente sentencia, so pena de merecer entonces la libertad provisional, y esta situación llegó a extremos tales que alcanzó a generar enorme preocupación de los estamentos oficiales en razón a la enorme cascada de libertades que se venían, se profirió entonces la ley 1786 de 2016, lejana como se verá a perspectivas coherentes y sensatas.

En efecto, lo que hizo esa ley de 2016 fue ampliar el término de 12 meses a 24 meses para la definitiva resolución de la detención preventiva, siempre y cuando lo invoque el fiscal pertinente, tres meses antes del vencimiento del término de doce meses, y en situaciones muy coyunturales previstas en el artículo primero, esto es, “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 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal)”.

Consideramos entonces que la pretensión del legislador es la de mantener incólume la protección a la sociedad, y aún a la víctima, con la prolongación de ese término de privación de la libertad

que, se insiste, se justifica solo y en tanto el individuo lo requiera. Sobre el particular ha puntualizado la Corte Constitucional lo siguiente en la C-221 de 2017:

“...es del criterio que el plazo máximo fijado por el art. 1º de la Ley 1786 de 2016 para “evacuar” los procesos con personas privadas de la libertad se extiende hasta la audiencia de lectura de fallo de segunda instancia. Para la Corte Constitucional, ese término funciona como “una cláusula general de libertad a favor del acusado, fundada en un cálculo del tiempo prudencial que toma el trámite del proceso, precisamente, hasta la adopción del fallo que resuelve la apelación contra la sentencia”. De ahí que, en criterio de esa Corporación, “las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no pueden exceder de un año, regla fundada en que este término de detención sin que haya sido resulta la apelación de la decisión de primera instancia resulta razonable para que el acusado sea dejado en libertad”.

Conviene insistir en que la necesidad de la privación preventiva de la libertad es una cosa y otra muy diferente es el tema de la autoría y participación en la realización del delito. Aquella está prevista en el artículo 308 y ésta en el artículo 287 que inconvenientemente se repite como exigencia para detener.

Puestas las cosas en su sitio, muy a pesar de aquella inconsistencia legislativa, deberá expresarse que para imputar (artículo 287) se requiere ser autor o partícipe del delito, en tanto que para detener se exige la necesidad de la medida (artículo 308), no la de ser autor o partícipe. Si fuera así, se podría afirmar que, a todo autor o partícipe, per sé, se le impondría la medida de aseguramiento de detención.

3.1 Definición de la detención preventiva

Una vez determinado el paso que ha tenido por nuestra legislación y jurisprudencia la detención preventiva procederemos a determinar lo concerniente con esta figura, por lo que es pertinente iniciar explicando que la libertad es un derecho fundamental consagrado en el artículo 28 de nuestra constitución del 91, de igual manera en el artículo 2 y 296 de la ley 906 de 2004.

La libertad es la condición de una persona que no se encuentra sometida a reclusión y puede ser restringida mediante, captura art.297 C.P.P, medida de aseguramiento art. 307 C.P.P y sentido de fallo o sentencia art.446 C.P.P.

Conviene antes que nada distinguir entre captura y detención porque son dos asuntos que suelen confundirse fundamentalmente por los medios de comunicación en tanto se ocupan de las noticias judiciales. La captura es un acto material, regulado a partir del artículo 297 del código de procedimiento penal, en tanto que la detención es una operación jurídica procesal. No podrá imponerse detención a nadie a quien no se le haya realizado imputación, razón por la cual está se torna en presupuesto suyo. En cambio, respecto de la captura, no es menester que se haya formulado imputación; de hecho, se dispone la captura para conducir a un individuo a la imputación. Sin embargo, también es bueno precisar que habrá eventos en los cuales se formule imputación, se impone medida de aseguramiento detención preventiva en cárcel, en la residencia u hospitalaria y se procede a ordenar la captura para estos fines.

En estricto orden, y de acuerdo con la fundamentación política de la sistemática tipo acusatorio que es la que gobierna la ley 906 de 2004, como quiera que la libertad personal no es un derecho absoluto, desde el artículo 295 encontramos que la prisión preventiva o restricción al derecho fundamental libertad que posee el imputado es de carácter excepcional y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable. Posee tres características, es una medida cautelar, personal (recae solo sobre personas) y es provisional, es decir aún se presume la inocencia.

La detención preventiva se justifica solo y en tanto sea necesaria a la protección de la víctima, a la protección de la sociedad, la protección de los elementos o evidencias y a la comparecencia del imputado a la actuación. Este presupuesto básico se deriva además del contenido del artículo 296 del código de procedimiento según el cual:

“ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.”.

La solicitud de la imposición de la medida de aseguramiento es realizada por el fiscal al juez de control de garantías, pero si este no lo lleva a cabo podrá ser la víctima o su representante quien

leve la solicitud, para solicitar dicha medida es necesario planea identificación e individualización, el delito, evidencia y que exista urgencia.

El juez deberá evaluar la pertinencia de la medida conforme a los postulados del artículo 308, cuando los elementos materiales probatorios, permitan una inferencia razonable que deje ver una presunta autoría o participación del procesado, además se deberá tener en cuenta que la detención preventiva procederá en los delitos competencia de los jueces penales del circuito especializado, encontrados en el parágrafo del artículo 313 C.P.P., en los delitos investigables de oficio cuya pena sea igual o superior a cuatro (04) años, delitos relacionados con derechos de autor (defraudación superior a 150 smlmv) y que la persona no cuente con SPOAS (sistema de información de la Fiscalía General de la Nación para el Sistema Penal Oral Acusatorio) con tres años de anterioridad.

Adicional a esto en el inciso del numeral cuarto con la expedición de la ley 1826 de 2017 en su artículo cuarto deja claro que el juez no solo deberá tener en cuenta todo lo anteriormente expuesto, es decir no basta la entidad de los delitos imputados, la gravedad y modalidad de la conducta “*nomen iuris*” (principio de la primacía de la realidad), sino que además deberá considerar que la libertad del procesado es un peligro futuro para la comunidad.

No pasa desapercibido para nadie que en Colombia estamos en un ir y venir según el escándalo del momento, el legislador suele creer que a cada hecho rimbombante debe responderse con la creación de un nuevo delito o aumentar las penas, ya que se ha generado la idea, que si la persona no es privada de su libertad en un centro penitenciario durante la actuación penal hay impunidad, aterrizando esta última idea más a la realidad podemos tomar como ejemplo el tema del feminicidio, no puede pretenderse que un agresor sea juzgado como un peligro futuro para la comunidad femenina, cuando su intención aparentemente es solo terminar con la vida de quien fuera la víctima, es decir no cabe el fin de la medida de aseguramiento de proteger a la comunidad.

