

**LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN COLOMBIA Y SU INCIDENCIA EN LA CRISIS CARCELARIA**

DANIELA TOBÓN CORREA

JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

MEDELLÍN

2019

**LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN COLOMBIA Y SU INCIDENCIA EN LA CRISIS CARCELARIA**

Presentado por:

DANIELA TOBÓN CORREA

JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
ABOGADO

Asesor:

JESÚS ADELMO CAMPO MACHADO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

MEDELLÍN

2019

Hoja de aceptación

Firma de jurado

Firma de jurado

Medellín, Noviembre de 2019.

Dedicatoria

El resultado de este esfuerzo lo dedicados a nuestras familias, quien con su constante aliento y su voz de ánimo, siempre nos acompañaron en este camino para el logro de nuestras metas.

CONTENIDO

| | Pág. |
|--|-----------|
| RESUMEN..... | 14 |
| ABSTRACT..... | 15 |
| 1. TÍTULO..... | 16 |
| 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 17 |
| 2.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA | 17 |
| 2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA | 21 |
| 3. JUSTIFICACIÓN..... | 22 |
| 4. OBJETIVOS | 24 |
| 4.1. GENERAL | 24 |
| 4.2. ESPECÍFICOS | 24 |
| 5. MARCO TEÓRICO..... | 25 |
| 5.1. MARCO HISTÓRICO Y ESTADO DEL ARTE | 25 |
| 5.2. MARCO CONCEPTUAL | 27 |
| 5.2.1. Concepto de “libertad personal” | 27 |
| 5.2.2. Concepto sobre la “libertad de movimiento” o de “locomoción” de la persona | 30 |
| 5.2.3. La libertad en el ordenamiento jurídico colombiano. | 32 |
| 5.2.4. La libertad personal en el derecho internacional | 38 |
| 5.2.4.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos | 38 |
| 5.2.4.2. La declaración americana de los derechos y deberes del hombre | 39 |
| 5.2.4.3. El pacto internacional de derechos civiles y políticos..... | 41 |

| | |
|---|-----------|
| 5.2.4.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos..... | 42 |
| 5.3. MARCO LEGAL | 43 |
| 6. DISEÑO METODOLÓGICO | 47 |
| 6.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN..... | 47 |
| 6.2. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN | 47 |
| 6.3. UNIDAD DE ANÁLISIS | 48 |
| 6.4. POBLACIÓN..... | 48 |
| 6.5. MÉTODO..... | 48 |
| 6.5.1. Técnica..... | 49 |
| 6.5.2. Muestreo | 50 |
| 7. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE OBJETIVOS..... | 51 |
| 7.1. LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS | 51 |
| 7.1.1. Naturaleza y fines de la imposición de medidas de aseguramiento en razón de la peligrosidad del presunto infractor | 51 |
| 7.1.2. Criterios de valoración para estimar si la libertad del imputado representa un peligro para la seguridad de la comunidad | 556 |
| 7.1.3. Principio de proporcionalidad en la imposición de medida de aseguramiento de prisión preventiva | 58 |
| 7.2. HACINAMIENTO CARCELARIO Y EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL | 61 |

| | |
|--|------------|
| 7.2.1. Condiciones de vida de los reclusos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios en Colombia | 61 |
| 7.2.2. Alcances de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional por parte de la Corte Constitucional en las cárceles..... | 6666 |
| 7.3. RELACIÓN ENTRE EL USO EXCESIVO DE LA FIGURA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL FENÓMENO DEL HACINAMIENTO EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS | 700 |
| 7.3.1. El uso excesivo de la figura de la prisión preventiva..... | 701 |
| 7.3.2. Impacto del uso excesivo de la prisión preventiva en el hacinamiento carcelario en Colombia | 766 |
| 7.3.3. Políticas y estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario enfocadas en reducción de la prisión preventiva | 91 |
| 7.3.4. Percepción de operadores jurídicos frente al uso excesivo de la prisión preventiva y su relación con el hacinamiento carcelario..... | 96 |
| 8. CONCLUSIONES | 98 |
| REFERENCIAS..... | 101 |
| ANEXOS..... | 109 |

LISTA DE TABLAS

| | Pág. |
|--|------|
| Tabla 1. Cifras comparativas procesados - condenados Latinoamérica | 26 |
| Tabla 2. Factores que dan lugar a que se haga un uso abusivo de la detención preventiva..... | 74 |
| Tabla 3. Población carcelaria Antioquia..... | 779 |
| Tabla 4. Estrategias para la reducción del uso de la prisión preventiva | 92 |

LISTA DE GRÁFICAS

| | Pág. |
|--|------|
| Gráfica 1. Situación jurídica de la población carcelaria en Colombia..... | 7777 |
| Gráfica 2. Población carcelaria en Colombia por regiones..... | 77 |
| Gráfica 3. Población carcelaria regional noroeste | 7878 |
| Gráfica 4. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del CPAMS La Paz | 811 |
| Gráfica 5. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Medellín | 81 |
| Gráfica 6. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Andes | 82 |
| Gráfica 7. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EC Santa Fe de Antioquia..... | 82 |
| Gráfica 8. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Bolívar-Antioquia | 83 |
| Gráfica 9. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Caucasia | 83 |
| Gráfica 10. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Jericó | 844 |
| Gráfica 11. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC La Ceja | 84 |

| | |
|---|----|
| Gráfica 12. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Puerto Berrío..... | 85 |
| Gráfica 13. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Santa Bárbara..... | 85 |
| Gráfica 14. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Santo Domingo | 86 |
| Gráfica 15. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Santa Rosa de Osos..... | 86 |
| Gráfica 16. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Sonsón..... | 87 |
| Gráfica 17. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Támesis | 87 |
| Gráfica 18. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Titiribí..... | 88 |
| Gráfica 19. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Yarumal..... | 88 |
| Gráfica 20. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Apartadó..... | 89 |
| Gráfica 21. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EP Puerto Triunfo | 89 |
| Gráfica 22. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal | 90 |

