

Afectación De Derechos Fundamentales Con La Medida Privativa De La Libertad

Edwin Fernando Silva Ceballos

Edgar Alexis Lora Zapata

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad De Derecho

Medellín

2016

Afectación De Derechos Fundamentales Con La Medida Privativa De La Libertad

Edwin Fernando Silva Ceballos

Edgar Alexis Lora Zapata

**Monografía Para Optar Al Título De
Abogado**

Asesor:

Mario Alberto Correa Muñoz

Magister en Derecho Procesal

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad De Derecho

Medellín

2016

Dedicatoria

Este trabajo es el resultado de una decisión de vida, encaminada a construir conciencia y a alimentar el razonamiento sobre las distintas opciones que puede brindar una teoría, fruto del esfuerzo y la dedicación de dos soñadores que creen en una sociedad consciente y dignificante, en unos entes administrativos coherentes en sus proceder y unas leyes que respetan el debido proceso, consecuencia de las inquietudes despertadas con el aprender del dinamismo de la ciencia jurídica, conscientes que parte del éxito de nuestra carrera se le debe a nuestras compañeras, es menester participarlas en este logro y recordarles lo importante de su compañía y comentarios, para nuestras madres agradecerles sus consejos de vida, que el día de hoy nos llevan a disfrutar de este triunfo y que sin entender muchas veces nuestras acciones nos enseñan que todos tenemos derecho a reflexionar y a corregir nuestro camino, por eso se hace necesario dar gracias y expresarles nuestro amor .

No se puede dejar de mencionar a nuestros compañeros de academia, quienes en cada uno de esos momentos de estudiante nos enseñaron el valor de la amistad y en lo que consiste el sacrificio, nos dieron a entender que la vida nos puede colocar del otro lado de la justicia, y a razón de esto siempre debemos recapacitar, para nuestro maestros nuestro más sentido agradecimiento por lo que hicieron de nosotros al compartir su conocimiento y con la vida esperando de ella seguir aprehendiendo.

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO I.....	7
1. Introducción	7
1.2 El Problema.....	8
1.2.1 Descripción del problema.....	8
1.2.2 Pregunta problematizadora.....	11
1.3 Justificación	11
1.4 Objetivos.....	13
1.4.1 Objetivo general	13
1.4.2 Objetivos específicos	13
1.5 Marco De Referencia	14
1.5.1 Antecedentes.....	14
CAPITULO II.....	16
2. La privación de la libertad como medida cautelar	16
2.1 Derechos fundamentales violentados con la privación de la libertad como medida cautelar	18
La intimidad personal, familiar y el buen nombre y su afectacion con la privacion de la libertad	19
Pérdida de la libertad como primer derecho fundamental afectado con la privación de la libertad como medida preventiva.....	23

2.2 La prueba indiciaria como elemento determinante para ordenar la privación de la libertad	27
2.3 Dignidad humana como factor determinante en la privación de la libertad	34
3. Uso y abuso de la prisión preventiva como medida cautelar en Colombia	36
4. La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia	45
4.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	46
4.2 Etapa de la responsabilidad indirecta	47
4.3 Etapa de la responsabilidad por las fallas del servicio público.....	47
4.4 La jurisprudencia en el Consejo de Estado	48
CAPITULO III.....	49
5. Desarrollo legislativo en Colombia de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad judicial y en particular de la Privación injusta de la libertad	49
5.1 El Decreto-Ley 2700 De 1991 reguló por primera vez en Colombia la responsabilidad por privación injusta de la libertad.....	50
5.2. Privación injusta de la libertad, conforme el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991: delimitaciones conceptuales y características.	51
5.3. Circunstancias de absolución penal que dan lugar a responsabilidad por privación injusta de la libertad conforme al artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.	52
5.4. Causales De exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de detención preventiva injusta, conforme el artículo 414 del Decreto Ley 2700 De 1991	54
5.5. Interpretación del Consejo De Estado del Artículo 414 del Decreto Ley 2700 De 1991 y su evolución jurisprudencial	55

5.6 Responsabilidad del Estado cuando la causa de absolución penal es la falta de pruebas	56
5.7 Cuando la privación de la libertad ha sido producto del error jurisdiccional.....	57
5.8 Requisitos para la procedencia del daño especial.....	58
6. Antecedentes en el derecho internacional de los derechos humanos	60
6.1 Antecedentes en el derecho comparado	62
7. Explicación Estructural De La Problemática Resultante De La Implementación De La Medida Privativa Dela Libertad	64
CAPITULO V.....	70
8.1 Diseño metodológico.....	70
8.1.1 Tipo de estudio	70
8.1.2 Enfoque, análisis documental.....	70
8.2 Procedimientos para la Recolección de información	73
9.1 Conclusiones.....	73
Referencias	76

CAPITULO I

1. Introducción

La privación de la libertad como medida cautelar en Colombia es una acción que ajusta el sistema penal y que si bien puede ser en algunos casos necesaria, también pone a la ciudadanía frente a una posibilidad de padecer la vulneración de algunos derechos. La presente investigación tiene como objetivo, principal evidenciar las transgresiones a los derechos fundamentales con la privación de la libertad como medida cautelar que se desarrollan en el ámbito penal, de igual forma las consecuencias que se pueden presentar con la implementación de estas medidas como soluciones temporales a las problemáticas sociales y que van en contra de lo enunciado por la Constitución Nacional, violentando de forma arbitraria derechos básicos promulgados por el Estado Social de Derecho.

Se busca de esta manera dejar un precedente que coadyuve a entender al lector la importancia de respetar en todo su sentido lo enunciado por la Constitución Nacional, entendiendo que la última opción que debe contemplar un Estado es privar de la libertad a un ciudadano. Lo anterior estará fundamentado en la investigación y el rastreo juicioso y ordenado de los textos que se ocupan de las normas, leyes y demás que estén involucrados en esta temática. De igual modo las consultas y conversaciones que miembros destacados

de la jurisprudencia servirán para ampliar el enfoque presentado por el actual panorama en el país en cuanto a la privación de la libertad como medida cautelar.

1.2 El Problema

1.2.1 Descripción del problema

Violación de la presunción de inocencia en Colombia a partir del año 1991 a la fecha, en contra posición con la aplicación del artículo 308 del código de procedimiento penal.

La libertad como derecho fundamental es enunciada por la Constitución, (República de Colombia, 1991) que en su artículo 13, expone: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley...”, de igual forma una serie de artículos posteriores al citado también fundamentan su sentir en la libertad, entendiéndose que no es un derecho, es además el eje primordial para el desarrollo de los demás derechos, lo anterior hace saber que más que un principio, es un lineamiento filosófico sobre el cual se edifica el Estado social de derecho y donde son titulares todos y cada uno de los habitantes de la nación. Se entiende que el Estado Social de Derecho se delimita por los deberes que se adquieren al ser ciudadano, citando como algunos, el respeto al connacional (y/o cualquiera que habite dentro del territorio colombiano), la solidaridad, el acatamiento de las leyes y el ordenamiento jurídico, al igual que guardar respeto por las autoridades que por mandato expreso de la constitución vigilan el cumplimiento de lo contemplado en ella; en igual

sentido las autoridades están delimitadas por las indicaciones impuestas por el legislador que en su momento es quien crea la forma como estas basarán su actuar.

Con lo ya expuesto se entiende que en el caso en comento es la Fiscalía General de la Nación la designada por la Constitución en su artículo 250, quien adelanta el ejercicio de la acción penal y realiza las investigaciones de los hechos que sean tipificados como delitos. Así mismo es quien acusa al indiciado o investigado de haber ejecutado la conducta punible que se le indilga y quien por medio de las pruebas o elementos materiales probatorios sustenta la necesidad inminente de que este sea privado de su libertad. (1991, pag 220)

Con lo anterior se genera una serie de momentos procesales que conllevan a una sentencia condenatoria o absolutoria de la persona acusada, al mismo tiempo se inicia por parte del investigado una larga y conflictiva situación cuyo objetivo principal es lograr que por medio de un defensor o abogado esté sea declarado inocente e inicie el restablecimiento uno a uno de los derechos fundamentales transgredidos con la limitación a **“La Libertad”**, de aquí surge serias dudas que se plantean en el derecho penal colombiano, como por ejemplo entender que para un Estado Social de Derecho es admisible transgredir un número indeterminado de derechos fundamentales con la privación de la libertad como medida preventiva, Valga aclarar que lo enunciado sucede sin aun haberse desvirtuado la presunción de inocencia del investigado, al no haberse definido sentencia condenatoria.

Así lo dicho la presente situación presupone la necesidad de realizar el análisis concienzudo de las facultades otorgadas al legislador donde las mismas van más allá de la autoridad permitida por la constitución política de Colombia, esto haciendo referencia en a la disposición constitucional en el decreto de medidas de aseguramiento a los ciudadanos y

los requisitos que toleran la toma de la decisión en comento, la cual debe estar sustentada en factores objetivos que permitan presumir como una de las conjeturas la probabilidad de que el imputado no cumpla con los compromisos impuestos por el juez de control de garantías y eventualmente no asista al momento de proferirse la condena por parte del juez de conocimiento, que conlleva a iniciar el cumplimiento de la pena impuesta, se evidencia así el desconocimiento por parte del legislador de dos derechos fundamentales, como son la presunción de inocencia y la libertad, siendo necesario establecer si tal mecanismo resulta legítimo y proporcionado a la situación presentada, (DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD, 2013) .

La libertad, avistada en la carta magna del año 1991, se constituyó como un derecho fundamental, que emerge siendo presentada de varias formas o lecturas jurídicas, donde su procedencia tiene origen en el pensamiento constitucional, al igual que en el derecho internacional, y las políticas criminales de los Estados, como también desde el mismo derecho administrativo, es así como a través del tiempo y a razón del dinamismo que presenta el derecho penal, se ha presentado una serie de discusiones frente al tema, esto a juicio de la notable injerencia con consecuencias marcadas en la vida de los ciudadanos, de la privación de la libertad como medida cautelar, todo lo anterior ha generado la presentación de varias teorías del derecho penal, entre ellos el derecho penal con filosofía a imponer la reparación a razón del castigo, el mismo derecho abolicionista y el derecho penal mínimo, de tal forma que lo expresado evidencia que el derecho penal actual presenta la idea contradictoria de que la pena y su castigo son las únicas formas que le presenta límites a los comportamientos de los ciudadanos esenciales para la convivencia social, de esta forma la sociedad desconoce que en razón de lo enunciado es necesario también establecer límites que conlleven a controlar su poder, el resultado de la anterior reflexión es

materializado por medio de la utilización del internamiento preventivo como política criminal, también nombrado como privación injusta de la libertad como medida cautelar y fue convertido en un castigo anticipado, donde la regla excepcional es utilizada como regla general. (Estado, 2014)

1.2.2 Pregunta problematizadora

¿Identificar como la inaplicación del artículo 29 de la constitución política de Colombia vulnera un número indeterminado de derechos fundamentales, al momento de desarrollar el artículo 308 del código de procedimiento penal y se decreta la privación de la libertad como medida cautelar?

1.3 Justificación

Iniciar la búsqueda de temáticas para el desarrollo de un trabajo de investigación en la rama del derecho, exige una búsqueda constante y consciente de múltiples situaciones que aparecen y se suscitan dentro y alrededor de dicho ejercicio. Pensar por ejemplo en la manera en cómo los principios y derechos fundamentales, como el buen nombre, la intimidad personal, la familia, la honra, el trabajo, la libre locomoción, el debido proceso y la misma libertad, son tratados y tenidos en cuenta, es ya un tema que pide un estudio juicioso, mucho más si se aborda en relación con la presunción de inocencia, una cuestión que guarda en su sentir unas reflexiones que buscan la aplicación de una adecuada justicia.

Este trabajo apunta hacia una dinamización práctica del derecho, se hace un análisis de los principios y derechos fundamentales, (República de Colombia, 1991) y su relación con la Presunción de Inocencia, se realiza un estudio concreto al tema tratado donde se obtiene un cuestionamiento pormenorizado de los derechos transgredidos al momento de ser

tratados por parte de los operadores jurídicos al igual que de las personas del común, una comprensión de tal derecho, que tanto el ciudadano corriente como el funcionario judicial analizarán con un juicio sobrio, un pensamiento constitucionalista, sujeto a la realidad social, a los cambios culturales, evidenciando un aspecto humano en el actuar de las decisiones judiciales.

Acorde con lo anterior se expone con claridad el sentido contextualizado de los derechos fundamentales, esto a razón de la descripción literal sujeta a un estudio consciente en el cual se aporta al imaginario del lector una definición sencilla de las garantías fundamentales del individuo, ineludibles para el desarrollo de las libertades de las personas, esto aplicable en la carta política a partir del año 1991, partiendo del análisis realizado al libro del doctor Luis Guillermo Serrano Escobar “ Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad”.

Adicional a esto la disertación de otro material académico como códigos, constitución política, sentencias de las cortes colombianas, revistas jurídicas libros y tesis, donde se busca establecer vacíos normativos que contradigan lo preceptuado por la carta magna del 91, definir los derechos fundamentales que pueden resultar vulnerados con la privación de la libertad como medida cautelar y concluyendo, determinar si la actual normatividad presenta o no contradicción con lo expuesto en la ley estatutaria vigente al día de hoy en Colombia.