Las medidas de aseguramiento se clasifican en medidas privativas y no privativas de la libertad, están reguladas por el artículo 307 y dentro de ellas podemos apreciar que las dos medidas privativas de la libertad consisten en detención preventiva en establecimiento de reclusión y detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento, común mente conocido como detención domiciliaria u hospitalaria.

Es importante que siempre que se vaya a tomar una decisión de este tipo el juez de control de garantías tenga en cuenta los requisitos objetivos (artículo 313 C.C.P.), el cual no requiere valorización, más el requisito subjetivo, que a diferencia del objetivo si requiere valorización (la medida a imponer sea o no privativa de la libertad) ;Lo necesario para que el juez tenga en cuenta a la hora de determinar o no la medida se encuentra dentro del artículo 308 del C.P.P. en este artículo el legislador da una mirada consistente en la intervención criminal:

“ARTÍCULO 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 puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes

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.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.”.

Se equivoca el juez de control de garantías cuando, de conformidad con la literalidad de esa norma, impone detención por que el imputado sea considerado autor o participe. Si así fuera, obviamente a todo imputado habría que imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva. La implementación de la detención, debe contener motivos grandes y fundados, sobre el porqué, el individuo es un peligro para la sociedad, para la víctima, para el elemento evidencia, o por que el individuo no vaya a volver a comparecer, se deben examinar diferentes aspectos concernientes a la conducta como lo son la gravedad, esto es actos preparatorios,

concomitante o subsiguientes, la modalidad es decir que sea culposa, dolosa o preterintencional más la pena imponible correspondiente al delito que se le atribuye al procesado.

En cuanto a la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, existen unas causales específicas, donde la persona recluida puede solicitar cumplir su detención preventiva carcelaria por una detención domiciliaria u hospitalaria, siempre y cuando se cumplan los fines que busca la detención, deben ser adultos mayores de 65 años, mujeres a quienes les falten dos meses para el parto y seis meses posteriores a la fecha de nacimiento, persona que se encuentre en estado grave de enfermedad (estado terminal), que no es lo mismo que una enfermedad grave previo dictamen médico oficial y ser madre o padre cabeza de familia, o tener un hijo menor que sufra una incapacidad permanente, la prohibición que existe frente a los delitos competencia de los jueces penales del circuito especializado tiene su excepción para el numeral 4to del artículo 314 ya que se protege la dignidad, como lo plasma la sentencia C-318 de 2008:

“El papel del operador judicial desvirtúa entonces que la detención preventiva sea la regla general, así como la presunta violación a la dignidad humana pues su deber es velar por la eficacia de los derechos fundamentales del imputado, sin importar la gravedad del delito.” (sentencia C-318 de 2008).

Así mismo las medidas no privativas de la libertad, que son realmente nuevas en nuestra legislación ya que fueron incorporadas a partir de la ley 906 de 2004, son las siguientes, la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, la obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe, la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, la prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas, la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. Es elección del juez la forma de imponer estas medidas puede imponer una o varias de estas y si se encontrara frente a una persona insolvente no podrá implementar el numeral octavo. Los requisitos objetivos para las medidas de

aseguramiento no privativas de la libertad se encuentran en el artículo 315 C.P.P. ellos son, delitos cuyas penas principales corresponden a la multa o pena mínima inferior a 4 años o que la forma de noticia criminal se haya dado a conocer mediante el medio formal querrela en la sub-fase de indagación.

La medida de aseguramiento podrá ser revocada siempre y cuando se desvirtúe la inferencia razonada de autoría o participación solo se podrá solicitar hasta el sentido del fallo, es el juez de conocimiento quien decide frente a esta solicitud.

Como mencionamos inicialmente la libertad puede coartarse en tres momentos de los cuales ya hemos pasado por dos de ellos, la captura art.297 C.P.P y medida de aseguramiento art. 307 C.P.P a continuación procederemos a explicar sentido de fallo o sentencia, regulado en el artículo 446 C.P.P., la cual afecta también la libertad cuando se impone la pena de prisión, si bien, ambas tienen como centro al procesado, tienen límites diferentes ya que la pena se encuentra determinada por el principio de culpabilidad y la detención preventiva está limitada por el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, esta estructura ha tenido sus críticas pues la detención preventiva es vista como la solución, ni siquiera la pena, desbordando el fin de la medida de aseguramiento ya que estamos limitando el derecho a la libertad más allá de lo estrictamente necesario, es por esto por lo que parte de la doctrina ni siquiera apoya la existencia de esta medida en su lugar habla de abolición

“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 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.).

Es innegable que esta figura ha sido fuente de polémica pues tiene la misma naturaleza que la pena, recae sobre alguien cuya presunción de inocencia se supone se encuentra aún latente, pasando por encima de cualquier garantía procesal y dando casi que de inmediato el castigo, no podemos pasar por alto que la sociedad desea que el aparato judicial actúe y se apliquen con

severidad las medidas cautelares, pero estas no pueden irrespetar los derechos fundamentales del procesado.

Esas necesidades que tiene el estado para justificar medidas como la detención preventiva solo logran dejar en evidencia unos actos de corte inquisitivo, pues se ignoran por completo las necesidades procesales del imputado, ya que este bajo la presunción de inocencia merece la garantía de asistir al proceso libre, bajo el respeto de su dignidad, bien lo dice 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).”

se cree entonces que existe una imposibilidad a la hora de separar la pena de la detención preventiva pues ambas comparten la restricción del derecho a de la libertad, adicional a esto el lugar donde esta debe cumplirse es en establecimientos carcelarios donde deben iniciar la vida como un condenado más, lo que suma una característica de desigualdad entre quien es apenas un investigado y quienes ya se encuentran condenados. Es claro el problema que a causa de la elevada comisión de delitos que se deriva en la actualidad, pero esto no es motivo suficiente para que se dé vía libre al abuso de la detención preventiva, que nos deja como consecuencia el hacinamiento carcelario, está claro que no se cuenta con la estructura carcelaria suficiente para cubrir dicho desbordamiento, más bien lo que propone esta parte de la doctrina es que la eliminación de esta figura jurídica evitara la necesidad de aumentar establecimientos carcelarios y permitirá que los que ya existen se usen para el fin que fueron creados, el castigo de quienes ya están condenados.