Gráfica 23. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal – Mujeres 991

LISTA DE ANEXOS

| | Pág. |
|---|------|
| Anexo A. Modelo de ficha bibliográfica | 109 |
| Anexo B. Formato de consentimiento informado..... | 110 |
| Anexo C. Formato de entrevista | 111 |
| Anexo D. Entrevista 1 | 114 |
| Anexo E. Entrevista 2 | 119 |
| Anexo F. Entrevista 3 | 125 |
| Anexo G. Entrevista 4..... | 129 |
| Anexo H Entrevista 5 | 136 |
| Anexo I Entrevista 6..... | 141 |
| Anexo J Entrevista 7..... | 147 |

RESUMEN

La presente monografía tiene por objeto analizar el alcance del criterio de peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia, a través de un análisis jurídico-doctrinal que procure la comparación de los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento carcelario; para ello, se parte de la identificación de los límites constitucionales de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios; a su vez, se describen las condiciones de hacinamiento que determinan el estado de cosas inconstitucional; y por último, se establece la relación entre el uso de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento en establecimientos penitenciarios y carcelarios, con miras a la generación de propuestas para la reducción del uso de este mecanismo.

Palabras clave: *circunstancias de la peligrosidad, criterios de valoración, estado de cosas inconstitucional, hacinamiento, presunto infractor, prisión preventiva.*

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the scope of the criteria for assessing the circumstances of the danger of the alleged offender for the imposition of pretrial detention in Colombia through a legal-doctrinal analysis that seeks to compare the effects of this measure against the problem of overcrowding; for this, it is based on the identification of the constitutional limits of the measure of assurance of preventive detention in prisons and prisons; in turn, overcrowded conditions are described determine the state of affairs unconstitutional; and finally, the relationship between the excessive use of the figure of preventive detention and the phenomenon of overcrowding in prisons and prisons is established with a view to generating proposals for the reduction of the use of this mechanism.

Keywords: *dangerous circumstances, valuation criteria, unconstitutional state of affairs, overcrowding, alleged offender, pretrial detention.*

1. TÍTULO

La peligrosidad como criterio para la prisión preventiva en Colombia y su incidencia en la crisis carcelaria.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El hacinamiento carcelario es un fenómeno que se presenta en los centros de reclusión penal por el exceso de población de internos; por tal razón se puede entender como “la ocupación de un espacio por un número de individuos que excede la capacidad funcional del mismo” (Corte Constitucional, 1993, T-153).

Colombia no ha sido ajena a este fenómeno del hacinamiento. Según informes publicados en el tablero estadístico del INPEC (2019), si bien el hacinamiento se extiende a casi a todas las prisiones del país, las estadísticas oficiales reflejan una concentración de particular preocupación en dos regionales administrativas del INPEC. En primer lugar, la regional Noroeste, que comprende las prisiones de Antioquia y Chocó, revela una tasa colectiva de hacinamiento del 92,1%. En segundo lugar, la Regional Norte, que agrupa centros de reclusión de los departamentos de Córdoba, Sucre, Bolívar, Atlántico, Magdalena y La Guajira, la cual presenta un índice de hacinamiento del 81,2%.

Según la Sentencia T-256 de 2000, las cárceles colombianas se caracterizan “por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos” (Corte Constitucional, 2000, T-256), lo cual se ajusta completamente a la definición del estado de cosas inconstitucional.

Con esta descripción la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-153 de 1998, “llamó la atención de todas las entidades del Estado encargadas de la política penitenciaria y carcelaria, con el objetivo de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales de esa población” (Corte Constitucional, 1993, T-153); sin embargo, diversos pronunciamientos de tutela, como por ejemplo las Sentencias T-195 y T-762 de 2015, dan cuenta que las órdenes impartidas por el alto tribunal no han sido cumplidas. También hizo un llamado a los organismos de control y entidades distritales para que acompañen al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– en el planteamiento de soluciones y la construcción de planes que permitan revertir el estado de hacinamiento, riesgo y abandono extremo que enfrentan los reclusos.

Una de las causas principales que mayor vulneración ocasiona a los derechos de los internos de un centro penitenciario y carcelario es el hacinamiento, ya que para los reclusos de estos centros penitenciarios su situación no sólo implica estar privados de la libertad, sino también tener que vivir en unas condiciones mínimas con los efectos jurídicos de las penas, lo que genera como consecuencia la violación sistemática de las garantías constitucionales y los derechos humanos universalmente reconocidos.

Con buen trato de los reclusos, se contribuiría al respeto del hombre por el hombre, de sus derechos, al deshacinamiento de los Centros de Reclusión y a la descongestión en el sistema de justicia de acciones de tutela en contra del Estado y del INPEC, en las que se busca dar solución a ese déficit de apersonamiento de las necesidades y de las condiciones mínimas de existencia de un individuo que ha perdido su libertad y no sus derechos.

A esto se suma que el actual sistema penitenciario establecido en la Ley 65 de 199, modificado y adicionado por la Ley 1709 de 2014, no cumple, en la mayoría de los casos, con su objetivo de brindar herramientas que procuren la resocialización del interno, o por lo menos su reinserción social como función de la pena. Y todo ello porque la resocialización efectiva de un ser humano que ha infringido la ley, debe estar basada principalmente en el respeto de sus derechos, principio que se aleja de los fines del tratamiento penitenciario en las cárceles colombianas porque debido al hacinamiento carcelario, los derechos de los reclusos quedan en entredicho.