Pues valga la pena decir que si bien la privación de la libertad como medida cautelar es útil para asegurar los procesos en algunos casos, también puede aparecer como el hecho que trunca y vulnera el desarrollo del proyecto de vida de muchos ciudadanos que al ser privados de la libertad, y tras comprobarse su inocencia, sufren la vulneración de sus derechos e interrumpen o definitivamente pierden el rumbo de los planes y proyectos que

desarrollaban en sus cotidianidades. Todo lo anterior sin apenas mencionar los costos que el país debe asumir para cancelar las indemnizaciones que debe cancelar a aquellos que han sido privados de la libertad de manera injustificada.

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

Evidenciar los derechos fundamentales violentados por parte del juez de control de garantías al momento de decretar la privación de la libertad como medida cautelar en razón al cumplimiento de los requisitos del artículo 308 del código de procedimiento penal, contradiciendo lo preceptuado por la carta magna, y sin desvirtuar la presunción de inocencia en razón a la falta de sustentación probatoria, esto en cuanto no hay un fallo condenatorio, lo anterior sustentado en el estudio jurisprudencial, constitucional y normativo del derecho en Colombia, en lo concerniente al derecho fundamental de la Libertad.

1.4.2 Objetivos específicos

- Analizar la privación de la libertad como medida cautelar en Colombia, identificando los derechos fundamentales afectados con la medida cautelar privativa de forma transitoria y sus posibles consecuencias, esto determinado por el análisis de unos elementos materiales probatorios con probabilidad de inferencia razonable.
- Investigar los parámetros legales utilizados en la actualidad para evidenciar el contexto en el que se desarrollan de los elementos materiales probatorios y Evidencia física

legalmente obtenida, en relación con la prueba como elemento sustentador al decreto de una medida cautelar.

- Contextualizar la presunción de inocencia y la privación injusta de la libertad en el ámbito nacional como medida cautelar, en el derecho internacional y en el derecho comparado.

1.5 Marco De Referencia

1.5.1 Antecedentes

Las labores de investigación y rastreo que dieron origen a la formulación de la pregunta e inquietud para el desarrollo del tema, se desarrolló en consulta y análisis de varias monografías orientadas al tema en concreto o que se relacionan con el mismo, apareciendo la monografía titulada “Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia en el Derecho Penal”, donde el Doctor Julio César Cordón Aguilar se enfoca en destacar la utilidad de la prueba indiciaria proyectada en la actualidad en la labor que compete al juez en el proceso penal, Aguilar (2011).

En el mismo sentido se estudió la revista de derecho Chilena (Valdivia) titulada “ Presunción de Inocencia y Estándar de Prueba en el Proceso Penal Reflexiones Sobre el Caso Chileno) allí el autor se enfoca en tres aspectos fundamentales: La presunción de inocencia y la relación intrínseca que guarda con la prueba como factor determinante de una acusación, la valoración realizada por las partes intervinientes en el proceso penal y la incertidumbre generada a partir de la valoración de los elementos materiales probatorios, (Molina, 2012).

De igual manera el presente escrito fue apoyado para su argumentación en la Sentencia Judicial C-059, donde la Corte Constitucional de Colombia hace especial énfasis en el incidente de reparación integral consagrado en el nuevo sistema penal acusatorio garantiza en forma efectiva los derechos legales y constitucionales, (Demanda de Inconstitucionalidad , 2010)

Por último se realizó el importante análisis realizado por el Doctor Juan Sebastián Tiznes Palacio en la revista Ratio Juris, que gracias a su desempeño en la rama judicial, ha cuestionado y emitido un concepto muy diferente, al que los operadores jurídicos están acostumbrados a aplicar, (Palacio, 2011)

CAPITULO II

2. La privación de la libertad como medida cautelar

La privación de la libertad como medida preventiva está enunciada en el artículo 307 del código de procedimiento penal, el cual establece en su literal A, seguido del número 1 “detención privativa en establecimiento carcelario”, que la medida procede cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se puede inferir que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, (Colombia C. d., 2004)

La misma es ordenada al momento que se desarrolla una investigación penal, y se establece su procedencia a razón de lo enunciado en el artículo 308 del GPP, Colombia (2004), que debe presentar la existencia motivada de alguno de los siguientes requisitos: con el fin de garantizar la comparecencia del procesado al llamado de la autoridad que lo juzga, que el imputado se muestre o constituya un peligro para la sociedad o para la víctima, o igualmente que la medida sea necesaria para que el imputado no obstruya la labor investigativa. Lo anterior constituye una injerencia a lo preceptuado por una sociedad cuyo fundamento normativo establece la defensa marcada a los derechos humanos, cuanto al mismo tiempo posibilita de alguna forma que a una persona se le limite su libertad a saber de una sospecha y es que la libertad personal es consecuencia de la idea básica del concepto de Estado de derecho basada en que su misión es la protección de la libertad y propiedad del ciudadano, y su objeto el impulso del bienestar de la persona, de esta manera, conforma su carácter como ser humano participante de una sociedad activa. Se trataría de un orden estatal razonable expresado a través de una Constitución escrita, el reconocimiento de los derechos del ciudadano, (Borda, 2007)

Por lo anterior se reflexiona sobre si la libertad como un derecho fundamental que es llamado a ser un principio resultado de un Estado Democrático, que es una garantía del ciudadano frente al poder castigador del Estado y que acepta de forma excepcional la restricción de la libertad cuando el investigado haya sido condenado por medio de una sentencia en firme por la realización de una conducta antisocial, tipificada como delito y cual pena impuesta sea la privación de la libertad, (Escobar, 2005)

Por otra parte desde el año 1991, fecha de la implementación de la actual Constitución en Colombia se han desarrollado razonamientos por parte del legislador que justifican la detención preventiva, mostrándola como necesaria y sustentada en la existencia de una administración de justicia penal eficaz, sobre la base de evidenciar la obtención de resultados en la política criminal de cada administración y desplazando el derecho a la libertad a un segundo plano; razonando de lo anterior que el derecho a la libertad individual debe tolerar una abnegación marcada a los intereses del Estado como forma de sostener el orden social, por otra parte lo anterior lleva a entender la privación de la libertad como el cumplimiento de una pena anticipada y así mismo un prejuizgamiento que lo declara culpable y le impone un castigo, por cuanto esta medida le impide realizar las actividades que hace de forma habitual. Así lo dicho expone una violación a un debido proceso, esto en cuanto la decisión no es respaldada con pruebas o elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida se pueda afirmar, con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el imputado es autor o participe, (Colombia C. d., 2004), que demuestren la responsabilidad penal del investigado, por lo contrario las decisiones tomadas por el juez de control de garantías están fundamentadas en elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente y donde pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor

o participe de la conducta delictiva que se le investiga, (Colombia C. d., 2004, pág. 285) lo anterior haciendo relación a sospechas que exhibe la fiscalía, esto entendiendo que de haber certeza en la imputación de cargos se debería economizar actividad procesal y se estaría en la posibilidad de darse una condena de forma anticipada por parte de un juez de conocimiento, y la decisión de aprensión no admitiría la obstrucción de todos los principios que garantizan la defensa al derecho fundamental de la libertad, (Escobar, 2005).

En otras palabras la privación de la libertad como medida cautelar evidencia una contradicción constitucional, por un lado la protección al derecho fundamental de la libertad como principio de un Estado Social de Derecho, y por el otro el desarrollo de una Política Criminal que sustenta la práctica de medidas inquisitivas en pro de sostener el orden público, (Escobar, 2005, pág. 120).

Es la privación de la libertad una medida cautelar excepcional, que sólo resulta cuando las demás medidas cautelares se reflejan insuficientes para el desarrollo de los principios planteados por la política criminal de cada administración, de lo anterior se concluye que el juzgamiento con privación de la libertad exige que sea sensato, que el resultado de esta acción al momento de ser ponderado tenga la misma importancia del efecto perseguido, (Escobar, 2005, pág. 125)

2.1 Derechos fundamentales violentados con la privación de la libertad como medida cautelar

La noción de derecho fundamental es la más importante de las instituciones en las Constituciones modernas, en Colombia es conocida a partir de la promulgación de carta magna del año 1991. Donde se concibe estos derechos como inseparables a la persona

humana, de forma común se clasifican como derechos de origen individual, sin desconocer que para la corte constitucional de Colombia muchos de estos derechos han sido llamados técnicamente de primera generación, esto a razón de la importancia que tienen los mismos en su tratamiento, en cuanto la persona humana tiene que disfrutar de los mismos para que se dé la vida en condiciones dignas, (antioquia, 2016)

Así las cosas se enuncian de forma literal los derechos fundamentales que se ven trasgredidos al momento que un ser humano es privado de su libertad sin haber sentencia judicial que permita desvirtuar la presunción de inocencia, derechos como; la intimidad personal, familiar y el buen nombre, el respeto a la honrra, la libertad de locomosion y el domicilio, el derecho al trabajo mismo que le permite subsidiar los gastos propios y sostener una existencia en condiciones dignas, el derecho a la libertad de movilizarse, de pensar, expresarse, y al debido proceso, son directamente afectados sin dejar de aclarar que pueden haber otros derechos los cuales no se hace relación, (República de Colombia, 1991).

La intimidad personal, familiar y el buen nombre y su afectacion con la privacion de la libertad

Toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar..., (República de Colombia, 1991, pág. 7). El derecho a la intimidad, como su nombre lo indica se relaciona directamente con esa potestad que tiene el individuo de disfrutar de su soledad, al disfrute de un espacio filtrado sólo con su familia si así lo quisiere, al desarrollo de su sexualidad con su pareja, a alimentar su vida en relación. Este es uno de los derechos fundamentales que se afecta directamente y se observa limitado al momento de experimentar una situación de privación de la libertad, este derecho se encuentra relacionado con otros derechos que lo complementan, aspectos como las actuaciones morales, comportamentales y éticas se ven

segregadas y/o condicionados a la tolerancia de un espacio permeado por otras conductas que propias o impropias someten a cuestionamientos indignos y desvaloraciones personales que generan consecuencias conductuales y que someten al privado de la libertad, con lo antes dicho se expone un panorama descalificador de una política de resocialización, (CASTILLO, 2014)

En tanto la interferencia de la intimidad genera la vulneración a vivir la vida en condiciones dignas, somete a un malestar continuo al ser. A razón de lo anterior los establecimientos carcelarios tienen un protagonismo notable al momento de proteger los derechos fundamentales de los internos, esto a razón de que son ellos el actor antagónico que es facultado para interferir en la limitación de la libertad, de igual forma recae en ellos la obligación de propiciar garantías para el desarrollo del derecho a la intimidad, (CASTILLO, 2014, pág. 103).

El Estado está obligado a fomentar políticas que presten sus esfuerzos en la defensa de los derechos fundamentales a las personas investigadas y dotar de herramientas jurídicas efectivas a la defensoría del pueblo para que paralelamente a la investigación de un acto punible se respete y proteja los derechos del investigado y así mismo limitar el acceso a la intimidad del privado de la libertad, (CASTILLO, 2014, pág. 117)

Se define con lo enunciado, que el derecho a la intimidad y su actual tratamiento por los entes carcelarios y judiciales es propicio para ser vulnerado, no se dan las garantías pertinentes que busquen la protección de este derecho en el momento que se da la privación de la libertad como medida cautelar y que con dicha medida no se garantiza la imposición de la justicia sobre la impunidad, al contrario se corre el riesgo de anticipar un castigo con carencia de elementos testimoniales que representen la realidad material de los hechos que son materia de investigación.

El buen nombre y la honra, nadie y menos las autoridades públicas pueden deshonrar la vida de una persona, ni mucho menos deshonrar a la justicia y a la verdad, justificando la aprehensión de un ser humano basados en elementos materiales probatorios que hacen inferir que el investigado es autor o partícipe en la comisión de un delito, esto en cuanto la privación de la libertad se muestra socialmente por parte de la comunidad y los medios de comunicación como sustento moral en las acusación realizadas por la Fiscalía General de la Nación, desconociendo el respeto y la práctica de un debido proceso, así es manifestado por el Consejo de Estado en la sentencia 729 con radicado 33803, del 29 de enero de 2014, en la cual se fundamenta la solicitud de las pretensiones motivadas en el hecho de que la imagen de uno de los demandantes fue desprestigiada y menoscabada por las propias autoridades y adicional a esto la masiva información desplegada por los medios de comunicación al momento de comunicar la noticia, los cuales dan por responsables penalmente a los investigados mostrándolos como autores del delito y que en sentencia posterior no se logró desvirtuar la presunción de inocencia, pero que finalmente causaron un daño irreparable a la honra y el buen nombre del demandante, (Acción de Reparación Directa, 2014).

Perdida del empleo como afectación directa de la privación de la libertad sin justa causa

El trabajo es un derecho y una obligación social de cada ser humano y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado, (República de Colombia, 1991). Este es un derecho fundamental del ser humano, el cual se escoge libremente y se debe recompensar de forma equitativa, sin someter a tratos discriminatorios al empleado. Este derecho fundamental es reconocido por la declaración universal de derechos humanos y

muchas otras normatividades y como derecho surge como contraposición al poder económico y político del capitalismo y al día de hoy tiene una protección del Estado.

El derecho al trabajo es también gran protagonista al encontrarse vulnerado con la privación injusta de la libertad como medida cautelar, cuando esta se constituye en justa causa para la terminación unilateral del contrato, (COLOMBIA, 2013). Literalmente se establece que la detención preventiva del trabajador por más de 30 días, a menos que posteriormente sea absuelto, de acuerdo con lo anterior para que la detención preventiva se constituya en sí misma como causal de terminación del contrato se requiere que el término de privación de la libertad sea mayor a 30 días, pasados los cuales se procede al respectivo despido y se da la vulneración del derecho al trabajo.