3.2 Aspectos para tener en cuenta a la hora de implementar la detención preventiva.

Hasta ahora dentro del recorrido realizado en el presente trabajo de grado, hemos desarrollado en la mayoría de los requisitos, cualidades y hasta defectos que la medida de aseguramiento detención preventiva contiene, para continuar con esta temática mencionaremos también los enfoques necesarios que debe tener en cuenta el juez de control de garantías a la hora de

implementarla, iniciando con la presunción de inocencia, excepcionalidad de la medida, principio de proporcionalidad, principio de racionalidad, test de ponderación

3.2.1 Principio de inocencia.

La presunción de inocencia está contenida en cada norma y declaración de derechos realizada por el hombre, no en vano se encuentra este postulado en la constitución³, la legislación⁴ y nuestro bloque de constitucionalidad⁵, puesto que se reconoce su valor absoluto y su irreductibilidad, permanece inmaculado aun cuando se esté en el centro de una actividad penal, este implica que el imputado debe ser tratado como inocente, deberá afrontar el proceso en libertad cuando sea pertinente, adicional a esto es a la fiscalía a quien corresponde probar la culpabilidad del procesado, así mismo en caso de imponerse la medida de aseguramiento no puede excederse del plazo razonable pues el incumplimiento en los términos, desfigura por completo los verdaderos fines que justifican la imposición de la medida y otorga al procesado una pena anticipada

Este principio le da al juez el marco para actuar sin postulados donde ponga al procesado como culpable desde el inicio de la actividad penal ya que no debe olvidar que su deber es ser imparcial e imparcial así mismo que será presumido inocente hasta que la condena este soportada en un conocimiento más allá de toda duda razonable. En este sentido la Corte Constitucional, en las Sentencias C-1198 de 200858, C-318 de 200859 y C-695 de 201360, consideró que valorar

³ 2 Art. 4º “la Constitución es norma de normas...”; 6. “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”; 28 “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley”; 29 inciso 2 “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”

⁴ Art. 6º Ley 906 de 2004.

⁵ 4 Arts. 3, 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 1º Declaración Americana; Art. 7.2 de la Carta Africana; Arts. 20, 22 de la CPI; arts. 4º, 9º, 14.1, 14.7 del PIDCP; art. 7, 8 núm. 1, 9, de la CADH; artículo 5, 7, 15.2 del Convenio Europeo; artículo 4 del Séptimo Protocolo del Convenio Europeo; artículo 10 del Estatuto de Yugoslavia; art. 9 del Estatuto de Ruanda

únicamente las razones de gravedad y modalidad de la conducta desconocería el principio de presunción de inocencia, el derecho fundamental al debido proceso y necesidad (contenida en el test de proporcionalidad) de las medidas de aseguramiento; De igual manera la CIDH ha expresado que otro incidente que puede arremeter contra la imparcialidad del juez son las filtraciones y manejos que existan por parte de los medios de comunicación antes de que el procesado ejerza su derecho a la defensa pues lo que estos manifiesten, puede contaminar gravemente la perspectiva del juez, lo que ante pondría en este juicios morales que atacarían la presunción de inocencia que se debe mantener.

3.2.2. Excepcionalidad.

La detención preventiva cuenta con una naturaleza excepcional pues su uso está limitado al ser la medida más rigurosa que se le puede imponer a un procesado y que se encuentra estrechamente ligado con el principio de inocencia, pues su imposición no significa que el acusado cargue de inmediato con una condena, su aplicación no solo genera variaciones en la vida del afectado sino también en la de su entorno familiar y social.

La Corte IDH ha venido reiterando desde hace tiempo que: “su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por principio de presunción de inocencia, el derecho fundamental al debido proceso y necesidad (contenido dentro del test de proporcionalidad). Es decir que si al procesado no se le impone una medida privativa de la libertad no es que se le esté otorgando un beneficio, sino que se le está respetando su derecho a afrontar el proceso sin necesidad de encontrarse recluso.

La excepcionalidad trata de la menor afectación a la libertad que se imponga con la medida que el juez de control de garantías decida otorgar, además de la duración que contenga dicha medida pues su naturaleza es corta y exacta. En este sentido son visibles los cambios a la Ley 906 de 2004, que se han ido presentando con el paso del tiempo y que se han creado consecuencia de los fenómenos (hacinamiento, termino razonable) que mostraron las fallas en la figura que es la detención preventiva, lo que provocó también cambios en la política criminal del momento, como sucedió con el ministro de justicia (2014-2015) Yesid Reyes Alvarado que por su posición garantista al momento de interpretar los diferentes tratados internacionales con respecto a este tema evidencio que estábamos fallando e incurriendo en vulneraciones a derechos fundamentales, lo cual genero la propuesta que posteriormente se convirtió en la ley 1760 de

2015 donde se modificó el termino razonable, pero esta no fue suficiente ya que la crisis carcelaria que se vivía seguía incrementándose por lo que se pensó que la solución sería una nueva norma que ajustara lo faltante en la anterior así se creó la 1786 de 2016 que lo que realizo fue la ampliación de los términos, de 12 a 24 meses, intentando que con un término más amplio se pudiera definir la situación de los procesados que se encontraban a la deriva, como ha sido más que evidente en nuestro sistema, la saturación que se encuentra viviendo el sistema no ha sido fácil de contener ni siquiera con tales reformas por lo que el pasado mes de julio surgió como una esperanza la ley 1809 de 2018, la cual dentro de su artículo 23 adiciona a la ley 906 de 2004 el artículo 307A donde se realiza una prolongación al término de la detención preventiva cuando los delitos son cometidos por miembros de grupos organizados o miembros de algún grupo armado, los primeros podrán tener un plazo razonable de hasta tres años, y los segundos hasta de cuatro años detenidos sin sentencia, dicha ampliación de términos aunque muy reciente permite ver que el procesado se verá obligado a permanecer en confinamiento hasta que exista pronunciamiento alguno.

Sin duda alguna, la detención preventiva en Colombia, según la aplicación que con el tiempo se le ha dado por parte de los jueces de control de garantías, equivale a anticipar la pena, y se deja de lado el uso de otras medidas que también pueden limitar la libertad del imputado y que serían menos violatorias de su derecho, como lo son las medidas contenidas en el artículo 307 literal B, convirtiendo entonces la medida de detención preventiva en una regla a seguir y no en la excepción que debería ser.

La Comisión Asesora de Política Criminal⁶, en su propuesta de política criminal arrojó un importante concepto frente al uso de la detención preventiva:

“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

⁶ Cfr. Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final. Diagnóstico y propuestas de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012. Ministerio de Justicia y del Derecho; APC Colombia; Unión Europea. Pp. 67. En: http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf (Consultado mayo 10 de 2014).

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”.