Precisamente, uno de los fenómenos que contribuye a que se mantenga un alto índice de hacinamiento en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país, tiene que ver con el uso que el aparato judicial le ha venido dando a la figura de la detención preventiva, mecanismo contemplado en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004, el cual se aplica cuando el presunto infractor de la ley penal representa un peligro tanto para la víctima como para la sociedad.

Este mecanismo se ha convertido en una herramienta recurrente, de ahí que en la actualidad, según datos del INPEC (2019), de los 124.495 reclusos con detención intramural en todo el país, 39.912 tengan la medida de prisión preventiva, lo que en promedio indica que 1 de cada 3 reclusos con detención intramural aún no tiene definida su situación judicial; evidentemente, generar alternativas que reduzcan el uso de la detención preventiva en Colombia se convertiría en un factor fundamental para generar a su vez una reducción en los niveles de hacinamiento en las cárceles, que hoy se encuentra en un 54,72%.

Este es un asunto que se ha reconocido, incluso, desde las Naciones Unidas, de ahí que se haya dictado un “Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones” publicado en 2014 y en donde se contempla no sólo el mejoramiento de la eficiencia del sistema judicial, sino la reducción de la prisión preventiva en general, lo cual puede ser perfectamente aplicable en Colombia, en razón del actual panorama de hacinamiento que se vive en las cárceles del país. Manual que si bien data de cinco (5) años atrás, conserva su plena validez y eficacia porque las condiciones y la motivación de la detención preventiva y de la crisis carcelaria en Colombia se mantienen incólumes, incluso porque no existe un estudio serio y general para las américas con posterioridad al de las Naciones Unidas.

Bajo esta perspectiva, es necesario atender los criterios de valoración que debe tener en cuenta un juez para imponer la medida de prisión preventiva, así como llevar a cabo una discusión en torno al ejercicio de ponderación que desde la administración de justicia se debe tener en cuenta con respecto a una problemática que hoy en día se vive principalmente en los centros penitenciarios y carcelarios colombianos en donde se cumple con la medida de prisión preventiva: el hacinamiento, el cual permite que en un mismo establecimiento de reclusión sobrevivan tanto sindicados como condenados y algunas de esas personas que no llegan a tener la calidad de condenados, es decir, que no son acreedores a una pena de prisión bajo una sentencia condenatoria en firme, tienen que padecer los efectos que conlleva la actual problemática de hacinamiento carcelario que se vive en el país.

La anterior problemática pone en evidencia que de quienes son sometidos a una prisión preventiva, en últimas están asumiendo las difíciles condiciones sancionatorias a que da lugar a

una pena por causa de una infracción a la ley penal, sanción que va en contravía de la dignidad humana del sindicado, quien aún no tiene la calidad de persona condenada y a quien presuntamente se le podría afectar su derecho de defensa y, sobre todo, de presunción de inocencia, además de la afectación al principio de la dignidad humana.

2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Establecer los alcances de valoración del criterio de la peligrosidad del presunto infractor de la Ley, para la imposición de la prisión preventiva en Colombia y su relación o incidencia en la crisis de hacinamiento carcelario.

3. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo es pertinente para el análisis de la prisión preventiva en Colombia, toda vez que en la actualidad dada la grave crisis de Derechos Humanos que se vive en las cárceles colombianas en razón del hacinamiento, resulta importante su abordaje desde los ámbitos académicos para hacer descripciones de la realidad que permitan aportar alternativas de solución a las crisis sociales.

Este ejercicio debe estar irradiado por una serie de garantías en favor de las personas que se encuentran sometidas al aparato jurisdiccional del Estado; dichas garantías tienen como finalidad legitimar, precisamente, las decisiones que se tomen en el desarrollo de un proceso penal. Esta tarea es compleja para el juez, toda vez que corresponde garantizar que el procesado debe ser respetado en sus derechos, pero también las víctimas y la sociedad debe ver cumplidas sus expectativas y finalidades.

La prisión preventiva entraña una tensión en su análisis, pues esta se justifica en unas causales específicas, pero a su vez supone la suspensión de una serie de derechos de personas que aún no han recibido por parte del Estado una sentencia ejecutoriada. Se tiene que la tensión radica en la obligación que tiene el Estado de administrar justicia e investigar las conductas punibles, contrastada con el principio del derecho penal del acto, la presunción de inocencia y el derecho a no ser molestado en la honra y bienes salvo la culminación de un proceso de investigación que efectivamente hubiera respetado los derechos al investigado.

Las implicaciones prácticas para el caso colombiano no son menores, pues los altos índices de hacinamiento en las cárceles y las precarias situaciones en que conviven los presos en nuestros establecimientos, hacen que estos tengan que asumir mayores cargas, sufrir enfermedades vinculadas a su presidio, desnutrición y condiciones de salubridad infrahumanas, entre otras. Estas personas se encuentran a cargo del estado y no ven satisfechas en estas circunstancias, las apuestas teleológicas de un estado que se precia de servir a la comunidad o de respetuoso de la dignidad humana.

También este trabajo pretende hacer una crítica al fenómeno del populismo punitivo, este, en términos generales podría definirse como una tendencia socio-jurídica, en la que se propone que endureciendo penas, criminalizando conductas y reduciendo garantías, se justifica la eficacia simbólica del castigo.