La problemática del despido está fundamentada en la acción de faltar de forma consecutiva a realizar la actividad encomendada y no presentar justificación, pero la situación descrita se da por unas circunstancias específicas y es la imposibilidad física de acudir al cumplimiento de la obligación, esto como resultado de privación de la libertad como medida cautelar, siendo así se entendería que de presentarse un indicio sobre el cual se infiere la comisión de un acto delitivo la autoridad judicial está facultada a imponer la privación de la libertad como medida cautelar sin haberse desvirtuado la presunción de inocencia, dándose así para ese instante el despido.

En ese orden de ideas se entendería que la privación de la libertad no estaría condicionada a un tiempo específico, esto en cuanto en un proceso penal no está definido el tiempo de duración, dándose así que posiblemente pueden transcurrir años para haber una sentencia judicial, tiempo sobre el cual sus resultados no tardan en presentarse y que los sufre tanto la familia como el investigado, propiciando el desequilibrio emocional y físico del investigado, de su núcleo familiar, además del alcance económico que de forma

general es el investigado quien aporta los recursos que permiten la sostenibilidad del hogar, (Vallejo, 2011).

Pérdida de la libertad como primer derecho fundamental afectado con la privación de la libertad como medida preventiva

La libertad se configura como la capacidad de realizar y no realizar toda aquella actividad que por ley esta lícitamente permitida, se constituye en la facultad que posee toda persona de expresarse individual y socialmente, basada en el libre desarrollo de su personalidad, de su identidad, de su forma de ser, conforme a sus propias ideologías, así mismo su vida está condicionada a la seguridad, lo cual es la ausencia de disgustos que perturben la libertad, es un derecho humano básico que exige para su desarrollo la ausencia de temor, unas políticas sociales donde la libertad personal permitan que cada individuo goce de las finalidades propias del Estado de Derecho, como lo son políticos sociales y económicos, lo anterior nos lleva a entender que la privación de la libertad cuan fuere el motivo que lo propiciara requiere que sea investida de una serie de garantías que afirmen la defensa del derecho fundamental de la autonomía, (Humanos, 2013)

A inicio de los años noventa se prepararon grandes cambios en múltiples aspectos normativos en casi toda, por no decir toda América, sobre el entendido de establecer un orden público eficaz, sustentado en políticas criminales serias que para ese tiempo no se contaba; se produjeron grandes reformas en los conceptos penales que llevaron a replantear sus códigos o la normatividad procesal penal, y es que para ese momento la justicia se fundamenta en un espíritu inminentemente inquisitivo, con características directas bajo dos culturas que son la española o inquisitiva y la alemana. A partir de este hecho se inicio un gran cambio en los principios que estructuraban el derecho penal, se observó la necesidad de adecuar las legislaciones a las políticas internacionales que se

sujetan acorde con los derechos humanos, de igual forma representaba el cambio de las políticas internas de gobernabilidad realizando exposiciones democráticas en sus decisiones, y el desplazamiento de las dictaduras, en una de estas políticas democráticas se inicio la regulación en lo pertinente a la prision preventiva y conforme al respeto de los postulados de la presunción de inocencia y al principio de proporcionalidad.

Colombia ha experimentado el aumento desproporcionado de la criminalidad o delincuencia convencional, especialmente los delitos generados por la violencia y contra el patrimonio de las personas, toda esta problemática presenta una gran preocupación toda vez que tan desmesurado aumento de tal problemática genera que las fiscalías y juzgados se congestionen al momento de realizar el proceso penal. Aunado a esta situación, las autoridades policiales son insuficientes para contrarrestar la problemática social que genera la violencia.

La situación descrita es atribuida a la delincuencia, sin embargo las autoridades no realizan el análisis de otros factores que inciden en el aumento de esta criminalidad, situación que hace que los correctivos realizados en pro de disminuir el accionar delincencial no genere los resultados favorables, esto a causa de las políticas neoliberales y el aumento del consumismo, lo anterior genera que el fin constitucional de Estado social de derecho, fundamentado en el principio de solidaridad sea remplazado por los fines individualistas, provocando que la sociedad, la familia y el Estado excluyan al investigado y piensen que la solución se encuentra en privar de la libertad a las personas. (Rodriguez, 2009).

La actual sociedad parte del juicio que se puede modificar una realidad humana a partir de políticas que implementen el uso de la fuerza como solución, esta posición niega las motivaciones sociales que causan la criminalidad y dan fuerza al apoyo e

implementación de políticas represivas, como consecuencia la actual sociedad se encontraría justificando los actos criminales, se reprocha desde el espacio procesal la presunción de inocencia, las garantías al debido proceso la injerencia a la intimidad y el derecho a la defensa, todo lo antes enunciados trasgredido y justificado en el acto de garantizar la seguridad ciudadana, extrayendo el carácter cautelar de la medida privativa ocasionando que con la sola denuncia se obtenga a una sentencia condenatoria. (Mesa, 2001, pág. 57)

Lo anterior lleva a concluir que en Colombia los derechos fundamentales no sólo son los que aparecen en el título y capítulos referidos, en tanto la Corte Constitucional utiliza para reconocer los derechos fundamentales otros criterios como por ejemplo para la Corte hay criterios principales y subsidiarios de interpretación, atiende como principales: el que se trate de un derecho esencial de la persona y el reconocimiento expreso de la Constituyente (un caso ejemplificativo es el artículo 42 que se refiere a los derechos de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y se muestra como derecho fundamental también violentado con la medida privativa de la libertad).

Lo anterior, para dejar claridad que los derechos fundamentales violentados no son solo los tratados en el presente trabajo, hay muchos otros que por principio de conexidad resultan trasgredidos con esta medida, igualmente para hacer relación con ellos la Corte acoge otros criterios auxiliares, los cuáles no bastan por sí solos, como por ejemplo la inclusión del derecho en tratados internacionales, que se trate de un derecho de aplicación inmediata; que posea un "plus" para su modificación (se refiere a los que requieren de referendo para ser reformados) y por último la ubicación y denominación, (Demanda de Inconstitucionalidad , 2010).

Así mismo, para que un determinado derecho sea tenido como fundamental la Corte Constitucional de Colombia considera que se deben reunir tres requisitos: conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial, sin embargo deja claro en la sentencia t- 406, que los principios son valores de contenido axiológico de los cuales se fundamenta, enriquece y establece una finalidad del conjunto de normas que alimentan el bloque de constitucionalidad, que su contenido puede ser explícito o simplemente interpretativo, que lo que realmente importa es que demarque la base y finalidad de la organización política. Todo lo anterior a razón que la constitución hace una clara referencia a los fines del Estado los cuales definen la relación entre el gobernador y los gobernados basado en postulados como la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, los cuales son expresados en el preámbulo de la constitución como valores constitucionales, (Estado Social de Derecho, 1992).

La presunción de inocencia es un derecho del cual goza el procesado mientras no se le demuestre judicialmente culpable y, en consecuencia, tiene un componente de tratamiento, esto es, ninguna jurisdicción puede hacer una afirmación de culpabilidad antes de una sentencia en firme, y un componente probatorio, es decir, las pruebas que se recauden en un proceso deben permitir certeza respecto de la comisión de la conducta punible, la autoría del sujeto investigado y la responsabilidad de su conducta por haber realizado la misma. (Estado, 2014)

2.2 La prueba indiciaria como elemento determinante para ordenar la privación de la libertad

Entendiendo la ley como el conjunto de normas resultado de la función del legislador como mandato de la voluntad soberana de un pueblo, la misma debe ser cumplida por sus conciudadanos, ya que este es el resultado de la legalidad y la fuerza coercitiva del mandato constitucional, que así mismo se impusieron con la finalidad de vivir en comunidad, en ese orden de ideas se encontraría que la privación de la libertad se entiende a lo decidido por él es Estado social y de derecho en aras de imponer su voluntad conforme al interés general, es así como lo enunciado debe dar a entender que dentro de las obligaciones de los habitantes de un territorio enmarcado como Estado, está en tener conocimiento sobre qué conductas pueden generar que se les prive de la libertad, y cuánto tiempo serán sancionados si se les condena por su transgresión. (Granobles, 2016)

En razón del compromiso adquirido por la entidad llamada Estado y en ejercicio del poder conferido como mandato constitucional en aras de la protección de los bienes jurídicos se le ha permitido la transgresión objetiva del derecho fundamental a la libertad, misma que debe perseguir unos presupuestos definidos como lo son la ejecución de una efectiva administración de justicia, sustentada en obtener como resultado la permanencia del orden público y la conservación de los intereses de la sociedad para la investigación de los delitos, lo anterior como definición general sobre las conclusiones a que se llega con la privación de la libertad, sin embargo se enuncian literalmente en el CPP, (Colombia C. d., 2004), artículo 308, :

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 requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Del anterior artículo se extrae que los aspectos enunciados como obstrucción a la justicia, comparecencia y protección se relacionan íntimamente con el fin último de la medida de aseguramiento, mientras que el enunciado o no cumplirá la sentencia, hace referencia a la presencia de un fallo condenatorio el cual desvirtuó la presunción de inocencia y lo encontró penalmente responsable de realizar la conducta punible, es claro que cuando se ordena la medida de aseguramiento es pertinente afectar la libertad personal, sin embargo la constitución trae consigo la posibilidad de afectar el derecho a la libre movilidad en el artículo 297, del estatuto antes referenciado haciendo referencia a la existencia de motivos razonablemente fundados para inferir que una persona es autor o partícipe de la realización de una conducta delictual, caso en el cual corresponde al juez de control de garantías imponer la medida de aseguramiento, luego de verificar y estudiar si existe material probatorio que cumpla las finalidades ya enunciadas, (Granobles, 2016)

Pero lo anterior no se hace posible llevarlo a la práctica si la sustentación fáctica de la medida no lleva a inferir de forma razona y motivada que el imputado o persona investigada realizo la conducta punible y que su libertad representa un obstáculo en el desarrollo de la investigación, en razón a lo expresado es claro que la sustentación real se debe fundamentar en los elementos de prueba.

Los elementos materiales probatorios y evidencia física legalmente recogida forman el índice demostrativo en el proceso investigativo, lo anterior a razón de que sobre ellos recae la sustentación jurídica con la cual se determina por parte del ente acusador si la persona investigada es responsable penalmente de haber realizado la actividad delictiva de la que se le acusa, o si por el contrario los enunciados elementos probatorios no logran desvirtuar la presunción de inocencia que hasta ese momento resguarda al imputado, situación que causa que se decida una sentencia absolutoria por parte del juez de conocimiento, es así como el Juez parte de valorar la prueba y hacer una correcta sincronización con el testimonio que esta le brinda y expone la situación acontecida en el lugar de los hechos para relacionar o desligar a una persona de una investigación penal.

Lo enunciado expone la obligación de las autoridades de obtener una evidencia que suministren unas razones que conlleven a tener certeza sobre el vínculo del investigado con la actuación realizada, a lo anterior se suma la necesidad del juez de encontrar una nítida conclusión en la relación a la valoración de la prueba que demuestra un panorama fáctico que estreche el margen de error al momento de la decisión judicial, entendiéndose que de lo dicho hay situaciones donde se puede presentar la existencia de medios probatorios que no demuestren la responsabilidad del investigado y que la decisión judicial debe favorecer al mismo, (Aguilar, 2011)

En el marco legal de la jurisdicción penal la prueba ha sido el punto de encuentro o de divergencia en una investigación, esto a razón de que las partes sustentan sus teorías del caso haciendo una relación contextualizada de lo encontrado en el lugar de los hechos con lo sucedido, y donde las partes intervinientes realizan la defensa del rol desempeñado a razón de lo evidenciado por los elementos probatorios, en ocasiones encontrándose incongruencia o lo alegado y en otras coherencia en lo esgrimido, (Aguilar, 2011, pág. 27)

Así las cosas con lo antes dicho se encontraría una situación violatoria de los derechos fundamentales del ciudadano cuando el juez de control de garantías a razón de la existencia de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogida y asegurada o de la información obtenida legalmente infiere que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, Colombia, (2004), y sin embargo de esta forma determina que es necesario privar de la libertad al investigado.

Lo anterior en cuanto la decisión judicial es tomada en razón a la inferencia de haber sido autor o partícipe en la comisión del delito que se le indilga, entendiéndose de esta relación entre la prueba y la decisión del juez la prevalencia de un manto de duda que no logra desvirtuar la presunción de inocencia y que obliga a este último a enfocar sus decisiones a favor del capturado por prevalecer la inexistencia de un nexo causal entre la realización de la acción y el sujeto sindicado de haberla cometido, en tanto no hay certeza en la valoración de los medios probatorios de que el ciudadano ejecutó el acto investigado, sólo se presenta la inferencia, la cual hace persistir el manto de duda.