Por otro lado, nos encontramos con la norma 1709 de 2014 la cual en su artículo 12 modifico el artículo 21 de la ley 65 de 1993, en dicha reforma establece los lugares adecuados para aplicar la detención preventiva sean pabellones o cárceles así mismo deja claro que tales establecimientos están dirigidos solo para este fin y que de ser necesario que convivan con personas ya condenadas , por razones de seguridad, deben encontrarse separados , pues no está en la misma situación quien se encuentre en una medida de aseguramiento , de quienes están condenados a pena de prisión.

No solo modifico sino que además adicione un artículo nuevo el 28A que se refiere al tiempo que deben permanecer los detenidos y a las condiciones en las que deben estar, dichas adecuaciones debieron haberse realizado dos años después de la promulgación de la norma, pero este artículo continua sin aplicarse, pues son varios los centros carcelarios donde las condiciones no solo del lugar sino de residencia de los internos sobrepasan lo allí plasmado, ya que la crisis carcelaria que en la actualidad se vive, ha generado que el paso que debería ser efímero por estos lugares de detención se vuelva prolongado y hasta indefinido.

3.2.3 Test de Proporcionalidad.

La proporcionalidad trae consigo un análisis subjetivo que realiza el juez de control de garantías, para conocer si el fin que se desea alcanzar, no traspasa los límites y vulnera los derechos de

quien funge como procesado dentro de la actuación penal, esto es que la detención preventiva, no corrompa el objetivo para el cual fue creado.

Se basa en tres subprincipios:

1. Idoneidad o utilidad: requiere que la medida que se va a adoptar sea útil o idónea, es decir que si cumpla con alguna función dentro del fin que se quiere alcanzar.
2. Necesidad: indica que no existe dentro del ordenamiento jurídico una medida menos restrictiva de los derechos fundamentales con idoneidad o utilidad
3. Proporcionalidad en sentido estricto (ponderación): esto es una relación costo – beneficio, es decir, que el derecho fundamental que ha de afectarse logre alcanzar el fin de la detención preventiva (artículo 296 C.P.P.)

3.2.4. Racionalidad.

Este principio, es la capacidad de las normas penales para poder desarrollar la misión para la que fueron creadas, sin que al aplicarse se abuse del control social-jurídico en el uso del ius puniendi, sin dejar de lado la realidad social, todo esto buscando que no se genere un desborde de estas, ya que esto terminaría con el quebrantamiento de los derechos fundamentales, siendo la carta magna el límite que cada norma debe tener.

Es por esto que desde la óptica de la racionalidad nos encontramos con que nuestro estado constitucional de derecho ha olvidado por completo que las leyes guardar armonía con la verdadera problemática social es por esto que el juez de control de garantías, al momento de imponer medidas de aseguramiento sin tener cupos en los establecimientos carcelarios para que dicha medida se cumpla desequilibra la balanza que se debe manejar entre medios y fines porque no es lógico pensar que vamos a proteger un fin constitucional con un medio inconstitucional o como es el caso de agentes de la fuerza pública (policía) realizando las acciones de control y vigilancia que son inherentes al INPEC (instituto nacional penitenciario y carcelario), adicional a esto los jueces no se concientizan del caos que crean al desbordar el uso de la medida de aseguramiento detención preventiva pues la judicatura expone que el problema del hacinamiento

no es de su competencia sino del estado el cual debería aumentar los centros penitenciarios del país.

3.3 Detención preventiva y la reserva judicial de las libertades públicas

La reserva judicial de las libertades públicas es una institución típicamente moderna, es decir, hija de la modernidad política, es un aporte de los revolucionarios franceses a la cultura occidental. En virtud de ese principio sólo los jueces están legitimados para afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos, con ocasión de la comisión de una conducta punible. En eso consiste la reserva judicial de las libertades públicas, es decir, el juez como garante de las libertades individuales.

Así lo prevé la jurisprudencia constitucional, en ese sentido la Corte con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería contempla:

Sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente (Sentencia C-237, 2005)⁷.

Dejando como única excepción para la posibilidad de restringir la libertad la captura en flagrancia, cuyo contenido y alcance también lo señala la misma norma procesal, en los artículos 302 y siguientes (ley 906 de 2004), y por ende la jurisprudencia constitucional que plantea: “La posibilidad de captura sin el cumplimiento de la reserva judicial, no puede ir desvinculada de la flagrancia” (Sentencia C-237, 2005).

Frente a esta figura de la flagrancia la Corte la considera como un límite al principio de la reserva legal, el cual sumado por ejemplo a la “interdicción marítima⁷”, podrían justificar la

⁷ “La interdicción marítima es un procedimiento adelantado por la Armada Nacional, que se encuentra intensamente regulado por el derecho interno, además de sus soportes en los compromisos adquiridos en el ámbito internacional. Un procedimiento que en atención a las circunstancias fácticas de cada caso, puede ocurrir tanto en aguas jurisdiccionales o internacionales, sobre naves, buques o en general embarcaciones de origen nacional o extranjero, sobre individuos colombianos o de otras naciones, y autorizar la detención de máquinas, visita, inspección y el desvío a puerto de aquellos, de sus mercancías y ocupantes, para ser puestas a disposición de las autoridades competentes, cuando se encuentren pruebas o indicios de que la misma se dedica al tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o de los

potestad administrativa de restringir en estas potísimas circunstancias la libertad de un ciudadano, lo cual no es contrario a derecho, en la medida que se justifique el grado de afectación y en el menor tiempo posible se ponga a disposición de la autoridad judicial el capturado, para que resuelva sobre la legalidad del procedimiento.

En los siguientes términos lo establece la Corte Constitucional:

Sobre la figura de la flagrancia, ha dicho la jurisprudencia de esta Corte que corresponde a “una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades [o de los particulares], cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba(...)”. Esta excepción a la reserva judicial de la primera palabra está determinada por la proximidad viva al hecho delictivo en cuanto tal, lo cual genera una autorización a quien fuera, particular o autoridad pública, para capturar al que lo comete, lo ha cometido, o existen ciertas, claras y objetivas razones para creer que así lo es o lo fue. Lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dicho que la expresión flagrancia viene de “flagrar” que significa arder, resplandecer, y que en el campo del derecho penal, se toma en sentido metafórico, como el hecho que todavía arde o resplandece, es decir que aún es actual (Sentencia C-239, 2012) “

Ahora, cuando se examina la Constitución Política de 1886 y hace una lectura con énfasis en la estructura básica de la actuación penal, la conclusión es muy significativa: La Carta Política de 1886 no consagraba la reserva judicial de las libertades públicas, porque permitía que autoridades administrativas afectaran derechos fundamentales de los ciudadanos a propósito de la comisión de una conducta punible. De ahí que en esa época era legítimo que un ciudadano fuera capturado con base en una orden emitida por un inspector de policía, por un Alcalde Municipal, por un Gobernador.

productos esenciales para su elaboración, sin contar en este último caso con las autorizaciones requeridas”
CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-239. MP. Juan Carlos Henao Pérez. 22 de marzo de 2012.