Lo que ha mostrado la evidencia, es que con esta política las cárceles están atiborradas, los juzgados penales se encuentran colapsados por el exceso de procesos, pero la criminalidad continúa operando y la impunidad no se reduce, razón por la cual, se justifica elaborar críticas liberadoras y garantistas a instituciones del derecho penal que pueden agravar la ya delicada situación de los reos en Colombia y proponer alternativas para la crisis social que se afronta en materia del ejercicio de la justicia.

4. OBJETIVOS

4.1. GENERAL

Analizar el criterio de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia y sus efectos en la problemática de la crisis de hacinamiento carcelario.

4.2. ESPECÍFICOS

- Rastrear los límites constitucionales y legales de las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios.
- Describir las condiciones de hacinamiento que se presentan en establecimientos penitenciarios y carcelarios que determinan el estado de cosas inconstitucional.
- Determinar la relación entre el uso de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento en establecimientos penitenciarios y carcelarios, con miras a la generación de propuestas para la reducción del uso de este mecanismo.

5. MARCO TEÓRICO

5.1. MARCO HISTÓRICO Y ESTADO DEL ARTE

En Colombia pocas investigaciones, por no decir ninguna, se han concentrado en identificar la figura de la detención preventiva como un factor generador de hacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario del país.

Específicamente este tema lo ha abordado de manera somera Castro (2017), quien realiza un balance del hacinamiento carcelario e infiere como una de sus causas el uso excesivo de la prisión preventiva; sin embargo, este estudio únicamente se remite a recoger los resultados del trabajo desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desde donde se sugieren una serie de políticas y estrategias que implican reformas legislativas e institucionales que permitan garantizar el uso racional y excepcional de la prisión preventiva.

En el estudio se destacan las siguientes cifras comparativas entre procesados y condenados en varios países de Latinoamérica, donde se observa la magnitud del uso excesivo de este mecanismo, y el cual, si bien no es muy reciente (2012), ha sido el último referente de las américas.

Tabla 1. Cifras comparativas entre procesados y condenados en varios países de Latinoamérica

| Estado | Número PPL | % procesados | % condenados | Fecha |
|---------------|-------------------|---------------------|---------------------|--------------|
| Bolivia | 13.654 | 11.410 (84%) | 2.244 (16%) | Octubre 2012 |
| Brasil | 549.577 | 191.024 (37.6%) | 317.333 (62.4%) | Junio 2012 |
| Chile | 53.171 | 10.823 (20.4%) | 42.348 (79.6%) | Julio 2012 |
| Colombia | 113.884 | 34.571 (30.3%) | 79.313 (69.6%) | Dic 2012 |
| El Salvador | 26.883 | 6.459 (24%) | 20.424 (76%) | Octubre 2013 |
| Ecuador | 19.177 | 9.409 (49%) | 9.768 (51%) | Agosto 2012 |
| Guatemala | 14.635 | 7.357 (50.3%) | 7.278 (49.7%) | Octubre 2012 |
| Honduras | 12.407 | 6.064 (48.9%) | 6.343 (51.1%) | Abril 2013 |
| Panamá | 14.521 | 9.443 (65%) | 5.078 (35%) | Octubre 2012 |
| Perú | 58.681 | 34.508 (58.8%) | 24.173 (41.2%) | Julio 2012 |

Fuente: Castro (2017).

Pero quizá el mayor avance sobre este asunto lo constituye el Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones de las Naciones Unidas publicado en 2014, el cual es una guía de justicia penal para evitar el fenómeno del hacinamiento en las prisiones, identificando las causas de este fenómeno, pero sobre todo formulando estrategias para reducir su impacto; precisamente, una de esas estrategias es la reducción de la prisión preventiva, tanto de manera previa como posterior a la acusación, y plantea además la posibilidad de reducir la duración de este mecanismo, lo cual no solamente repercute en la reducción de los niveles de hacinamiento, sino también en los costos que conlleva hacer un uso excesivo de la detención preventiva.

5.2. MARCO CONCEPTUAL

5.2.1. Concepto de “libertad personal”

De cara a unos sistemas penales que han convertido a la prisión en figura central de su repertorio institucional, no se nos escapa un aparente contrasentido: se trata de preservar la libertad de todos, mediante la amenaza y la efectiva privación de la libertad de algunos.

La identificación de la libertad natural con la ley natural emerge claramente de las páginas de la Enciclopedia publicada por Denis Diderot y Jean d`alembert, dentro del espíritu de la filosofía de la ilustración, donde se le define como:

Derecho natural, derecho que la naturaleza brinda a todos los hombres de disponer de sus personas y bienes de la manera que ellos juzguen más conveniente a su felicidad, bajo la restricción de que lo hagan en los términos de la ley natural y de que no abusen de ella en

perjuicio de otros hombres. Las leyes naturales son, pues, la regla y la medida de esa libertad (Soler, 1957, p. 79).

De esta manera, para la concepción de que es deudor principal nuestro pensamiento jurídico, la libertad natural tiene fundamento en el derecho que la naturaleza otorga y reconoce los límites que la ley natural le impone. Pero, a la vez, la ley derivada del contrato que plasma entre los hombres las pautas de la convivencia no podrá apartarse de ese imperativo de la naturaleza, reservándose los individuos, para el caso de producirse ese apartamiento, el derecho a resistirse a la arbitrariedad del gobernante.

La exaltación del supremo valor de la libertad, como sustancia de la propia vida humana, recogida luego por Francesco Carrara, resultaría gradualmente reconducida a cánones iuspositivistas para una doctrina penal para la cual, como objeto de la norma jurídica, esa libertad deja de ser una cosa natural, pasando a constituir un contenido normativo concreto e histórico.