El derecho a la presunción de inocencia es el punto de partida de la valoración de las pruebas, y exige a la Fiscalía General de la Nación presentar elementos de juicio que acrediten mas allá de toda duda razonable la existencia de material probatorio que testifiquen de forma veraz la realización de un hecho punible por parte de quien se señala de haberlo realizado, de tal modo que el material probatorio le debe permitir al juez de control de garantías decidir con certeza al momento de tomar la decisión judicial, es a razón de lo anterior que la valoración de las pruebas está condicionada a una alta calidad en su apreciación, toda vez que son las razones que justifican el privar a un individuo de su libertad. Cumplir con las condiciones anteriores implica cuidar que no se de la posibilidad de habilitar situaciones de arbitrariedad, respetando un debido proceso, al igual que prevaleciendo la dignidad de la víctima, y en pro de buscar esa verdad procesal, que es la finalidad de la justicia, de esta forma la decisión propiciada por ente juzgador esta motivada de forma racional tal como lo preceptua la legislación colombiana, (Molina, 2012)

Desde un punto de vista cognitivo, el principal objetivo del proceso es la verdad, y es que ese objetivo es estructuralmente obligatorio para que funcione el Estado Social Derecho como mecanismo de motivación de la conducta. En el actual contexto procesal no se puede encontrar una verdad absoluta debido a las limitaciones procesales, legales o prácticas, que se presentan en el desarrollo investigativo, lo anterior no impide que el proceso se presente en un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad, la misma que es la verdad material, que tiene reglas y límites propios, como sucede en las generalidades del proceso investigativo, de forma tal que, podemos decir que en el proceso penal, va más allá de plantearse como una herramienta cognoscitiva, en sí mismo se convierte en un medio para

llegar a una verdad a partir de lo que usualmente sería una confusa presentación de hechos planteados como hipótesis. (Molina, 2012, pág. 56).

Es así como se ha puesto en conocimiento por parte del Tribunal Constitucional en un sin número de veces el resultado del análisis realizado a la prueba como factor indiciario en el proceso penal y su interrelación dinámica en el contexto de la presunción de inocencia, desde esta perspectiva las sentencias falladas por esta corporación han sido generadas en el entendido de establecer si la misma se puede estimar como prueba y si la misma tiene existencia en su propio origen, es decir si la misma se puede sujetar a los parámetros de la prueba indiciaria o si solo se pueden ver como teorías sin fundamento, es así como una prueba debe tener origen en unos hechos plenamente probados, esto con el fin de fundamentar la certeza sobre la base de las posible probabilidades, lo antes dicho debe estar razonado sobre criterios de juicio contundentes que exponen argumentos fehacientes de los hechos constitutivos de delitos.

Hay tres conclusiones filosóficas que sustentan la posición instrumentalizada de las pruebas.

- 1) Los indicios deben estar fuertemente ligados a un proceso legal razonado, no ser simple rumores o sospechas, estos deben estar plenamente acreditados.
- 2) Que los elementos materiales probatorios o evidencia física lleven a concluir a través de unas reglas pertinentes y con un juicio extraído desde el criterio humano donde motiva de forma contundente una sentencia condenatoria.
- 3) El tex de proporcionalidad sobre la solidez de la prueba que es la base de la inferencia en que se sustenta la motivación realizada desde la lógica como desde la misma razón de su suficiencia, entendiendo la prudencia como debe de ser tratado el tema en general por parte de los órganos judiciales.

En ese orden de ideas las pruebas deben ser sometidas a un debido proceso, donde la misma contiene una validez formal que tiene relación directa con los órganos Estatales que intervienen en la recolección del elemento objeto custodia, y la otra es las formalidades propias del trabajo de campo como lo son tiempo de la ocurrencia de la acción delictiva, lugar en que se desarrolló la temática investigada y modo en que se realizó la respectiva recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, donde de esta última depende la validez material, estrechamente relacionada con las conclusiones de la decisión judicial, donde se pondrá en evidencia la valoración del juez y su respeto por los principios de proporcionalidad y racionalidad. (Jaramillo, 2008)

En la práctica el respeto al debido proceso se entiende en dos sentidos uno sustancial que hace referencia a la facultad que tiene el juzgador para imponer la restricción de los derechos fundamentales y el deber que tiene el mismo en vigilar que se cumplan los presupuestos constitucionales de validez, y en el sentido formal hace referencia simplemente a los parámetros procedimentales que aportan las garantías legales y constitucionales para las actuaciones en los procedimientos probatorios en la admisión, práctica y valoración de la prueba dentro del acto investigativo del ente judicial, al instante de la valoración, las partes o quienes intervienen en la práctica de la prueba poseen una posición fundamental en el derecho de exigir que el elemento material probatorio relacionado con su interés material tenga una gran certeza valorativa y que el juez sin lugar a dudas evidencie su capacidad demostrativa, sin embargo la parte afectada conserva el derecho a invocar las alternativas procesales de exclusión de la prueba que no posea la capacidad demostrativa y los preceptos procesales de validez. (Jaramillo, 2008, pág. 169)

Como se observa la valoración de la prueba tiene un importante nivel de complejidad, esto en cuanto se realiza un análisis jurídico de índole procedimental que debe respetar valores y principios jurídicos constitucionales, lo mismo que preceptos de carácter probatorio que hacen relación a la capacidad demostrativa de los elementos de conocimiento que le permiten al juez de control de garantías tomar la decisión judicial que en el caso en comento se refiere a ordenar la medida privativa de la libertad. (Jaramillo, 2008, pág. 170)

Así las cosas y finalizando lo antes planteado se puede determinar que la imposición de la medida privativa esta intimamente dependiendo de lo realmente demostrable por el ente acusador mediante los elementos probatorios y que no basta con escribir de forma superficial un planteamiento teórico sobre la pertinencia de utilizar la medida como simple procedimiento cautelar, la medida enunciada va en busca de transgredir derechos fundamentales que deben de ser ponderados por el juez de control de garantías con referencia a las consecuencias optenidad de la limitacion al derecho a la libertad.

2.3 Dignidad humana como factor determinante en la privación de la libertad

A través de la historia la sociedad ha desarrollado un concepto protagónico de la dignidad humana que ha sido el eje fundamental en la concepción política del Estado Social de Derecho, en ese entendido se impone como plataforma que sostiene la sociedad de la cual parten todas las leyes y conductos normativos que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares y entre los particulares entre sí.

Lo anterior lleva a analizar el contrato social de los individuos como un acto jurídico bilateral donde las partes se instituyen como sujeto de deberes y derechos, que se vinculan a su cumplimiento a razón de lo planteado por la Constitución Política de Colombia, República de Colombia, (1991), sin embargo la realidad plantea una divergencia teórica con la literalidad del escrito y la aplicación de la norma por parte por las autoridades judiciales asignadas a buscar la justicia en el Estado social de derecho, en tanto se desconoce el sentido filosófico de la dignidad humana el proceder de la justicia, (Muñoz, 1998)

Es así como el concepto de dignidad humana se entiende contenido en el sistema de valores constitucionales pactados de manera implícita en este contrato social. El mismo el que enmarca el proceder restrictivo y coherente de los organismos del Estado, es un concepto preponderantemente vinculante para cada una de las acciones encaminadas a desarrollar la parte operativa del Estado Social de Derecho, el mismo que antepone la seguridad publica sacrificando los derechos fundamentales del ciudadano, (Muñoz, 1998, pág. 21).

Partiendo de la anterior premisa se entiende, que la función predominante en una constitución democrática, es condicionar la vivencia de una sociedad al cumplimiento de ciertos parámetros normativos que coadyuven a sostener con transparencia el actuar de la administración del Estado, brindando a su comunidad ciertas garantías constitucionales, las mismas fundamentadas en la dignidad humana, donde la constitución al ser norma de normas se impone a la administración arbitraria y obliga al ciudadano a estar a la vanguardia de la democracia moderna, donde el objetivo fundamental es su bienestar, el

respeto por sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, sin más limitantes que los derechos de los demás, (Muñoz, 1998, pág. 34)

3. Uso y abuso de la prisión preventiva como medida cautelar en Colombia

Desde hace más de una década la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión”) ha considerado que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en muchos países. En su reciente Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas la CIDH señaló, entre los problemas más graves y extendidos en la región, es el uso excesivo de la prisión preventiva y destacó que esta disfuncionalidad del sistema de justicia penal es a su vez la causa de otros problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados (Civera, 1999).

Asimismo la CIDH fundamenta su informe en la presunción de inocencia, donde la ubica como pilar primordial del ser humano, destacando de él “la dignidad”, realizando énfasis especial en el momento donde este último se encuentra afrontando un proceso de responsabilidad penal, pero que en las diferentes etapas del proceso tendrá que ser tratado como inocente hasta tanto solo con una sentencia en firme quebrante el derecho fundamental de presunción de inocencia.

Es claro para la CIDH en cuanto al uso en exceso de la prisión preventiva, que esta es un problema que va más allá de su causa, teniendo en cuenta que el diseño de los textos normativos, las deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia y el contexto actualizado en la sociedad donde se debe otorgar la correcta aplicación a la presunción de inocencia con el objetivo primordial de brindarle al procesado las garantías

Constitucionales expresadas en ellas, no cumplen con la defensa de estos principios recomendados en los informes de la CIDH.

Al mismo tiempo, el uso excesivo de la prisión preventiva como medida cautelar contribuye a agravar otros problemas no menos importantes para el Estado, a saber, el hacinamiento carcelario, donde para la fecha de presentación del informe de la CIDH basado en los estudios previos en la región indicaron que más del cuarenta por ciento (40%) de la población reclusa en centros penitenciarios, se encuentran a la espera de resolver su situación jurídica, es decir, que se presenta un índice demasiado alto para aquellas personas que están a la espera de que sea el Estado mismo quien quebrante su presunción de inocencia, vulnerando de esta manera los demás derechos fundamentales inherentes al ser humano y complementa la CIDH haciendo una mención no menos importante sobre la tardanza en los procedimientos judiciales, ello en razón a las congestiones de procesos en los juzgados que trae consigo dos situaciones a destacar; por un lado el único llamado a soportar la carga de esta congestión judicial es el procesado, el mismo que no tendría que soportarlo teniendo presente que aún no se le ha quebrantado su presunción de inocencia a través de una sentencia en firme que declare su responsabilidad penal y por el otro los altos costos que estas personas en calidad de prisión preventiva demandan para un Estado, donde con la aplicación excesiva de esta medida cautelar conlleva a que los recursos destinados para el sistema penitenciario sean insuficientes para atender las necesidades los reclusos demandan a diario.

Se sustenta fundamentalmente el informe de la CIDH en el principio de la presunción de inocencia, donde indica a los Estados miembros que esta “Presunción de inocencia” no es simplemente un derecho fundamental más, de los que Constitucionalmente se encuentran expresados en la carta magna, sino que la eleva a la categoría de principio en razón que de

este mismo se desprenden otros derechos principalmente la vida, la dignidad del ser humano y la libertad, derechos que cobran la calidad de inherentes a la persona con el solo hecho del nacimiento, es más, en la mayoría de los Estados desde la concepción como sucede con nuestra Nación. (Humanos C. I., 2010)

Es importante extraer del informe presentado por la CIDH el aporte donde nos indica respecto de la presunción de inocencia, “De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal la más elemental es quizás la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), de la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2)”, (Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas Pág. 5, 2013), de este modo se presenta un panorama muy claro en relación a la presunción de inocencia, donde nos expresa que las normatividades internacionales que tratan del tema, esta es la garantía judicial más importante para la búsqueda de la protección a los derechos humanos y por consiguiente a los derechos fundamentales conexos a este principio, del cual el país ha ratificado y que en la actualidad se encuentran en plena vigencia.

Ahora bien como antecedente histórico en el mismo informe la CIDH indica que para el año 1997 en nuestro país la población que se encontraba privada de la libertad sumaba en total 43,221 personas, de las cuales el (45,85%) estaban a la espera de un juicio en el cual se les definiera su situación jurídica, y más adelante se observó que para finales del año 2012 la población carcelaria ascendía a 113,884 de las cuales el (30%) se encontraban a la espera de la definición de su situación judicial, es decir, como se sostiene en este análisis,

eran personas a las que se les vulneró su presunción de inocencia y con esta los demás derechos fundamentales conexos a ella. (Humanos C. I., 2013, pág. 45)

Esta situación, al igual que otros problemas estructurales relativos al respecto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, también ha sido identificada sistemáticamente en las Américas por los mecanismos de monitoreo de las Naciones Unidas, cuyo mandato está relacionado con la salvaguarda de los derechos humanos de las personas procesadas penalmente y/o privadas de libertad, como el Comité de Derechos Humanos (HRC), el Comité contra la Tortura (CAT), el Subcomité contra la Tortura (SPT), el Grupo de Trabajo sobre las Detenciones Arbitrarias (GTDA) y el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (RT), Civera, (1999).

Así mismo otros factores calificados como ILANUD, (Instituto Especializado de las Naciones Unidas), han expuesto su preocupación y catalogado de grave dentro de la perspectiva de las Américas el aumento de la población carcelaria en lo concerniente a personas investigadas y privadas de su libertad que carecen de una condena. La misma entidad ha manifestado la necesidad que tienen las distintas naciones de aumentar sus esfuerzos en aras de ejercer control sobre el número de personas investigadas y privadas de su libertad sin que se allá dado la sentencia respectiva.

Es claro para ILANUD, que las causas que con frecuencia generan el aumento de la población carcelaria son el retardo en el trámite de los procesos penales, el cambio en los defensores o la ausencia de los mismos o la respectiva falta de idoneidad de los mismos, la presión que ejercen los medios de comunicación cuando las investigaciones pasan a ser de interés público, y las decisiones judiciales motivadas por los jueces y solicitadas por los fiscales a que se prive de la libertad a aquellas personas que están siendo investigadas, y

desisten de utilizar otras medidas no privativas de la libertad, (Humanos C. I., 2010, pág. 56)

Lo antes dicho omitiendo la existencia de normas internacionales que vinculan a los distintos países al Derecho Internacional Humanitario, las cuales tienen como principio el reconocer la presunción de inocencia como un derecho esencial y la privación de la libertad como la excepción de las medidas en lo que respecta a las decisiones judiciales. Compromiso político acordado hace dos décadas atrás y el cual generaba la implementación por los distintos gobiernos de adoptar medidas para dar solución a la problemática que genera el hacinamiento carcelario y el aumento de las condiciones infrahumanas a las que se llega por la práctica de estas medidas, (Humanos C. I., 2010, pág. 57).