Y, no solo eso, sino que además la misma Carta Política del 1886, consagró una institución que fue muy problemática, a propósito de todas estas temáticas, que fue la consagrada en el art 28, según el cual el gobierno nacional, con el visto bueno del Consejo de Ministros, podía afectar o privar de la libertad hasta por 10 días a las personas gravemente indiciadas de alterar el orden público.

Situaciones que necesariamente tendrían que cambiar, por cuanto el modelo de Estado imperante e introducido con la Carta Magna de 1991, así lo exigía, partiendo de premisas esenciales incluidas en el artículo 28 y 29 superior, que incluye la restricción del derecho bajo mandato de una autoridad competente, la cual en la ley 906 de 2004 se establece que debe ser por vía general el juez de control de garantías básicamente, funcionario que hace uso del derecho constitucional para resolver los asuntos puestos a su conocimiento, entre ellos, la petición de la restricción a la libertad por parte del Fiscal General de la Nación o su delegado.

Así quedo consignado en la reforma constitucional que permitió su inclusión y se desarrolla en la doctrina cuando se afirma:

En el caso particular de las medias restrictivas de la libertad, su impacto debe ser medido en función de la situación de la dignidad o indignidad en la cual debe adelantarse la medida. Por esta razón el juez de control de garantías al autorizar una media restrictiva de la libertad debe tener en cuenta en el juicio de necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad, las condiciones objetivas de nuestro régimen carcelario (Bedoya, 2007, pág. 84).

En consecuencia, y con el fin de respetar esas garantías fundamentales, la propia constitución establece los requisitos que se deban observar para solicitar o restringir de la libertad personal, que como ya se indicó no son otros que: a. mandamiento escrito de autoridad judicial competente, b. ajustado a las formalidades legales y c. por motivos previamente determinados por la ley.

En dichos preceptos se incluyen por un lado la constatación de que la orden sea emitida por un Juez de Control de Garantías en ejercicio de sus funciones por solicitud del Fiscal, que la disposición donde se dispone la restricción este escrita, vigente, y que aquellos motivos no pueden ser otros que los autorizados por la ley, al respecto Méndez (2008) señala:

Dicha reserva judicial no es sino el resultado de la tridivisión del poder al interior de un Estado democrático, en el cual se excluye la posibilidad de que una autoridad administrativa limite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado colombiano (Fierro, 2008, pág. 893).

Lo cual confirma que la posibilidad de restringir derechos fundamentales, en especial la libertad, solo le es atribuible a la autoridad judicial, la cual, con base en los requisitos consagrados y plasmados en la normatividad, puede limitar este derecho en la medida que sus decisiones se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales. La única excepción como lo plantea la Corte Constitucional a la necesidad de mandato judicial escrito fue establecida por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, lo cual quedó plasmado en el artículo 32 superior que contempla los casos de la flagrancia, en donde el aprehendido puede ser llevado ante el juez por cualquier persona y colocarse a disposición del Juez al término de la distancia.

Al respecto la Corte sostuvo en la sentencia C-237 de 2005:

(...) la cláusula general de la libertad personal, así como su límite y sus excepciones fueron establecidas en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6, 17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona (cláusula general), su privación a través de autoridad judicial competente (límite); además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia (excepción).

En ese estado de las cosas, la posibilidad de afectar el derecho está limitada a los motivos previamente establecidos en la normatividad como ya se refirió y a la emisión de la orden por parte del funcionario competente, cualquier otra circunstancia que este no esté consagrada en la norma superior, constituirá una conducta criminal que amerita el reproche correspondiente, esa prohibición marca la diferencia en el Estado de derecho y refuerza la importancia del derecho internacionalmente reconocido a la libertad.

Si bien es cierto como ya se decantó, esta figura es nueva en nuestra legislación, ya que sólo cuenta con 20 años de tradición, en la necesaria evolución del derecho penal se hace evidente el reforzamiento de su protección, en especial, por la evolución jurisprudencial que siempre la ha garantizado incluso, ante los embates del legislativo, que ha querido para ciertas circunstancias y

en ciertos momentos, por petición del gobierno devolver esta prerrogativa a las autoridades administrativas.

De allí que se deba entender la restricción a la libertad bajo el amparo de la normatividad construida sobre la base del respecto a los derechos humanos y no como una necesidad de generar coerción en la sociedad.

3.4 La política criminal y la detención preventiva

Como lo ha desarrollado la Corte en su jurisprudencia, “la determinación sobre las medidas de aseguramiento, los requisitos y los supuestos en que ellas resultan procedentes, así como las condiciones para su cumplimiento, son decisiones que involucran consideraciones de política criminal” (Sentencia C318, 2008).

En ese contexto, la política criminal se debe entender como “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” (Sentencia C646, 2001).

Definición que dista mucho de la realidad, por lo menos así lo señala la Corte Constitucional de la Sentencia 762 de 2015 donde se determina un estado de cosas inconstitucionales en relación con la crisis penitenciaria y carcelaria del país, y el informe presentado por la Comisión Asesora de Política Criminal, donde se indica que la política criminal colombiana es reaccionaria, populista y poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional.

Al tenor de dichos instrumentos de diagnóstico, se considera populista porque “las decisiones están generalmente basadas en la necesidad de responder con celeridad a fenómenos sociales mediados por la opinión pública y de mostrar resultados contra el crimen, para aumentar la popularidad de un determinado sector político. No tienen como principal finalidad impactar los índices de criminalidad y, rara vez, se sostienen en fundamentos sólidos que permitan relacionar

la expedición de una norma y la reducción real de un fenómeno criminal” (Sentencia T-762, 2015).

Tiene una tendencia de endurecimiento punitivo lo cual es perjudicial para la política de reinserción y la congestión judicial ya que se limitan los beneficios por terminación anticipada de la actuación y se prohíbe un margen de discrecionalidad al fiscal y al juez para racionalizar las medidas de detención frente a conductas penales.