Existen razones para explicarse lo uno y lo otro: la insigne pléyade de pensadores enrolados en el enciclopedismo, reaccionaban contra el absolutismo del *Ancient Régime*, y en consecuencia pugnaban por hacer del nuevo derecho el supremo código de la libertad, aunque fuera al precio de discernir a tal libertad como una naturalmente codificada; así, la idea de una fuente normativa, con posterioridad se fue opacando el basamento iusnaturalista.

Llega hasta nuestros días, a partir de ese dilatado proceso histórico, la distinción de, por lo menos, dos conceptos de libertad de uso común en el discurso iusfilosófico, salvando las limitaciones del lenguaje y las consiguientes confusiones en que se puede incurrir al manejarlos.

Se habla pues de una libertad natural, pero cuidando resaltar su índole de concepto metafísico, el más pleno, el que se rebela a los propios fines iluministas de la supuesta ley natural. Frente a ese concepto reputado metafísico, y otro reivindicado como jurídico se limita a considerar en el hombre la aptitud de discernir los preceptos y de decidir su actuación conforme a ellos. Así, el derecho es un instrumento de poder que limita todas las clases de libertad del hombre, cualquiera que sea la concepción que de esta se tenga.

En suma, queda claro en la Constitución Política de 1991 que:

Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley (Constitución Política, 1991, art. 29).

Por tanto, según el anterior precepto, la libertad sólo puede ser restringida en casos excepcionales y en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, y si tenemos en cuenta que se trata de una norma rectora del Código de Procedimiento Penal que es obligatoria y prevalece sobre cualquier otra disposición del mismo como está establecido en el artículo 3 de dicho estatuto, tenemos que la libertad es presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, esto es, sin la libertad de locomoción, que es lo que se restringe al privarse de la libertad, no podrían ejercerse los demás derechos y por tanto este deviene en quizá uno de los derechos fundamentales más importantes del ordenamiento jurídico.

5.2.2. Concepto sobre la “libertad de movimiento” o de “locomoción” de la persona

La Constitución Política de 1991, en su artículo 24, establece que todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-487 de agosto 11 de 1992 ha dicho:

La consagración constitucional de la libertad de locomoción y residencia es fundamental para impedir la intervención indebida de las autoridades estatales o de los particulares, quienes no podrían restringir o entorpecer la libre circulación dentro y fuera del país, ni imponer o prohibir un lugar determinado para residir.

Este derecho fundamental a la libertad de locomoción y residencia es de aplicación inmediata, propio de la naturaleza, inherente al ser humano y su conquista de éste frente al poder del Estado (Corte Constitucional, 1992, T-487).

Sin embargo, en Colombia se ha presentado un crecimiento preocupante de la imposición de medidas restrictivas de la libertad, especialmente, la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, hecho que se refleja en las condiciones de hacinamiento de los centros carcelarios, que han sido calificadas por la corte constitucional como un “Estado de cosas inconstitucional” en la Sentencia T-153 de 1998, en donde se lee:

Entre las causas del hacinamiento se señala también el incremento del número de personas detenidas preventivamente, hecho que se explica parcialmente por la prohibición expresa de la ley de conceder la libertad provisional para un amplio espectro de delitos, y el bajo uso de los subrogados penales. La Defensoría resalta al respecto que en el país “se presenta un abuso en la adopción de la medida de detención preventiva, y una mínima o nula aplicación de los subrogados penales: la condena de ejecución condicional y la libertad condicional.

Sobre este punto basta únicamente recordar que de las 42.454 personas que se encontraban confinadas en los penales colombianos el 31 de octubre de 1997, 19.515 eran sindicadas, es decir, el 46% de la población reclusa (Corte Constitucional, 1998, T-153).

Y agrega la Corte citando a la Procuraduría General en la misma sentencia:

(...) el hacinamiento provocado por el uso frecuente de las medidas de aseguramiento se ve agravado por el incumplimiento de los términos por parte de las autoridades judiciales, situación que impide definir la situación jurídica de los sindicados con la celeridad debida y los obliga a permanecer en el centro carcelario durante períodos prolongados (Corte Constitucional, 1998, T-153).

Estas condiciones, por supuesto impiden que los fines para los que se establece el sistema penitenciario se cumplan siquiera en una mínima proporción. Se lee en la sentencia en mención:

(...) Todos los intervinientes resaltan que las condiciones de hacinamiento impiden el cumplimiento de los objetivos del sistema penitenciario. Estos han sido fijados de manera general en el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, el cual reza:

Artículo 10. Finalidad del tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

Evidentemente, las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.)

Las condiciones actuales en las prisiones colombianas implican que los bienes mínimos para garantizar una vida digna en la prisión (una celda, un “camastro”, oportunidad de trabajar y de estudiar) sean absolutamente escasos (Corte Constitucional, 1998, T-153).

La anterior problemática muestra la utilidad de las reformas que establecen el nuevo procedimiento penal para Colombia introducidas por el Acto legislativo 02 de 2003 y la Ley 906 de 2004, pues a partir de ellas se pretende racionalizar el uso de las medidas que restrinjan la libertad, a partir de, entre otros principios, los moduladores de la actuación penal (art. 27 C.P.P), el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento (art. 307 C.P.P), el principio de afirmación de la libertad (art. 295 C.P.P.) y el consecuente carácter de excepcional de sus

limitaciones, de donde se desprende el mandato de la interpretación restrictiva de las normas que autorizan preventivamente la privación de la libertad y que su aplicación debe obedecer a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

5.2.3. La libertad en el ordenamiento jurídico colombiano.

La libertad personal en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que la igualdad, es uno de los pilares alrededor de los cuales se construye el concepto de estado social de derecho. Sobre ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

(...) La libertad personal, principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho, comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente (Corte Constitucional, 2001, C-774).