Frente a lo anterior la Comisión Interamericana ha expuesto que el uso incontrolado de las medidas privativas de la libertad son contrario a los principios promulgados por un Estado Social de Derecho y Democrático, a lo que se le agrega la visión errada en la utilización de la medida como una forma de justicia que de forma ocasional resulta concebirse como una pena anticipada y que es ciertamente contraria a lo acordado por los Acuerdos Internacionales, es de anotar que la detención preventiva es factor determinante de una correcta administración en la política criminal de un Estado, por lo tanto se relaciona íntimamente con una filosofía democrática y de Estado Social de Derecho, (Humanos C. I., 2010, pág. 62).

También el informe de apoyo de la CIDH, manifiesta que en cuanto las causas que generan el uso de la medida privativa de la libertad como obligatoria y no excepcional son las políticas de Estado que implementan como solución a los problemas sociales y de seguridad ciudadana el aumento de la población carcelaria, en el mismo sentido se ha

desarrollado una gran cantidad de reformas, (ley 1542 de 2012, ley 747 de 2002, ley 1453 de 2011 entre otras), las mismas que han generado un uso desproporcionado de la detención preventiva, iniciativas que vienen fundamentalmente de congresistas, altos funcionarios de las distintas ramas de los poderes públicos y de la cohercion publicitaria utilizada por los medios de comunicación, así mismo es necesario mencionar que para los distintos Estados el hacinamiento carcelario representa un gasto económico considerable al igual que para el detenido, su familia y la sociedad, (Humanos C. I., 2010, pág. 71)

Además de lo anterior, en el informe presentado por la CIDH sobre los “Estandares Internacionales Relevantes Relativos a la Aplicación de la Prisión Preventiva”, donde en este literal hace especial referencia al Derecho a la presunción de inocencia y el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, establece en su escrito más ampliamente que es la medida cautelar de prisión preventiva la excepción a la regla general, es decir, que siempre al procesado debe dársele dentro del proceso penal la calidad de ciudadano libre mientras no haya una sentencia de responsabilidad penal en firme que desvirtue efectivamente su inocencia y que solo en caso de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad se podría privar de la libertad al sujeto presunto transgresor de la norma interna. (Humanos C. I., 2010, pág. 56)

“Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *Pro Homine*”, indica la CIDH que a tal principio se le deben dar las interpretaciones de acuerdo a la situación que se lleve al interior del proceso, es decir, por un lado respecto a la normatividad se debe interpretar de la manera más amplia, más razonable, más contextualizada y beneficiosa al sujeto procesado, de igual forma por el otro lado, respecto

de la restricción se debe acudir a la interpretación más restrictiva, sin embargo, en ninguno de los dos eventos se debe dejar de lado la condición más beneficiosa al ser humano dentro del proceso en el cual se encuentra inmerso el sujeto procesal. (Humanos C. I., 2010, págs. 57, numeral 134).

El principio de presunción de inocencia exige a los Estados que fundamenten y motiven la necesidad de privar de manera cautelar al ser humano, en tanto que de lo contrario estaría el mismo Estado sometiendo de manera arbitraria e injusta al sujeto procesal bajo este precepto de medida cautelar, lo cual hace que sus operadores jurídicos deban observar con detenimiento, detalle y en cada caso particular, la necesidad de este tipo de medida para el procesado. Además de la motivación invita a los Estados a que no fundamenten la necesidad de la medida cautelar bajo el argumento *del tipo de delito, de la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado* en razón a que sería imponer una pena anticipada a una persona que no se le ha desvirtuado su presunción de inocencia, y que de imponerse esta medida cautelar se estaría condenando al ciudadano mucho antes de la sentencia condenatoria en caso de que la fiscalía logre desvirtuar su inocencia, pero que sería totalmente arbitraria esta medida en el evento en que el procesado sea absuelto mediante sentencia judicial, lo que nos indica que debe primar la presunción de inocencia y no la de culpabilidad y por ello para la CIDH, el sujeto debe afrontar su proceso penal en libertad, en la medida de lo posible. (Humanos C. I., 2013, págs. 58, numeral 138)

Respecto del criterio de excepcionabilidad en la aplicación de la prisión preventiva la cual está directamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia, el juez Sergio García Ramírez expresó *“La prisión preventiva es la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una*

restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerando este fenómeno de cara a la realidad –aunque ésta tropiece con el tecnicismo- la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de la libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. {...}Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva”. y es precisamente lo manifestado por el Juez García Ramírez en su escrito una de las razones que fundamentan este proyecto investigativo, el cual encuentra su apoyo doctrinario en lo expresado por este. Expresa el Juez García Ramírez que en efecto se debe observar con lupa la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de acudir a la excepción en lugar de la regla general, entendiendo que en primer lugar los Estados se deben acoger al principio de presunción de inocencia del cual es eje primario del informe presentado por la CIDH. (Humanos C. I., 2013, pág. 59 y 60)

Es claro entonces que las medidas cautelares de prisión preventivas están llamadas a ser reevaladas basados en los criterios de quienes de alguna manera se han osado a contradecir lo manifestado en los textos normativos, en ningún caso, sin fundamento alguno, sino contextualizando su aplicación en la sociedad actual y en la búsqueda de una justicia más equitativa para el individuo procesado y el conglomerado social en general.

Es pues como establece la CIDH que la presunción de inocencia es el punto de partida más importante para establecer si es o no necesaria la privación de la libertad del sujeto imputado del delito penal.

Ahora bien, en relación con las condiciones para la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva para la CIDH solo existen dos situaciones en las cuales se hace necesaria tal medida, a saber, *no impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y que el procesado no eludirá la acción de la justicia*, pues protegiendo estas dos premisas ha reconocido la CIDH que si es totalmente ajustada la imposición de tal medida cautelar, sin apartarse de que solo debe emplearse para los fines procesales buscando proteger los efectos al final del proceso, sustentando su valoración en que aún realizando una confrontación extrema de los indicios que conlleven a presumir de manera razonable la participación del imputado en el ilícito cometido, la privación de la libertad no se debe someter únicamente a los fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que esta privación se debe fundamentar en los fines legítimos de que trata la CIDH en sus dos premisas principales, las cuales previamente ha reconocido y ha facultado a los Estados ratificados en ellos, para que procedan conforme a estas. Es por ese motivo que la mayoría de los procesos que se llevan a estas instancias en contra de los Estados, son estos últimos los menos beneficiados al vulnerar dentro de la normatividad interna, los presupuestos procesales impartidos por los organismos internacionales, donde dejan claro a los Estados que las características personales del presunto infractor penal y la gravedad del delito que se le endilga no son, por sí mismos, justificación suficiente para someter al procesado con esta medida cautelar de prisión preventiva.

Por lo tanto establece la CIDH que es contrario a la norma, y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio pro homine en que se justifique la

detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho. (Humanos C. I., 2013, pág. 61 y 62), entendiéndose el postulado indicado en el informe presentado por la CIDH los demás criterios plasmados en las normatividades internas, no son más que criterios no procesales, los cuales no amparan los acuerdos internacionales que ratifican los Estados y que conllevan a la utilización de esta comisión en la investigación del debido proceso al interior de un Estado que presuntamente haya vulnerado las premisas únicas y principales que otorgan el piso jurídico para la implementación de esta medida cautelar.

En conclusión respecto del principio de excepcionabilidad indica que la prisión preventiva se deberá utilizar cuando se demuestre sin lugar a dudas que es el único medio que permite asegurar los fines de la pena y del proceso, y que las otras medidas de menor lesividad resultarían ineficaces a los propósitos procesales establecidos en cada Estado, lo cual coadyuva en la teoría planteada por el Juez García Ramírez respecto a la prisión o medida cautelar de prisión preventiva contienen las mismas consecuencias lesivas al ser humano, estando este último en condiciones de procesado o de sentenciado.

Respecto a la aplicación de esta medida cautelar de prisión preventiva, solo se avala en este informe de la CIDH las inferencias de que el procesado no impedirá el correcto desempeño y desarrollo de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia del proceso aperturado en su contra. (Humanos C. I., 2013, pág. 65)

4. La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia

Según Delgado (2003), la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia antes de la Carta Política de 1991, se caracteriza por tener un origen pretoriano, pues ante la ausencia, tanto en la Constitución Nacional de 1886 como en la ley, de un principio general

de responsabilidad extracontractual del Estado. Hoy en día esa responsabilidad pasó a ser una responsabilidad con un contenido teórico de daño anti jurídico que conlleva a entender que el mismo surge como la consecuencia derivada por la acción u omisión del proceder incoado al agente o servidor del Estado o particular que preste servicio público, y genere el daño o detrimento patrimonial de la persona afectada, es decir sobre la que recae el accionar del sujeto activo, el cual soporta en ese momento una carga que excede de forma exagerada la que normalmente debe soportar el individuo en su vida social, (Escobar, 2005)

Ante la ausencia de reglas constitucionales y legales que establecieran un principio general de la responsabilidad patrimonial de Estado, el Consejo de Estado Colombiano edificó por vía jurisprudencial el Instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado con reglas y fundamentos de derecho público, estructurada en el interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886 (Henoa, 1996).

4.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Por mandato del artículo 151 de la Constitución Nacional de 1886, a la Corte Suprema de Justicia le correspondió el conocimiento “de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación”. Por tal virtud tuvo la competencia general para conocer los asuntos de responsabilidad civil extracontractual contra la Nación, hasta el año 1964 cuando el Decreto Ley 528 de ese año radicó en el Consejo de Estado la competencia general para conocer todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado (Hoyos, 1997). De lo anterior se colige que la responsabilidad en materia administrativa del Estado le

corresponde dirimirlo a la corte suprema de justicia y poco a poco ha creado una línea jurisprudencial que desborda el sentido mismo de la responsabilidad administrativa y lanza una voz de alerta que prevé una bifurcación conceptual entre la responsabilidad penal del individuo infractor y una mala postura investigativa del ente acusador, generando con ello imputar una culpa exclusiva de la víctima, y excusando de forma arbitraria al Estado por un mal procedimiento.

4.2 Etapa de la responsabilidad indirecta

Se fundaba en las normas del Código Civil que consagraban la responsabilidad civil extracontractual por el hecho de terceros, por sus funcionarios o dependientes en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, establecidas en los artículos 2347 y 2349, con fundamento en las nociones de culpa in vigilando y culpa in eligiendo, normas que conforme la doctrina y la jurisprudencia daban lugar a la presunción de culpa de las personas que ejercían la autoridad o la guarda sobre sus dependientes (Serrano, 2000).

4.3 Etapa de la responsabilidad por las fallas del servicio público

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia comienza a desprenderse de la fundamentación privatista en la que tradicionalmente había radicado la responsabilidad del Estado en busca de una concepción autónoma de esta responsabilidad, sustenta la misma no solamente en el artículo 2341 del Código Civil, sino también en el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, deduciendo así la responsabilidad del Estado del funcionamiento inadecuado de los servicios públicos y generando un sin número indeterminado año tras año de demandas que generan un gasto exagerado del presupuesto

del Estado en indemnizaciones que generalmente no se devuelven por medio de la acción de repetición,(Corte Suprema de Justicia. p. 1029).

4.4 La jurisprudencia en el Consejo de Estado

En relación con la naturaleza del daño el Consejo de Estado ha sostenido, que corresponde al juez si el daño causado va más allá de lo que en una situación normal debe soportar una persona, riesgo que se corre por vivir en comunidad políticamente estructurada y adaptarse a la normas propias del contrato social, Accion de Reparación Directa, (2015), de igual forma con la expedición del Decreto Ley 528 de 1964, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo asume la competencia plena y general para conocer todos los casos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de origen contractual como extracontractual trasladándole al Consejo de Estado los Tribunales administrativos la competencia para conocer de las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional y de las entidades territoriales, contractual y extracontractualmente, (Justicia, 1964).

Ante la ausencia de reglas constitucionales y legales que establecieran un principio general de la responsabilidad patrimonial de Estado, el Consejo de Estado Colombiano edificó por vía jurisprudencial el Instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado con reglas y fundamentos de derecho público, estructurada en el interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886 (Henoa, 1996).

Otra Característica de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia con anterioridad a la Carta Política de 1991, fue en su momento que abarcaba todos los

servicios públicos administrativos, pero no comprendía la responsabilidad de los demás poderes públicos y de los diferentes órganos independientes (HENAO, 1996).

La Carta Política de 1991, constituyó por primera vez la categorización Constitucional de un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado tanto de naturaleza contractual, como extracontractual, Y es así como en su Artículo 90, de la Carta Política de 1991, señala que:

“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, aquel deberá repetir en contra de éste”, (República de Colombia, 1991).

Lo anterior dando a entender que la preparación para los servidores públicos debe estar encaminada a minimizar las actuaciones culposas que tienden a deprecar en malos procedimientos que vulneren derechos fundamentales y terminen con la exposición acelerada de indemnizaciones que aumenten el gasto público y la imposición de impuestos.