Un ejemplo de ello lo encontró la corte “desde el año 2000 hasta el 2011, las principales modificaciones a la legislación penal existente: (i) crearon 47 nuevos tipos penales; (ii) aumentaron las penas de 80 delitos existentes; e (iii) incrementaron el número de personas privadas de la libertad en las cárceles, no sólo en términos netos, sino también en proporción a la población colombiana, pues el número de personas privadas de la libertad se triplicó entre 1992 y 2010, pues pasó de unos 27.000 a más de 81.000, mientras que la tasa por cien mil habitantes se incrementó también considerablemente, multiplicándose por aproximadamente 2.5, pues pasó de 79,9 a 178,2” (Sentencia T-762, 2015).

Lo cual permite señalar que “la política criminal actual obedece a factores que deforman el derecho penal, en sus más primigenios orígenes y derroteros, como respuesta a las impresiones mayoritarias, momentáneas y circunstanciales, sobre las necesidades de la sociedad, en detrimento del valor constitucional de la libertad” (Sentencia T-762, 2015).

Como lo señala la Corte “quienes diseñan y formulan la política criminal no tienen en cuenta las particularidades de nuestros contextos, lo cual se explica en parte, también, por la ausencia de fundamentación empírica y de bases de datos serias y confiables, que permitan retroalimentar la función y el impacto de política punitiva en la sociedad” (Sentencia T-762, 2015).

En este punto se explica cómo el no tener en cuenta diversos factores, hace que la política criminal se torne inequitativa en la distribución de costos y beneficios, y a su vez, se ensañe con determinadas clases sociales, generalmente afectadas por la desigualdad e inequidad social y económica (Sentencia T-762, 2015).

En especial se resalta que factores tales como la diversidad regional y social, el grado de presencia estatal en las distintas zonas del país, la complejidad de algunos fenómenos criminales focalizados (narcotráfico, corrupción, conflicto armado, entre otros), la inequidad y el grado de

pobreza no son tenidos en cuenta en la actualidad para diseñar la política criminal (Sentencia T-762, 2015).

De lo anterior se infiere, que la detención preventiva ha sido endurecida paulatinamente, la respuesta al fenómeno de la criminalidad pareciera que solamente se asocia a restringir de la libertad a todas las personas que estén en una actuación judicial, pareciera que esta es la única forma en la cual se satisfacen los deseos de justicia de la colectividad.

Esta forma de solución de conflictos, además de generar un problema de hacinamiento carcelario como el señalado, implica un deterioro sistemático de las garantías procesales desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte, desnaturalizan la actuación penal y generan mayores índices de impunidad, ya que el grueso de los ciudadanos que estaban privados de la libertad, lo están a la espera de un juicio, lo cual en la realidad actual es muy demorado, vulnerando de paso el derecho a un plazo razonable.

La detención preventiva se utiliza entonces como una herramienta de cohesión, desnaturalizando su función excepcional para algunos tipos penales donde la víctima es un menor de edad (ley 1098 de 2006), no es dable siquiera la detención domiciliaria, el único camino que le queda al juez de control de garantías en la detención intramural, lo que contraviene de paso lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además de lo anterior, el juez de control de garantías tiene constantemente la presión de la opinión pública, por la exacerbada intromisión de los medios de comunicación en las audiencias orales, hoy por hoy parece que los noticieros los realizan en una URI de la fiscalía, ello hace que exista una percepción equivocada acerca de la administración de justicia, la cual solo se tiene satisfecha si la persona resulta privada de la libertad, ello hace que los políticos de turno se apropien de causas que consideran atractivas al electorado y promuevan reformas como las que hasta este momento han generado el incremento significativo de la represión pero no una disminución de las causas criminales.

La percepción de seguridad se asocia de manera equivocada a la detención, lo cual genera un inusitado incremento del hacinamiento penitenciario, de las capturas y detenciones innecesarias y con ello una crisis social que deriva en una equivocada política criminal y la percepción de impunidad e inseguridad pública con la limitación de la convivencia social que esto trae consigo.

3.5 El principio de proporcionalidad, necesidad y adecuación como propuesta de solución

Como lo destaca la doctrina, el principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales (Sánchez, 2010, pág. 221).

Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales (Castillo, 2010, pág. 113).

En palabras de la Corte Constitucional:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Sentencia C-022, 1996).

Corresponde al juicio de ponderación que debe realizar el juez al momento de restringir un derecho como la libertad personal, con el fin de verificar si la medida a imponer es la menos restrictiva prevista por el legislador o no existe otra menos invasiva, con ella se protege el fin constitucional que se pretende garantizar.

La proporcionalidad guarda íntima relación con la presunción de inocencia, en la medida que el imputado durante toda la actuación, este derecho permanece incólume, por ello la detención solo es admisible si se justifica en los fines que se pretende proteger, partiendo de la base que una

persona procesada y detenida preliminarmente no puede recibir un trato peor que el que recibirá una persona condenada.

La Corte Interamericana ha señalado que este principio tiene unas reglas (Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, 2009):

1. Debe existir una relación entre la medida cautelar determinada y el fin que persigue con ellas, de manera que el castigo impuesto al reo no sea exagerado ni desmedido.
2. El estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o, incluso, más gravosa que la pena que puede esperar el procesado en caso de condena.
3. No se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión.
4. La prisión preventiva debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida.
5. Una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada.

En esencia, la proporcionalidad reconoce la posibilidad de restringir derechos, es decir indica que estos nos son absolutos, y plantea la necesidad de realizar un test de ponderación en relación con el daño causado con la conducta a la víctima y a la sociedad.

Es oportuno señalar lo que la Corte Interamericana en la decisión *López Álvarez vs Honduras* del año 2006, afirmó:

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria (Caso *López Álvarez Vs. Honduras*, 2006).

Allí se destaca la importancia de este principio de cara a la valoración de un hecho donde el fiscal solicita la medida restrictiva de la libertad, la proporcionalidad entonces es la propuesta de

solución para limitar la medida de aseguramiento a los casos más extremos, más gravosos, aquellas donde realmente se afecta a la víctima y a la sociedad con la conducta punible, no puede ser entendida como la regla general, su aplicación debe estar ligada a las facultades de la ley y a los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia nacional e internacional.

Así lo destaca la Corte cuando analiza la constitucionalidad de la ley 906 de 2004 en la sentencia hito C-591 de 2004 al señalar.

(...) 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 (Corte Constitucional sentencia C-591, 2005).

Además de la proporcionalidad, la medida también debe ser necesaria, 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 la actuación penal, evitar un peligro para la comunidad y/o la víctima, o impedir el riesgo de fuga” (Ospina, 2015, pág. 77), la necesidad implica que el medio para proteger el fin para el caso concreto la detención preventiva no pueda ser reemplazado por otro distinto, como por ejemplo alguna caución o prohibición.