El constituyente le ha otorgado a la libertad un triple carácter: valor superior del ordenamiento jurídico consagrado desde el preámbulo, pero aisladamente es un principio que irradia la acción del Estado (art. 2), cuyo contenido implica que los particulares podemos desarrollar cualquier actividad que no esté prohibida por la Constitución o la ley, por tanto, el origen de ese principio de libertad sería el artículo sexto de la constitución que también ha sido entendido como el principio de legalidad, porque libertad y legalidad van unidas de la mano. Y en tercer lugar, la libertad es un derecho (art. 28 C.P.).

Si se afirma que el principio general de libertad es que podemos desarrollar cualquier actividad que no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, el principio de legalidad se constituye como el límite inmanente del principio general de la libertad, ya que la ley fijará que actividades podemos desarrollar de manera lícita, y ese principio general de libertad que está consagrado en el artículo sexto, se concreta en distintos derechos de libertad reconocidos en el capítulo I, título II de nuestra constitución colombiana; así lo estipula la Corte Constitucional:

La definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable (Corte Constitucional, 2001, C-774).

Toda la diversa gamas de derechos de libertad, empezando por el “Libre desarrollo de la personalidad”, derecho de libertad general que precisamente recoge el mismo principio general de libertad: “la posibilidad de hacer cualquier actividad lícita” y que tiene dos componentes: uno de autonomía personal, la idea de que podemos escoger dentro del marco de las posibilidades posibles, aquella que creamos que se ajusta más a nuestros intereses y la posibilidad de desarrollar planes de vida, que se conecta más bien con la idea de dignidad humana o de ética privada.

Específicamente uno de los contenidos del derecho de libertad está reconocido en el artículo 28 de la constitución, que es el punto de examen o punto de partida para estudiar nuestro tema de imposición de medidas de aseguramiento al interior del proceso penal.

Por libertad personal a nivel Constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona.

Sin embargo, en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal, pero esa privación o restricción, en los Estados democráticos debe ser excepcional y no puede ser arbitraria (Cfr. Sentencia C-1024 de 2002).

De allí que el inciso primero del artículo 28 de la Constitución establezca requisitos cuando indica que:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (Constitución Política., 1991, art. 28).

Se entiende que este artículo 28 protege una manifestación específica de la libertad que también se denomina “Libertad personal”, pero hay una sinonimia porque también se entiende que el principio general de libertad es la libertad personal, pero ésta será una libertad personal con un contenido específico o concreto: “La libertad física, de movimiento o libertad corporal”, es decir, es una concreción específica de la libertad personal que protege ese contenido.

Esta manifestación concreta del derecho de libertad, también está reconocida por disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, específicamente por el artículo séptimo de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el artículo noveno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En principio, estas disposiciones del bloque, el artículo séptimo de la convención y el noveno del pacto, desarrollan con más detalle ese alcance de la libertad corporal o física. Sin embargo, hay

una diferencia fundamental y es que en Colombia para ser privado de la libertad física, se requiere de “mandamiento escrito de autoridad judicial competente”, es decir, hay una reserva de autoridad judicial para disponer de la libertad física o corporal, que no está en los instrumentos que hacen parte del bloque, sino que tiene origen directo de nuestra constitución.

En esa medida, de la lectura del artículo 28 de nuestra constitución se desprenden una serie de características generales de ese derecho a la libertad personal entendida como libertad física, corporal, de locomoción, de movimiento:

En primer lugar, la titularidad, la idea de que toda persona es libre está restringida a las personas naturales, no es un derecho que se pueda predicar de las personas jurídicas o de colectivos, es un derecho que se predica de personas naturales. En segundo lugar, la idea de reserva de ley, porque específicamente el artículo 28 dice que las personas sólo pueden ser privadas de la libertad, por motivos previamente definidos en la ley, exigencia que es ratificada por las normas del bloque.

Y en tercer lugar, el artículo 28 dice que para privar de la libertad a la persona debe mediar mandamiento escrito de autoridad judicial competente –reserva judicial-. Podría presentarse la discusión entre dos conceptos: “Privación de la libertad” y “restricción de la libertad”, bajo la idea de que hay dos estados de libertad: se es libre o no se es libre, y en esa medida, no habría puntos intermedios, pero resulta que si hay puntos intermedios. Por ejemplo cuando voy a ingresar a un país y me retienen las autoridades de inmigración, me llevan a un cuarto para una revisión corporal o de equipaje, cuando se es retenido en la calle por la autoridad de policía para verificar mis documentos; se discute si estas situaciones comportan restricciones a la libertad.

En este caso, partimos de la idea de que privación de la libertad, en principio, corresponde a dos figuras específicas: La prisión que se impone como sanción luego de un proceso penal y la detención preventiva o detención provisional, prevista como una medida de aseguramiento por nuestro ordenamiento jurídico, frente a cierto tipo de conductas delictivas, de modo que no se profundizará en esas figuras a las que se ha hecho alusión, de retenciones o restricciones.

Dentro del régimen de la libertad, un discusión interesante que se presentó era con la formulación misma del artículo 28 de la constitución que tiene tres incisos, el primero es el que ya hemos visto y el segundo que dice que “en todo caso la persona detenida preventivamente tendrá que ser puesto a disposición de un juez dentro de las 36 horas siguientes” (Constitución Política, 1991, art. 28, inc. 2).