CAPITULO III

5. Desarrollo legislativo en Colombia de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad judicial y en particular de la Privación injusta de la libertad

Para poder abordar el estudio de las normas que se ocupan de regular esta materia en el ordenamiento jurídico de Colombia, es preciso destacar que estas son expresiones de la tendencia universal, manifestadas primeramente en instrumentos internacionales de

derechos humanos que regulan la obligación de los Estados de reparar los perjuicios causados por la detención o prisión injusta y en las normas de derecho interno de algunos países, que determinadas por las anteriores las han incorporado en sus respectivos ordenamientos jurídicos, en el caso de Colombia, en el bloque de constitucionalidad, (República de Colombia, 1991). Estos han servido de referencia para su consagración en la legislaciones contemporáneas, lo que demuestra que en Colombia no es una regulación aislada y descontextualizada, sino por el contrario, es una manifestación universal que propendiendo por la defensa del derecho a la libertad personal, condena la detención y prisión injusta, concediéndole a las víctimas de la misma una indemnización a su favor como una compensación para restituir la injusticia sufrida, (Escobar, 2005)

5.1 El Decreto-Ley 2700 De 1991 reguló por primera vez en Colombia la responsabilidad por privación injusta de la libertad

Luego de expedida la Carta Política de 1991, dos normas legales se han ocupado desde el punto de vista sustancial de la responsabilidad del Estado por la actividad judicial en:

El Decreto-Ley 2700 de 1991 (anterior Código de Procedimiento Penal) que estableció dos formas de responsabilidad por la actividad judicial:

- Responsabilidad del Estado por error judicial derivado de la exoneración de responsabilidad penal, a través de la acción de revisión (artículo 242).
- Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad (artículo 414)

La Ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia que en el título Tercero, Capítulo VI regula lo referente a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, estableciendo tres especies de responsabilidad del Estado-Juez:

- Responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.
- Responsabilidad por el error jurisdiccional.
- Responsabilidad por privación injusta de la libertad.

En este orden ideas, el Decreto Ley 2700 de 1991 (anterior Código de Procedimiento Penal), expedido por el Presidente de la República de entonces, en el artículo 414 expone de forma literal Indemnización por Privación Injusta de la Libertad, quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios, siendo esta la primera norma que se ocupó de regular a nivel legal algunos eventos de responsabilidad del Estado por la actividad judicial, también se encuentra en esta normatividad lo pertinente a la detención, allí el artículo 397 define de manera concreta en los casos que procede la detención preventiva, (Colombia C. d., 1991)

5.2. Privación injusta de la libertad, conforme el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991: delimitaciones conceptuales y características.

En el propósito de acometer la delimitación conceptual del título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado, que el artículo 414 de Decreto Ley 2700 de 1991 denomina como privación injusta de la libertad, se debe indagar sobre su significado, su naturaleza y las condiciones y requisitos ineludibles para su determinación. En este orden de ideas, lo primero que hay que decir es que la indemnización por privación injusta de la libertad a la que alude el artículo 414 de Decreto Ley 2700 de 1991, se refiere a la que es

consecuencia de la prisión provisional injusta o indebida exclusivamente, más no a la privación de la libertad que es resultado de una condena (Decreto Ley 2700, 1991).

A pesar de que en el encabezado de la norma se manifiesta que: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad, podrá demandar al Estado, indemnización de perjuicios” (Artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991).

Es así como se puede entender que la norma siempre está delimitada a que la privación injusta de la libertad se condiciona a ser demostrada mediante la absolución con respecto a la acusación infundada, demostración que parte del acto mismo del organismo juzgador, esto por la carencia de elementos materiales probatorios y evidencia física que su acto de análisis conlleve a desvirtuar la existencia de cualquier vínculo con el acto propio investigado.

5.3. Circunstancias de absolución penal que dan lugar a responsabilidad por privación injusta de la libertad conforme al artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

- **Inexistencia del hecho (inexistencia objetiva):** Supone que haya habido absolución penal por la demostración de la inexistencia del hecho imputado, en otras palabras, que la persona fue sindicada de la comisión de un delito, motivo por el cual fue detenida preventivamente, pero en el desarrollo de la investigación se demuestra que este hecho no existió.

De esta manera, al no existir el hecho imputado, no hay conducta digna de reproche, ni lesión a bien jurídico alguno, por lo tanto, igualmente no puede predicarse la existencia de culpabilidad. De este modo la existencia del hecho es presupuesto necesario para

establecer la responsabilidad penal, pues en su defecto por sustracción de materia, es imposible el análisis de todos los elementos que hacen que una conducta sea punible como lo preceptúa al tenor de lo establecido en el artículo 9 del Código Penal, que esta sea típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, únicamente pueden ser objeto de reproche penal las conductas que efectivamente hayan existido (Decreto Ley 2700, 1991).

- **No participación del inculpaado en los hechos (inexistencia subjetiva):** Cuando a pesar de haber existido el hecho delictivo, el sindicado de este delito que ha sido privado de la libertad, es exonerado por la demostración de no haberlo cometido. Así pues, la prueba de la falta de participación del detenido en el hecho delictivo que se le atribuye, da lugar a indemnización de perjuicios por la prisión provisionalmente sufrida, la que por esta circunstancia deviene injusta, ante la demostración de la inocencia del acusado.

- **La conducta no constituía hecho punible:** para que exista conducta punible se requiere de la demostración del elemento objetivo y subjetivo de la conducta, tal como lo indica el artículo 9 de la Ley 599 de 2000, que señala:

Conducta punible: para que la conducta sea punible se requiere que será típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Culpabilidad: sólo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva. Conforme a las normas legales ante descritas, para que una conducta sea punible, ésta debe ser típica, antijurídica y culpable. Para ello, frente a una determinada conducta, lo primero que debe hacerse, es averiguar si está descrita en el ordenamiento penal y precisar, en su caso, si se adapta o no a una o varias descripciones contenidos en la Ley (tipos penales o supuestos de hecho), concluyendo dicho juicio con la afirmación de la tipicidad o atipicidad del comportamiento,

según el caso; además si contraría tanto formal como materialmente el plexo jurídico, se emitirá un nuevo juicio y se señalará si es antijurídica (constitutiva de injusto) o, en caso contrario, que es ajustada a derecho. Finalmente, si al autor le era exigible un comportamiento distinto al que realizó se emitirá el correspondiente juicio de culpabilidad, en caso contrario se dirá que la conducta es inculpable (Velásquez, 1997).

Para que una conducta sea punible, debe ser típica antijurídica y culpable, esto es, que haya sido previamente definida por el legislador como delito de una manera clara, estricta y cierta; que afecte un bien jurídicamente tutelado y que después de valorar las exigencias del orden jurídico y las reales condiciones en que se encontraba el individuo para obrar o no conforme a la exigencia normativa, la conducta sea merecedora de reproche (Velásquez, 1997).

5.4. Causales De exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de detención preventiva injusta, conforme el artículo 414 del Decreto Ley 2700

De 1991

Esta norma contempla una sola hipótesis de exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado, cual es, que sea la propia víctima la que haya dado lugar a la imposición de la prisión provisional, ya sea por su dolor o por su culpa grave, en cuyo caso, es la conducta del procesado, a la cual la norma exige una cualificación respecto de su gravedad -que esta haya sido realizada con dolor o culpa grave-, la que debe haber sido la causa exclusiva de la detención.

5.5. Interpretación del Consejo De Estado del Artículo 414 del Decreto Ley 2700 De 1991 y su evolución jurisprudencial

Al analizar la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad por privación injusta de la libertad reglada por el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, se encuentra que esta Corporación ha transitado por tres etapas:

Primera: El Consejo de Estado confunde los distintos títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, lo que se advierte con el trato indiferenciado que le da a cada uno de éstos, encerrando en una misma noción las distintas especies de responsabilidad judicial, sin percatarse que son distintas, pues una es la responsabilidad por error judicial y por funcionamiento anormal de la administración de justicia y otra es la responsabilidad por privación injusta de la libertad (prisión provisional injusta), a la que somete impropiamente a los presupuestos subjetivos del error judicial, (Accion de Reparación Directa, 2014).

Segunda etapa: asimilación del verdadero carácter objetivo de esta forma de responsabilidad y su diferencia con el error judicial. Antes de la anterior sentencia y de la expedición de la Ley 2700 de 1996, El Consejo de Estado ya venía aplicando el artículo 414 de la Ley 2700 de 1991, en su interpretación genuina, que es aquella que emana de la literalidad de su regulación y de los presupuestos que son propios de la figura de la responsabilidad por prisión provisional injusta contenidos en esta norma y en las referencias del derecho comparado, (Accion de Reparación Directa, 2014, pág. 13).

Tercera etapa: El Consejo de Estado trasciende los presupuestos legales del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 y da una fundamentación constitucional a esta responsabilidad, con apoyo en el artículo 90 de la Carta Política.

En esta construcción jurisprudencial del Consejo de Estado, en relación con la interpretación de la figura de la privación injusta de la libertad reguladas en el artículo 41 de la Ley 2700 de 1991, se encuentra que la posición actual de esta Corporación, trasciende incluso el contenido de esta norma, acudiendo para ello a la noción de daño antijurídico que como fundamento general de la responsabilidad patrimonial del Estado, establece el artículo 90 de la Carta, considerando así que hay lugar a indemnización por privación injusta de la libertad, en tanto se haya causado un daño antijurídico, que para la Sala se configura cuando un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente librado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, (Acción de Reparación Directa, 2014, pág. 19).

5.6 Responsabilidad del Estado cuando la causa de absolución penal es la falta de pruebas

Para que haya condena penal debe existir certeza sobre la responsabilidad del imputado, la ausencia de elementos probatorios que permitan llegar al Juez al convencimiento de la responsabilidad penal del acusado da lugar a absolución penal, la cual puede provenir, tanto de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, como también por falta de pruebas incriminatorias, ya por ausencia de prueba, ya por prueba insuficiente, pues ante esta circunstancia de precariedad probatoria, no se le ofrece al Juez medio alguno que demuestre la responsabilidad del sindicado, en cuyo caso, se impone de mayor manera la presunción de inocencia, es así como el objeto de la prueba hace relación con la verificación de los hechos acontecidos y que se van a probar, desplazando en su análisis la problemática que plantea el desarrollo de cada proceso, la prueba en sí misma es el

presupuesto real que le da eficacia a la aplicación de la norma, donde de no ser verificada por el juez va a generar congruencia en la decisión fallada, (Aguilar, 2011).

5. 7 Cuando la privación de la libertad ha sido producto del error jurisdiccional

Además de las circunstancias de exoneración de la responsabilidad penal, que de configurarse permiten la valoración de la privación de la libertad que ha sido objeto el sindicado como injusta, dando lugar a una forma de responsabilidad objetiva del Estado, cuando la medida de aseguramiento se ha ordenado contrariando las leyes que regulan sus requisitos, condiciones o finalidades, es así como el consejo de estado se refirió al tema en una sentencia del año 2015,

El título de imputación denominado error jurisdiccional se le atribuyen falencias en las que incurre el operador jurídico por medio de providencias judiciales en las cuales se interpreta o se deja clara o se hace efectivo el derecho subjetivo en cuanto tiene que ver con los presupuestos correspondientes, como requisitos que deben concurrir para que proceda a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado con base en el error judicial, los siguientes: i) que conste en una providencia judicial respecto de la cual se haya agotado los recursos ordinarios legalmente procedentes y ii) que la providencia sea contraria a derecho, sin que esto signifique que la contradicción tenga que ser grosera, abiertamente ilegal o contraria.

Se colige de lo anterior que la responsabilidad patrimonial del Estado se deriva de la deficiente administración de justicia que genera un daño antijurídico acusable a su administración por la acción u omisión en la realización de sus actividades encomendadas a administrar y a la labor de impartir justicia, en razón de lo dicho se entiende en la

providencia en análisis que existe error judicial cuando quien juzga expone una providencia contraria con el conjunto de procedimientos realizados dentro del proceso y la cual una vez queda ejecutoriada tipifica un daño, (Acción de Reparación Directa, 2014)

La Ley 600 De 2000 (Nuevo Código De Procedimiento) no reguló la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

La Ley 600 de 2000 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, derogó en su artículo 535 el Decreto Ley 2700 de 1991, y no reprodujo el contenido del artículo 414 de esta última norma, que fue el primer texto que consagró legalmente la Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Razón por la cual, se impone analizar el origen y contenido de esta última ley, con el propósito de estudiar los antecedentes legislativos que rodearon la exclusión de la regulación de esta responsabilidad en este Código de Procedimiento Penal Santa ella, (2003).

5.8 Requisitos para la procedencia del daño especial

Para que haya responsabilidad del Estado por daño especial, es necesario que se den los siguientes presupuestos:

- Primero que se desarrolle una actividad legítima de la administración.
- Segundo, que dicha actividad legítima de la administración, se constituya en una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.
- Tercero, que el rompimiento de esa igualdad ante las cargas públicas cause un daño grave y especial, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos.