Allí nacen problemas que vienen desde la perspectiva normativa vigente, ya se había señalado y recalcado que en la legislación colombiana existe un catálogo de delitos sobre los cuales el fiscal y el juez de control de garantías no tienen otro camino que solicitar e imponer la detención preventiva, pero en todo los casos no siempre es viable restringir la libertad personal, por ejemplo, si lo que se pretende proteger es el riesgo de fuga de un colombino que puede salir del paso porque goza de doble nacionalidad, prohibir su salida, bloquear su pasaporte podría ser suficiente y más ajustado a los preceptos de la jurisprudencia interamericana, este análisis no se le permite al juez, porque tiene impuesta una valoración que viene desde el legislador que le dice que para esa conducta solo puede enviar a la cárcel al imputado.

Situación que contraría los preceptos ya anotados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y limita la proporcionalidad a una mera constatación normativa, afectando de paso el fenómeno criminal, ya que por la inadecuada política criminal no existen verdaderos procesos de

resocialización y las cárceles hacinadas lo que permiten es la afectación de la dignidad sin ninguna clase de intervención real a cargo del Estado.

Al tenor de lo dispuesto por la Corte, “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 [...]” (Ospina, 2015, pág. 78).

Como lo señala Gimeno (1997):

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) (Gimeno, 1997).

Además de lo anterior el juez en su análisis de proporcionalidad debe tener en cuenta el principio de lesividad y su relación directa con la antijuridicidad material, en palabras de la Corte, “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, 1996).

Esto significa que el juez al momento de verificar la proporcionalidad, necesidad e idoneidad o adecuación de la medida a imponer debe realizar una valoración objetiva de la conducta desde la perspectiva de la teoría del delito y analizar si con el hecho se afectó o no de manera efectiva el bien jurídico, acudiendo a criterio de mínima intervención del estado o insignificancia.

Asimismo, deberá tener en cuenta la premisa según la cual el derecho penal debe ser entendido como la *última ratio*, es decir, a lo último que se debe acudir para solucionar las controversias de la sociedad, y si el derecho penal es a lo último que se debe acudir, la medida de aseguramiento de detención preventiva debe ser su aplicación es restrictiva.

Como lo destaca Sanguiné (2003):

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 (Sanguiné, 2003, pág. 653)

Un ideal que se aspira alcanzar cambiando la forma en la cual se analizan o pretenden solucionar los problemas de la sociedad, no solamente a través del derecho penal se pueden solucionar las controversias, la cárcel no es la solución a la criminalidad, por el contrario genera impunidad, desnaturaliza el sistema procesal y afecta la dignidad de los imputados procesados que viven hacinados en las cárceles, la detención entonces debe ser la *última ratio*, a lo último que se debe acudir en un proceso judicial, destinarla a aquellos casos en donde realmente se haya vulnerado bienes jurídicos es la premisa esencial para respetar el catálogo de derechos que provienen del sistema interamericano y se ajustan en la constitución.

La proporcionalidad y necesidad de la medida, además de la idoneidad o adecuación de la misma, constituyen los elementos más importantes a la hora de valorar la restricción de la libertad de un individuo, esta posibilidad si bien es cierto está autorizada por la Constitución necesita ser morigerada con base en lo que la Corte Interamericana ha desarrollado y las misma Corte Constitucional, su inobservancia afecta las garantías de los intervinientes y al margen de generar una solución efectiva, lo que hace es que se limiten las garantías y las conquistas que en materia de derechos humanos ha logrado la humanidad tras siglos de opresión y tiranía.

CONCLUSIONES

1. El derecho a libertad es un derecho fundamental que ha sido el resultado de conquistas y reivindicaciones de la humanidad; su fundamento se encuentra en los instrumentos internacionales de protección y ha sido incluido en la constitución política guardando íntima relación con la presunción de inocencia y la dignidad.

No obstante, lo anterior, no es un derecho absoluto, ya que puede ser limitado y restringido con apego a la ley. Así lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Corte Constitucional, teniendo presente unos límites formales y sustanciales, ligados a la reserva legal, y un adecuado análisis de la proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida restrictiva de la libertad personal.

2. El juez es el único que puede restringir este derecho y para ello la normatividad le otorga facultades las cuales, de acuerdo con el análisis efectuado, no se adecuan a los postulados que la Corte Interamericana ha señalado en su jurisprudencia, especialmente porque en algunos casos y para algunos delitos, el único camino que tiene el juez es la detención preventiva.

Esta situación, además de generar hacinamiento, afecta las garantías de los intervinientes y por ello el juez, en quien descansa esa potestad, debe realizar un análisis juicioso el caso objeto de controversia y aplicar la restricción solamente a las situaciones en las que realmente se amerite y no exista otra medida menos invasiva de derechos porque no podemos olvidar que la detención preventiva se impone bajo un estricto criterio de necesidad.

3. La ley 1786 de 2016, busca efectivizar el aparato judicial tratando de adecuar la realidad de la sociedad a la política criminal; el camino para la racionalización de la detención preventiva está

en el análisis de la necesidad, ese llamado lo hacen los órganos colegiados, la academia y los intervinientes en la actuación penal que reclaman garantías que se ajusten de manera efectiva al modelo de estado y a los instrumentos internacionales de derechos humanos creado y concebido por la humanidad para vivir en armonía en este mundo globalizado.

4. Se puede dilucidar entonces por la preocupante situación que se vive en los establecimientos carcelarios que no es una solución detener a como dé lugar a las personas, ya que esto solo aumenta el número de reclusos y no cambiaría en nada las circunstancias que hoy constituye una problemática ineludible; es más asertivo iniciar con una política criminal encaminada a identificar factores, causas y buscar implementar otras medidas de aseguramientos diferentes de la detención preventiva.

5. En la práctica judicial los jueces de control de garantías imponen la medida de aseguramiento de detención y no señalan el lugar en donde esta debe cumplirse, o si lo hacen no vigilan que ciertamente su decisión de cumpla, y, en fin, nunca constatan si el lugar de detención ha sido variado y porqué, lo anterior se debe a una marcada indiferencia o negligencia que se ata a la simple cotidianidad judicial sin reparar en la trascendencia que la decisión del juez de control de garantías tiene.

6. Si es el juez de control de garantías quien dispone la detención preventiva en las personas, y la detención se lleva a cabo en lugar diferente a una cárcel, es el mismo juez de control de garantías quien debe tomar los correctivos de rigor, porque precisamente él fue el que dispuso la detención

7. La responsabilidad de cuanto pueda sucederle a un individuo respecto a su permanencia en detención preventiva en un lugar diferente a la cárcel, es asunto del juez de control de garantías que la dispuso, salvo los lugares autorizados para los miembros de la fuerza pública, los funcionarios de la rama judicial del ministerio público y del INPEC quienes permanecerán en sus comandos o en lugares especiales autorizados para ello.