El problema es que si el primer inciso dice que no se puede privar a nadie sino mediante orden de autoridad judicial competente, el segundo abre la posibilidad de que en todo caso la persona que sea privada de la libertad debe ser puesta a disposición del juez dentro de las 36 horas siguientes.

Este inciso podía ser entendido como que hay eventos en los cuales se puede detener preventivamente una persona sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente. La corte constitucional avaló inicialmente esa interpretación en la Sentencia C-024 de 1994, cuando estudiaba unas disposiciones del código nacional de policía, especialmente el artículo 56.

Dijo la corte constitucional en esa primera sentencia, que había una regla general que era la reserva judicial en materia de privación de la libertad, pero el inciso segundo establecía una excepción, una modalidad de detención preventiva administrativa que podían hacer las autoridades de policía sin requerir orden judicial escrita previa. En esa sentencia se intenta someter a unos parámetros o requisitos, esa potestad que supuestamente estaba en cabeza de la autoridad de policía, para que fuera ajustada a la constitución, es decir, la intenta normalizar desde la perspectiva de la constitución.

Sin embargo, esa primigenia interpretación que había hecho la corte constitucional del inciso segundo del Artículo 28 de la constitución en la sentencia C-024 de 1994, fue retirada del ordenamiento jurídico a través de la Sentencia C-176 de 2007, que se dio con ocasión de la reforma que se introdujo al artículo 250 de la constitución mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, en el que se establece el nuevo procedimiento penal para Colombia.

La reforma poco tenía que ver con esto, porque lo que se dijo es que excepcionalmente la fiscalía podría ordenar la captura de personas, es decir, que ese mandamiento escrito de autoridad judicial, excepcionalmente podría venir de la fiscalía. Por eso la corte constitucional aprovecho la coyuntura de esta reforma, para cambiar radicalmente su jurisprudencia y entendió que, como el reformado artículo 250 había reforzado el principio de reserva judicial para la privación de la libertad y había dejado esta potestad principalmente en cabeza de los jueces, era necesario delimitar nuevamente el contenido del inciso segundo del artículo 28 de la constitución, y a partir de esa nueva lectura, se entiende que ya las autoridades administrativas no pueden detener a nadie, que esa figura que se había entendido como detención preventiva administrativa para verificar

hechos o identidades en desarrollo de la función constitucional de la policía nacional, ya no encuentra soporte en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto, está prohibido hacer cualquier detención preventiva administrativa.

5.2.4. La libertad personal en el derecho internacional

En lo que atañe a la libertad individual en el ámbito internacional, diversos instrumentos internacionales como convenios, tratados y declaraciones suscritos por los estados, consagran y protegen este derecho, entrando a formar parte del denominado bloque de constitucionalidad por virtud de la remisión expresa que hace el Art. 93 de nuestra constitución, es decir, son normas que tienen rango constitucional y para su aplicación en Colombia no necesitan ley aprobatoria del tratado por el cual se suscribe, a diferencia de los demás tratados internacionales que celebra Colombia con otros países y que versan sobre materias diferentes a Derechos Humanos.

De manera específica la consagración internacional del derecho a la libertad se encuentra positivizada y se puede observar en varios instrumentos:

5.2.4.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Solo hasta 1948 y por primera vez en la historia la comunidad internacional adoptó y formuló un catálogo de derechos, dentro del cual se consagró de manera solemne el derecho a la libertad en el artículo tercero: “todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de su persona”.

Es lo que quedó consagrado de manera inequívoca, esencial en esta declaración, y en esta oportunidad ya se reclama en frente de todo el mundo, no solo del estado, que es el que puede amenazar, quitar la libertad y la vida de las personas arbitrariamente, este derecho también adquiere sentido frente a la amenaza de otros seres humanos, y se apela a la fuerza del estado, como única instancia capaz de brindar una garantía frente a esas amenazas y también como única instancia capaz de restringirla legítimamente.

Un punto muy importante se regula en el artículo 9: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Se prohíbe de manera categórica la arbitrariedad y el atropello de parte de quienes tienen la facultad o autoridad de privar de su libertad personal y física a los ciudadanos. Con respecto a la libertad de locomoción consagra la Declaración en mención en su artículo 13: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

5.2.4.2. La declaración americana de los derechos y deberes del hombre

Fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Santafé de Bogotá en 1948. En ella también encuentra singular protección el derecho fundamental a la libertad en el Art. 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Además establece que:

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Estas dos declaraciones no son normas de derecho internacional convencional en forma de tratados o convenios; en el caso de la declaración universal, fue aprobada por una resolución la Asamblea General, que es un órgano deliberante y no tiene capacidad de decisión, solo puede producir resoluciones, declaraciones o recomendaciones que no tienen efecto jurídico vinculante.

Ello obedece precisamente a una estrategia de la ONU cuando no existe consenso en la materia, en el caso de la declaración universal, al momento de su aprobación en 1948, 48 votaron a favor, porque algunos contenidos de la declaración no se amoldaban a las políticas de países como Unión Soviética (lo más importante no es el individuo sino la colectividad), Arabia Saudita y Sudáfrica (por las prácticas de segregación racial).

Entonces era relativamente más sencillo aprobar una declaración que no creaba obligaciones, pero era un primer paso, un buen comienzo en materia de reconocimiento de Derechos humanos, para ir creando un consenso sobre el tema, hasta que finalmente, ese articulado de la declaración, concluyera con un tratado general sobre derechos humanos, como se hizo con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención americana de DDHH y convención europea, pues hasta tanto, la proyección y efectividad de los derechos humanos, dependía de la voluntad de los estados.