La responsabilidad objetiva se muestra al día de hoy con notables avances en lo pertinente a la responsabilidad del Estado, en tal sentido se requiere que la administración haya obrado de forma coherente con el mandato constitucional, entendiéndose que no se vislumbra la posibilidad de alegar una falla en el servicio, se entiende que el actuar de la entidad pública debe estar referenciada por la línea de la legalidad, la cual exige un funcionamiento adecuado del servicio, en el mismo sentido hace referencia el principio de igualdad en las cargas públicas, de las cuales se puede enunciar que para que un Estado sustente su presencia y desarrolle el precepto filosófico de la constitución, se necesita impartir responsabilidades a sus asociados, obligándolos a ceder parte de su libertad en pro del interés general y las consecuencias que se derivan de esta situación para sostener el equilibrio político y el orden social, sin embargo esa distribución de responsabilidades debe ser con la presencia del principio de igualdad y no imponiendo responsabilidades a unos más que a otros, esto en cuanto de darse este desequilibrio o desigualdad en la distribución de cargas se daría un daño que sería indemnizado por el Estado, (Mesa, 2001)

Al hacer un análisis de las decisiones del Consejo de Estado en lo referente a la privación injusta de la libertad, se vislumbra unas notorias deficiencias de la investigación penal que se hacen más notorias al momento de la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La cuestión pasa por diversos elementos de política criminal que están relacionados con la forma en que se desarrolla las funciones con respecto a la persecución penal por parte de las autoridades judiciales, lo anterior hace referencia es que las privaciones injustas de la libertad que son temas del Consejo de Estado hacen referencia en su mayor continuidad al hecho de que el ciudadano privado injustamente de la libertad no ha cometido el delito que se le endilga. Esta apreciación conlleva al Consejo de Estado a

investigar las circunstancias probatorias del proceso penal en los que se declara la preclusión de la investigación. (Estado, 2014)

Para la fiscalía Las deficiencias probatorias para la vinculación de las personas al proceso penal, prevén discusiones jurídicas que se refieren al problema del examen judicial realizado por el ente acusador, de igual forma del testimonio en la etapa de indagación penal. Es así que el problema de la aprobación del conocimiento en la investigación penal, requiere que los procedimientos sean lo suficientemente sólidos como para permitir una injerencia en el derecho a la libertad. Pero lo que se observa en el análisis de las sentencias de privación injusta, sin embargo existen situaciones donde las pruebas testimoniales son débiles y son muy utilizadas por los fiscales los cuales asumen la posibilidad de una autoría o una coautoría sin un sustento probatorio. Es decir el problema fundamental que enfrenta el fiscal es sustentar la solicitud de la imposición medida de aseguramiento en una declaración. (Estado, 2014, pág. 43)

6. Antecedentes en el derecho internacional de los derechos humanos

Se ha dado a entender por parte de la comisión interamericana

Sobre el particular son determinantes por cuanto constituyen los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se ocuparon de regular el derecho a indemnización de las víctimas de la detención o prisión injusta, las siguientes normas de derecho internacional:

“El pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (xxi), del 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor para

Colombia, el 13 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968, en su artículo 9º 5, estipuló:

Artículo 9. (...) 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Y el artículo 14 N° 6 del antes mencionado Pacto, señala:

“Artículo 14 (...). 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

“La Convención Americana sobre Derechos Humanos” suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1971, señala en su artículo 10 referido al “Derecho a Indemnización”:

Artículo 10. Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

Por su parte el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 5, párrafo 5º, preceptúa:

“Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo, tendrá derecho a una reparación”

6.1 Antecedentes en el derecho comparado

Al realizar la lectura de la información que antecede a este párrafo se evidencia que se realizó un recorrido documental por distintas naciones y que cada una aporta puntos específicos que se correlacionan y coinciden en el actual tratamiento que le aplican al tema tratado, en tanto en toda Latinoamérica reconocen la Responsabilidad Patrimonial del Estado con sus Administrados, (José Javier López Acuña, 2011).

Antes de ser consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la indemnización por detención o prisión injusta, ya existían en el mundo algunas regulaciones que sí lo habían incorporado, las cuales son referencia obligada para efectos de establecer los antecedentes a esta nación.

En este sentido España parte de una premisa y es que la prisión preventiva es una medida tomada en servicio como última instancia, en tal disposición cuando una persona esta privada de su libertad y con posterioridad a esta situación se da una sentencia absolutoria el daño causado por el Estado debe ser reparado, así lo condiciona el artículo 106 de la Constitución Española, la cual literalmente expresa “los particulares en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho hacer indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”. De lo anterior se extrae que esta indemnización se da por el funcionamiento anormal de la administración, sin embargo deja claro que esta indemnización no procede de oficio y tiene que quedarse como resultado de una resolución judicial que declare la existencia del derecho vulnerado y la obligación de indemnizar de la administración, no hay que dejar de enunciar que la legislación Española presenta una normatividad dirigida directamente a la privación injusta de la libertad, así lo anuncia la ley orgánica 6 del año 1985, en su artículo 294 expresa literalmente “ tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean

absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa....”, de esta forma el artículo expresa una responsabilidad directa del Estado que se da de forma excepcional cuando la persona es privada de la libertad y seguidamente absuelta de toda responsabilidad. (Rojo, 2015).

En Francia, la Ley de 17 de julio de 1970, al modificar los artículos 149 y 150 del Código de Procedimiento Penal, reconoció por primera vez la responsabilidad del Estado por algunos supuestos de prisión preventiva injusta. El artículo 149 del Código de Procedimiento Penal disponía: *“Puede otorgarse una indemnización a la persona que haya sido objeto de una detención (prisión) preventiva en el curso de un procedimiento que haya finalizado con una decisión absolutoria, de rechazo o de sobreseimiento que sea firme, y siempre que la detención (prisión) le haya causado un perjuicio manifiestamente anormal y de una particular gravedad”*.

En Alemania se expide la Ley del 8 de marzo de 1971 sobre indemnización por la adopción de diferentes medidas de persecución penal, entre las que se halla la prisión provisional, siempre que se hubiese producido un daño y se hubiese decretado la absolución, el sobreseimiento o la denegación de la apertura del juicio oral. Esta ley ha sido objeto de diferentes reformas por leyes de 2 de marzo y 9 de diciembre de 1974 y 27 de enero de 1987 (Delgado, 2003).

Está claro de esta manera que la privación preventiva de la libertad aunque ha sido ajustada a la ley con el único propósito de mejorar los procedimientos judiciales, se ha convertido también en un procedimiento que vulnera derechos de los ciudadanos, y que valga decir de antemano y tal como se ha expuesto en este rastreo teórico e investigativo se contradice y termina generando hacinamientos y lesiones a la sociedad.

7. Explicación Estructural De La Problemática Resultante De La Implementación De La Medida Privativa De La Libertad

De todo el análisis documentado en el presente escrito se llega a un punto con un alto grado de controversia el cual radica fundamentalmente en el problema planteado con la privación de la libertad como medida cautelar y es si éste se origina del hecho mismo de la figura en sí o en la aplicación de ésta al momento que se toma la decisión por parte del juez de control de garantías de implementar la medida en cuestión, para eso se retoma lo enunciado por el código de procedimiento penal en su artículo 308, (Colombia C. d., 1991):

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 requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia

En síntesis el contenido de lo plasmado en la norma por el legislativo, en el CPP, y su artículo 308, mismo que es desarrollado por los artículos posteriores 309, 310, 311, 312 de la misma normatividad hace evidente que la medida de aseguramiento, a pesar del contenido filosófico, contiene algunos preceptos ocultos, algunos principios contenidos en

el artículo 4 del código penal, los cuales en su literalidad expresan comportamientos delictivos del individuo investigado, donde se configura personalidades altamente cuestionadas por el ente juzgador, algunos son obstrucción a la justicia, peligro de huida o reincidencia.

El primer requisito que enuncia el artículo en mención para imponer medida de aseguramiento, es de naturaleza preferentemente legal y se relaciona con lo enunciado en el artículo 313 del Código de procedimiento penal (Ley 906/2004), el cual en su contexto aduce que procede la medida de aseguramiento privativa del derecho a la libertad en tres supuestos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo enunciado demarca claramente que el primer requisito para sustentar la medida cautelar es en su aplicación un aspecto netamente legal, toda vez que desde la dinámica del proceso penal este nuevamente desvía su interpretación al desarrollo de las actuaciones procesales y al marco de referencia que se delimita por el debido proceso, todo lo anterior conlleva a dilucidar la situación jurídica del investigado a quien se le sigue el acto de juzgamiento, así las cosas se presenta una trabajosa situación entre la legalidad procesal

planteada por la norma y la valoración de la conducta punible realizada por el ente juzgador y la necesidad de tomar una decisión ajustada a derecho.

La norma superior ha fijado en forma amplia la reserva legal respecto de la afectación del derecho a la libertad:

Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo” Sentencia C-805 del 01 de Octubre de 2008.

Exponiéndose con clara complejidad que la toma de la decisión sobre la implementación de la figura delimitadora de la libertad en última instancia no podría darse por el juez de control de garantías, sino en el transcurso del proceso por el juez de conocimiento, esto en cuanto el legislador ha considerado que por los resultados a que se llega con la implementación de la medida privativa y la gravedad que comportan los delitos juzgados por estos jueces, deben ser el primer filtro para predicar la medida de aseguramiento privativa del derecho a la libertad, sin embargo debe ser evidente que aun cumpliendo el requisito quedaría pendiente el tema de proporcionalidad, es decir, los propósitos sustanciales que teóricamente contienen la implementación de esta figura legal, y así cumplido lo anterior se vería coherente decir que el investigado o procesado se muestra como un ente que dificulta la labor investigativa y obstruye el desarrollo de la investigación (Castillo, 2013).

Es claro después de analizar todo el contenido de la presente información que en Colombia, se hace uso excesivo en la aplicación de la medida de aseguramiento, donde en gran parte de los procesos se impone la misma sin cumplir con los requisitos exigidos por la ley y sin respetar lo preceptuado por la Constitución. Es así como una vez desarrollada la figura se encuentra que su aplicación en muchos casos es subjetiva, producto del devenir jurídico abstracto, ampliamente difuso con una interpretación jurídica incoherente, que no fundamenta sus decisiones sobre los elementos materiales probatorios y su condición de certeza generando así la trasgresión de los derechos fundamentales, no solo del indiciado o sindicado, si no de todas aquellas personas que se relacionan con el sujeto privado de la libertad. Es de resaltar que audiencia tras audiencia los jueces y fiscales sustentan de forma reiterada los contenidos normativos, la imputación fáctica y jurídica de la conducta desplegada por el sujeto pasivo de persecución penal, en aras de motivar la medida preventiva cuando lo que se espera es que esta se divulgue, como el resultado de un verdadero examen de necesidad, proporcionalidad, racionalidad, razonabilidad, premisas de libertad, principios acusatorios etc. (Castillo, 2013, pág. 16).

Se hace obligatorio entonces que la imputación fáctica, sea eminentemente concreta frente a la finalidad, motivos razonablemente fundados, inferencia razonable, salvaguardando profundo respeto por el debido proceso y entendiendo que Constitucionalmente la persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, que la aplicación del principio de proporcionalidad y el test de razonabilidad no son una opción para el juez, sino que son una obligatoriedad para que la decisión tomada por el juez sea sustentada de forma coherente con los argumentos sobre los cuales se realizó el estudio jurídico por parte de intervinientes y el ente juzgador sea el más cuidadoso y exhaustivo

posible si se tiene presente que las medidas de seguridad personales tienen por objeto la restricción, limitación o afectación de la libertad, (Castillo, 2013, pág. 18)

Según el contenido normativo de la ley 906 de 2004, La peligrosidad como fundamento de la utilización de la medida de aseguramiento es criterio más que suficiente para determinar que el individuo imputado requiere ser privado de su libertad, aunado a esto la gravedad y la modalidad de la conducta; de lo anterior se esgrime que la valoración facultativa que hace el juez, es el resultado del análisis previo a los elementos materiales probatorios que en su condición de inferencia razonable aunque no logran desvirtuar la presunción de inocencia dan por cierto que el imputado sostuvo una nítida relación con la conducta anticonstitucional desplegada en contra de otro ciudadano o del mismo Estado, sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia de control de Constitucionalidad C-1198 del 2008, sostiene que para la determinación de si una persona es o no es un peligro para la sociedad, situación con la cual se justifica la practica restrictiva de la libertad sin haber sentencia condenatoria, no basta la gravedad y modalidad del delito, pues los mismos deben estar íntimamente relacionados a la inferencia razonable de autoría en la realización de la conducta punible por parte del investigado, con unos criterios de necesidad ampliamente motivados por el ente acusador, donde este sustente de forma fáctica con la evidencia o elementos materiales probatorios que de continuar en libertad el imputado, se daría la repetición de una conducta antisocial, lo que debe ser un principio modular en la estructura procesal de una investigación penal es que la afectación de la libertad o de cualquier otro derecho fundamental, no puede violentarse a razón de simple presunciones, aunque las mismas estuviesen sustentadas legalmente. (Morales L. A., 2010)

En Colombia se ha hecho común que los fiscales soliciten la medida de aseguramiento fundamentas en enunciar una eminente peligrosidad pero sin aportar el material necesario que permita al juez de control de garantías fundamentar su decisión en el hecho mismo que el ciudadano investigado tiene acceso y capacidad de daño al bien jurídico tutelado, de esta forma el enunciado peligro se convierte en una vana ilusión, en solo una presunción, es necesario entender que los elementos, capacidad, inmediatez e intensidad al momento de desplegar la realización de la conducta punible por parte del infractor de la norma son indispensables para delimitar la interpretación de peligro en el esquema de la motivación del juzgador, que le permite afirmar la existencia de un inminente peligro para la comunidad y así evitar errores en el raciocinio judicial, la importancia de lo anteriormente enunciado radica en que el derecho penal se aplica sobre supuestos reales y no sobre situaciones imaginarias. (Morales L. A., 2010, pág. 158)

Como resultado de lo expuesto se entiende que la afectación de los derechos fundamentales del investigado parte de la decisión del juez de control de garantías de utilizar la medida privativa de la libertad, pero no de la figura como tal, esta normativamente se encuentra bien sustentada, la problemática se centra en el obrar incorrecto de la norma procesal, desconociendo el acto protocolario que requiere la valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física que deben conllevar a una decisión motivada de tal forma que no permita vislumbrar duda alguna en la necesidad y práctica de la medida.