8. Debido al deber del estado de resguardar la vida de los procesados, será su responsabilidad asegurar que dentro de los lugares de reclusión exista una efectiva separación entre procesados y condenados, adicional a esto que las condiciones de los lugares donde habiten sean optimas, pues los espacios deberán responder para el número de personas que se encuentran capacitados ni más ni menos, es por esto que mientras se regula dentro de la judicatura el uso desmedido de la detención preventiva, deberán los jueces de control de garantías optar por el uso de medidas no privativas de la libertad

9. En las adiciones a la norma que a lo largo de los años se han realizado no se verifica algún señalamiento que indique a los jueces de control de garantías que se deba merma del uso de la detención preventiva y que busque evitar que continúen desgastándose los principios de presunción de inocencia, el derecho fundamental al debido proceso y necesidad (contenido dentro del test de proporcionalidad).

10. Tenemos una costumbre demasiado populista que responde a una tradición de una sociedad que siempre busca la retribución, en donde si el juez interpone medida no privativa de la libertad o simplemente no interpone medida de aseguramiento, no se dejan esperar las críticas e inclusive investigaciones por prevaricato, debemos comenzar por entender el valor de la presunción de inocencia y comenzar a caminar hacia el garantismo penal, donde no se desconozcan los derechos fundamentales de los procesados.

BIBLIOGRAFIA

- Bedoya, C. (2007). *Control de Garantías y principio de proporcionalidad en el ñ*. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Bernal, G. (2017). Las reformas procesales penales en Colombia. *Iusta*, 45-65. Obtenido de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/viewFile/2987/2854>
- Bernate, F. (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Biblioteca jurídica DIKE.
- Borrero, F. (2010). Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia. *Justicia*, No. 18, 50-58. Obtenido de <file:///C:/Users/Juzgado%2075IPM/Downloads/921-Texto%20del%20art%C3%ADculo-910-1-10-20170405.pdf>
- Caso Barreto Leiva Vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 2009). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Caso Bayarri vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos humanos 30 de Octubre de 2008). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf
- Caso López Álvarez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de febrero de 2006). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
- Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (Corte Interamericana de derechos humanos 22 de Noviembre de 2005). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf
- Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 1997). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
- Caso Tibi Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de Septiembre de 2004). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=239
- Castillo, L. (2010). *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad*. Lima: Grigley.
- CICR. (21 de marzo de 2018). Obtenido de Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/es/document/carceles-en-colombia-una-situacion-insostenible>
- CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la privación preventiva en las Américas*. Costa Rica: CIDH. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
- Consejo de Estado, 7058 (Consejo de Estado 1 de octubre de 1992).

- Consejo de Estado, 05001-23-31-000-2004-03951-01(40803) (Consejo de Estado 20 de Febrero de 2017).
Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2004-03951-01\(40803\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2004-03951-01(40803).pdf)
- Consejo Estado, 12076 (Consejo de Estado 14 de marzo de 2002).
- Corte Constitucional sentencia C-591 (Corte Constitucional 9 de junio de 2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>
- El Tiempo. (22 de Julio de 1992). PRESENTADO EL PROYECTO PARA EVITAR IMPUNIDAD.
Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-164605>
- Fierro, H. (2008). *Manual de derecho procesal penal*. Bogota: Leyer.
- Galindo, R. (2002). *Los títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del estado por actos terroristas*. Bogota D.C.: Pontificia universidad javeriana.
- Gimeno, V. (1997). *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Cuenca: Universidad Castilla la mancha.
- Gómez Pavajeau, C. A., & del Villar Delgado, D. D. (2014). *Estandares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Guerrero, O. (2007). *Fundamentos Teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Jauchen, E. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni.
- López, G. J. (2015). *La Inconstitucionalidad de la Detención Preventiva*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Minjusticia. (12 de junio de 2018). *Ministerio de Justicia*. Obtenido de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdfs/1760.pdf>
- OEA. (1969). *CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)*. San José. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- ONU. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

- Ospina, G. (2015). *La inconstitucionalidad de la detención preventiva*. Bogota: Universidad Sergio Arboleda.
- Rodríguez, J. (1997). *Prision Preventiva, límites contitucionales*. San José: Mindo Grafico S.A.
- Rodríguez, A. (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Biblioteca juridica DIKE.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sánchez, R. (2010). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*. Mexico DF: Porrúa.
- Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch. Sección Tercera 17393 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativa 11 de Noviembre de 2009).
- Sección Tercera 19041 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativa 11 de Noviembre de 2009).
- Sección Tercera 4484 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo 19 de noviembre de 1989).
- Senado. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogota D.C. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#28
- Senado. (1993). *ley 81 de 1993*. Bogota D.C. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0081_1993.html
- Sentencia C-022 (Corte Constitucional 23 de Enero de 1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>
- Sentencia C-070 (Corte Constitucional 22 de febrero de 1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm>
- Sentencia C1086 (Corte Constitucional 5 de Noviembre de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1086-08.htm>
- Sentencia C-1154 (Corte Constitucional 15 de Noviembre de 2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1154-05.htm>
- Sentencia C123 (Corte Constitucional 17 de febrero de 2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-123-04.htm>

Sentencia C-150 (Corte Constitucional 22 de Abril de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-150-93.htm>

Sentencia C-237 (Corte Constitucional 15 de marzo de 2005).

Sentencia C-239 (Corte Constitucional 22 de marzo de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-239-12.htm>

Sentencia C318 (Corte Constitucional 9 de abril de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-318-08.htm>

Sentencia C327 (Corte Constitucional 10 de julio de 1997). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-327-97.htm>

Sentencia C-371 (Corte Constitucional 14 de Mayo de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-371-02.htm>

Sentencia C-395 (Corte Constitucional 8 de Septiembre de 1994). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-395_1994.html#1

Sentencia C469 (Corte Constitucional 31 de agosto de 2016). Obtenido de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm#_ftnref21

Sentencia C646 (2001 20 de junio de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>

Sentencia C695 (Corte Constitucional 9 de Octubre de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-695-13.htm>

Sentencia C774 (Corte Constitucional 7 de julio de 2001). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6425#1>

Sentencia C805 (Corte Constitucional 1 de Octubre de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-805-02.htm>

Sentencia de Casación 36107 (Corte Suprema de Justicia 14 de Septiembre de 2011).

Sentencia T-762 (Corte Constitucional 16 de diciembre de 2015). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

Suarez, A. (1998). *El debido proceso penal*. Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia.