CAPITULO V

8.1 Diseño metodológico

8.1.1 Tipo de estudio

El estudio utilizado en esta monografía, se fundamentó en la investigación documental, desarrollada a través de la consulta a documentos, revistas, libros, sentencias, constituciones, códigos y leyes. Se realizaron cuestionamientos a la sociedad que conllevaron a proyectar la privación de la libertad como un acto generador del caos que traumatiza de forma permanente el proyecto de vida del ser humano que lo padece y la familia a la cual pertenece. Esta investigación da la posibilidad de analizar por posiciones distintas la concepción de privación de la libertad como opción temporal cuando aún no media sentencia condenatorio en firme, y cuando no se ha quebrantado el principio de presunción de inocencia del investigado.

Más allá de plantear las soluciones a los cuestionamientos desarrollados en esta monografía, se busca una dinamización de la aplicación del debido proceso en las actuaciones judiciales, y el respeto por la institucionalidad del derecho fundamental de la Presunción de Inocencia en Colombia.

8.1.2 Enfoque, análisis documental

Concebir la investigación y rastreo de un tema tan complejo como el de la privación de la libertad como medida preventiva y la vulneración de los derechos que surge a partir de esta acción de la jurisprudencia, requiere sin lugar a dudas el estudio juicioso y objetivo de todo el asunto legal que está estipulado alrededor de ello. Por esta razón y sin dudarle este trabajo fundamenta su enfoque en la búsqueda de todos aquellos documentos legales y

teóricos que permitan poner de manifiesto el problema planteado desde el principio y desarrollar con pertinencia los objetivos trazados.

Tal y como lo plantea Morales, (s.f.), citando a Alfonso (1995), la investigación documental obedece a un procedimiento científico y sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de la información obtenida en torno a un determinado tema y que debe concluir como otros métodos investigativos con la construcción de nuevo conocimiento.

A saber la investigación documental cumple por tanto con unos procedimientos o pasos específicos que la caracterizan, entre ellos Morales, (s.f.) destacan: la selección del tema que sería la que perfila la búsqueda de los estudiosos interesados en el desarrollo del mismo y los lugares propicios para encontrarlo (llámese bibliotecas, sitios especializados, centros documentales o sitios web). En segunda instancia se encuentra el acopio de información o de las fuentes de información que tiene que ver con el hallazgo, lectura y posterior selección de aquellos documentos que serán realmente de utilidad para el proceso de investigación cumpliendo de esta manera con un marco de referencia pertinente.

Posteriormente aparece la organización de los datos y la elaboración del esquema conceptual del tema a trabajar, esto incluye entonces una perfilación de la manera en que los distintos documentos serán abordados y tenidos en cuenta dentro del desarrollo del proceso. A continuación se llega al análisis de los datos y la organización de la monografía que tiene que ver con el desarrollo de los elementos más significativos encontrados y que puedan responder a los objetivos planteados. De la misma manera se hace uso de la interpretación de esos hallazgos documentales de acuerdo con la búsqueda planteada en el esquema y en la pregunta inicial de la investigación. Valga aclarar aquí que esa

interpretación debe ser ajustada a los datos encontrados y que de ninguna manera es algo amañado y caprichoso.

Aparece por último la redacción de la monografía o investigación y la presentación final del trabajo realizado. Lo que implica que se trabaja de manera contundente en el desarrollo del tema y los planteamientos que lleven a demostrar una postura a partir de los rastreos documentales. Esto exige por tanto el carácter expositivo y argumentativo de los estudiosos, y además el carácter creativo y original para poner en el centro de los círculos del área de su conocimiento específico un nuevo texto que aporte y permita la reflexión y aprendizaje.

En este sentido el presente trabajo es el resultado del análisis realizado a una serie de información documental recopilada mediante el rastreo efectuado en diferentes universidades de la ciudad de Medellín. En este sentido se consideraron puntualmente aspectos básicos que desligarán la presunción de inocencia del ámbito del derecho penal y se hizo más énfasis en el hecho mismo de la violación a derechos fundamentalmente protegidos por el Estatuto Constitucional, esto en cuanto a que los fundamentos legales que expone la fiscalía general de la nación, presentan una clara dicotomía con el sentir filosófico que impone la carta magna, entendiendo que la misma presenta la necesidad de hacer la respectiva ponderación de derechos fundamentales que se podrían encontrar violentados en el momento de proceder a aplicar una limitación a la libertad de locomoción de una persona cuando de la misma no se asegura que haya cometido el delito que se le imputa a razón que hasta ese momento no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia.

La exposición de la información contenida en esta monografía parte de afirmaciones constitucionales, jurisprudenciales, doctrinales y de derecho internacional, que conllevan a

obtener una conceptualización fundamentada de la existencia de unos derechos violentados frecuentemente por la ley penal. Es una premisa deductiva extraída de información documental, que evidencia la percepción crítica de los estudiosos del derecho, algunos a favor otros en contra, pero que al final manifiestan una clara conceptualización en la dinámica de las normas tendiente a corregir la forma como se desarrolla la política criminal en la actualidad, que conlleven a conceptualizar un discurso claro sobre la problemática planteada en la privación de la libertad y la presunción de inocencia.

8.2 Procedimientos para la Recolección de información

La investigación está fundamentada en las actividades desarrolladas por medio de consultas a varios textos, entrevistas y jurisprudencia, de apoyo que sirven para ampliar el enfoque presentado por el actual panorama que desarrolla el país, en cuanto a la privación de la libertad como medida cautelar.

9.1 Conclusiones

De acuerdo al estudio realizado y al análisis de resultados, se llega a la conclusión de que la Constitución Política y la normatividad penal no tienen concordancia jurídica al momento de delimitar los parámetros que definen la presunción de inocencia en el individuo y evitar lesionar derechos fundamentales. Lo que implica entonces que es necesario que el Estado y los entes judiciales sigan trabajando de manera incansable en la defensa íntegra de los derechos humanos de todos los ciudadanos y si ello implica reevaluar la actual forma en la que es aplicada la medida de la privación de la libertad como medida

cautelar, pues entonces debería hacerlo para no seguir vulnerando derechos y causando detrimento a la nación con la cancelación de indemnizaciones.

Lo anteriormente expuesto permite apreciar que el daño antijurídico generado por privaciones injustas de la libertad tiene su origen principal en el deficiente funcionamiento administración de justicia sujetadas a procedimientos frecuentes de detención preventiva con fundamento en pruebas frágiles o elementos materiales probatorios sin vocación de certeza, en ocasiones abiertamente ilegales. Ante este contexto, que afecta la economía del Estado, se propone hacer más exhaustivos los procedimientos de captura y detención preventiva por parte de los operadores judiciales, implementando protocolos de decisión más acertados y, en segundo lugar, aplicar contextualmente las normas actuales en el derecho internacional de los derechos humanos. (Estado, 2014)

Es necesario que en busca de una realidad de los hechos la administración de justicia, actúe indiferente ante menoscabo de derechos fundamentales, porque la administración de justicia en ningún momento debe de alguna forma vulnerar los derechos de cada persona. En consecuencia es importante que se siga trabajando también en las mejores formas de encontrar la verdad y que día a día los administradores de justicia sean mucho más rigurosos en la comprobación de los elementos probatorios y los indicios que lleven a señalar a un ciudadano como responsable de un hecho punible. Cabe resaltar que no es pertinente que los ciudadanos sigan siendo vulnerados en sus derechos mientras quienes administran la justicia buscan la verdad.

Una persona que es privada de su libertad por negligencia por parte de la Fiscalía, merece que se le dé una indemnización, cuando se da una medida preventiva y luego no

logran desvirtuar su inocencia. Esto implica como se ha venido mencionando y exponiendo, que a más indemnizaciones mayor inversión del país y por ende de la ciudadanía que es quien aporta a través de impuestos y demás. Aunque cabe decir también que cuando una persona ha sido privada de la libertad y se comprueba su inocencia no debería en ningún caso gestionar y hacer tanto trámite para que le sea reconocida su indemnización.

La propuesta está enfocada en que se debe reconocer que la fiabilidad probatoria y las investigaciones defectuosas o carentes de solidez pueden generar daño antijurídico como el evidenciado en la lectura del presente documento y resulta necesario que se revisen en el aspecto práctico las instituciones en labores como la identificación de autores y partícipes o la flagrancia. Los testimonios de referencia o los aspectos meramente circunstanciales que vinculan un indiciado a un resultado punitivo y que han probado la presencia de una serie de errores que genera privaciones injustas.

No se puede hablar de un “Estado Social de Derecho” si se está prejuzgando en la etapa de investigación; en esta etapa única y exclusivamente se consiguen elementos materiales probatorios y evidencias físicas por parte de la fiscalía y la defensa. Pues tal y como la palabra lo dice un derecho es algo adquirido que en de manera particular no puede ser vulnerado ni desconocido, lo que implica que cuando una de estas dos cosas acontece, el derecho se vulnera y por tal la entidad que la promulga debería de dejar de autodenominarse como tal, para el caso particular que se expone el Estado Social de Derecho se desvirtúa o desdibuja frente a este hecho. No se habla de un estado social de derecho cuando éste no respeta dichos fundamentos constitucionales, en este caso la presunción de inocencia.

Referencias

- Accion de Reparación Directa, 05001233100020040421001(40.060) (Consejo de Estado 20 de octubre de 2014).
- ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA, 25000232600019951071401 (33806) (CONSEJO DE ESTADO 29 de ENERO de 2014).
- Accion de Reparación Directa, 68001231500019990150501 (Consejo de Estado 01 de junio de 2015).
- Accion de Reparación Directa, 050012331000200203448701 (Consejo de Estado 28 de 01 de 2015).
- Acción de Reparación Directa, 25000232600020070042701(39099) (Consejo de Estado quince de abril de 2015).
- Aguilar, J. C. (2011). *Prueba Inidiciaria y Presunción de Inocencia en el Proceso Penal*. Samanca: Departamento de Derecho Administrativo Financiero y Procesal .
- antioquia, u. d. (1 de 1 de 2016).
docencia.udea.co/derecho/constitucional/derechosfundamentales.html. Obtenido de docencia.udea.co/derecho/constitucional/derechosfundamentales.html:
www.udea.edu.co
- Borda, L. V. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado*, 24.
- CASTILLO, M. P. (enero de 2014). repository.ucatolica.edu.co. Obtenido de repository.ucatolica.edu.co/jspui/bitstream/10983/2591/1/Derecho-fundamental-intimidad-en-establecimientos-carcelarios.pdf: www.ucatolica.edu.co
- Colombia, C. d. (30 de noviembre de 1991). Nuevo Código de Procedimiento Penal. *Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Bogota, Colombia, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Colombia, C. d. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Bogota D.C: LEGIS.

COLOMBIA, C. D. (2013). CÓDIGO LABORAL SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y PROCEDIMIENTO LABORAL. En J. G. Gimenez, *CÓDIGO LABORAL SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y PROCEDIMIENTO LABORAL* (pág. 224). Bogota: LEYER.

Demanda de Inconstitucionalidad , C-059 (Corte Constitucional Colombiana 23 de Febrero de 2010).

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD, C-695 De 2013 (Corte Constitucional 09 de Octubre de 2013).

Escobar, L. G. (2005). *Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad*. Bogota dD.C: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.

Estado Social de Derecho, sentencia No. T-406 del año 1992 (Corte Constitucional 05 de junio de 1992).

Estado, A. N. (2014). *Esquema de Decisión Adecuada para Imponer la Medida Cautelar de Privación de la Libertad*. Bogotá: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

HUMANOS, C. I. (2010). *ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE INTEGRIDAD PERSONAL Y PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD*. San Jose de Costa RICA: Corte Interamericana.

Humanos, C. I. (2013). *Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Americas*. España: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

José Javier López Acuña, C. F. (15 de noviembre de 2011). Responsabilidad Estatal por Privación Injusta de la libertad. *Responsabilidad Estatal por Privación Injusta de la Libertad*. Bucaramanga, Colombia, Colombia: Universidad Industrial de Santander.

Justicia, M. d. (1964). *Decreto 528*. Bogota: Avance Juridico, Casa Editorial.

- Mesa, S. d. (agosto de 2001). Responsabilidad del Estado por Daño Especial. *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL*. Bogota D.C., Colombia, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Molina, S. R. (2012). Presunción de Inocencia y Estándar de Prueba en el Proceso Penal. *Revista de Derecho (VALDIVIA)*, 231, 232, 234, 240.
- Morales, O. (s.f.). *Fundamentos de la Investigación documental y la monografía*. Obtenido de <http://webdelprofesor.ula.ve/odontologia/oscarula/publicaciones/articulo18.pdf>
- Muñoz, M. B. (1998). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Funcionamiento de la Administración de Justicia*. Colombia: Ediciones Librería del Profesional, Primera edición .
- Palacio, J. S. (2011). Principio de Inocencia y Medida de Aseguramiento Privativa de la Libertad en Colombia. *Ratio Juris*, 14.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: República de Colombia.
- Rodriguez, J. L. (2009). LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO . *IUS. Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 100-118.
- Rojo, Á. A. (26 de 10 de 2015). *elderecho.com*. Obtenido de *elderecho.com*: www.elderecho.com/tribunal/penal/responsabilidad-estado-prision-preventiva-indebida
- Vallejo, C. M. (2011). La privación de la libertad del trabajador como causa suspensiva de la relación del trabajo. En C. M. Vallejo, *La privación de la libertad del trabajador como causa suspensiva de la relación del trabajo* (pág. 186). Madrid.