Sin embargo, pese a que se diga que estas dos declaraciones no tienen efecto vinculante, los derechos que se protegen en estos instrumentos son considerados por los órganos internacionales competentes expresión o manifestación del derecho internacional consuetudinario, porque estas

declaraciones, al final de la segunda guerra mundial, inician un proceso en el que se combinan los dos elementos de la costumbre internacional: La práctica y la convicción jurídica de los estados.

5.2.4.3. El pacto internacional de derechos civiles y políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la asamblea general de la ONU en su resolución 2200 de diciembre 16 de 1966 y cuya entrada en vigor en Colombia, se presentó el 23 de marzo de 1976.

Establece este pacto suscrito por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, por los estados miembros de la Corte Internacional de Justicia, y por cualquier otro estado invitado por la Asamblea General de la ONU, el resarcimiento y la compensación para las personas que hayan sido detenidas de manera ilegal, por ello se vislumbra un norte para acceder al derecho a la reparación, el cual debe estar inmerso en toda forma de compensación de una conducta que ha causado daño a alguien y muchísimo más cuando quien vulnera este derecho es un Estado con potestad de restringir los derechos a las libertades, al mismo tiempo que tiene la obligación de ser como ya lo vimos, el garante de las mismas. En el Artículo 9 se establece:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Lo siguiente, sin menoscabar lo anterior, es de suma importancia ya que encuentra protección internacional que: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

5.2.4.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Esta fue Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

En su Artículo 7 regula lo concerniente a la Libertad Personal:

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Estos instrumentos, ya convencionales, codifican en forma de tratado el mismo derecho a la libertad plasmado en las grandes declaraciones de 1948, pero como ya son elaborados con el

propósito de ser vinculantes para los estados parte, definen el contenido, el alcance y límites del derecho en forma más precisa y pormenorizada.

Todas estas consagraciones internacionales nos permiten inferir que la libertad individual goza de suma importancia y tiene especial protección en el derecho Internacional por ser un derecho fundamental, por ello no le es dable a un Estado que se considera social y democrático de derecho, vulnerar este derecho sin que tenga la obligación legítima de responder por ello y de la víctima de accionar en su contra para obtener la respectiva reparación.

La noción de los derechos fundamentales como aquellos que por su naturaleza pertenecen al ser humano, hacen parte de los ideales y del deber ser por los cuales se justifica el Estado de derecho como una organización política y racional, el cual tiene como objetivo principal el respeto por el derecho fundamental a la libertad individual, por ello se impone la necesidad de controlar, racionalizar el ejercicio del poder del Estado, a fin de que tenga una mínima intervención y limitación de las libertades.

5.3. MARCO LEGAL

El derecho a la libertad y específicamente el derecho a la libertad personal, se constituye en un presupuesto para el gozo de los demás derechos contemplados por la Constitución Política, por lo que se deben observar controles estrictos a la hora de restringir este derecho por parte de las autoridades facultadas para ello; es de allí que el tratamiento dado en un Estado al derecho fundamental de la libertad será condicionante de su legitimidad.

De acuerdo con la Sentencia C-042 de 2018, por “libertad personal a nivel Constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona” (Corte Constitucional, 2018, C-042). El artículo 28 de la Constitución Política, establece la regla general en materia de libertad, al establecer que toda persona es libre.

Ha dicho la Corte Constitucional al respecto:

Así pues, aún 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 qué consiste el derecho y los límites del mismo (Corte Constitucional, 1997, C-397).

Pero es de advertir, que frente a las excepciones que también la norma constitucional establece para restringir el derecho a la libertad, se han dispuesto unos principios protectores de los derechos fundamentales que eventualmente se ven conculcados con la medida restrictiva; precisamente, uno de los principios más importantes en este ámbito lo constituye el de proporcionalidad.

La proporcionalidad implica que al momento de privar de la libertad a algún ciudadano, en este caso por imposición de una medida de aseguramiento, específicamente, la detención preventiva en establecimiento de reclusión, ha de entenderse que la limitación de la libertad además de ser adecuada (útil) y necesaria para los fines que justifican la imposición de la medida, esta debe

contribuir a “mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo” (Corte Constitucional, 1997, C-397).

Al respecto, Alexy (1987) ha desarrollado una completa teoría acerca de cómo se deben ponderar los principios constitucionales cuando entran en conflicto, como en el caso de la imposición de la medida de aseguramiento de prisión preventiva, en donde es necesario realizar una ponderación de derechos para garantizar que la medida sea proporcional; ello conlleva un ejercicio de interpretación de los principios que orientan esta medida frente a los límites y excepciones del derecho a la libertad.

Al respecto, ha destacado la jurisprudencia constitucional colombiana que la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, “no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal, indiscriminado, general y automático” (Corte Constitucional, 2001, C-774), lo que significa que es necesario que se cumplan una serie de presupuestos procesales para poder ejecutar este tipo de mecanismos.

Son estos principios los que adquieren eficacia al momento de definir la procedencia de la prisión preventiva, en los términos que lo prevé el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004).

La prisión preventiva se ha constituido como una excepción a la presunción de inocencia establecida en la Constitución Política de Colombia, en el inciso cuarto del artículo 29. Esta excepción se encuentra regulada a partir del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal; sin

embargo, dicha excepción se hace necesaria en virtud de la peligrosidad que puede representar el presunto infractor de la ley penal tanto para la víctima como para la sociedad en general.

Se considera que esta es una excepción a la presunción de inocencia, porque se impone una medida de aseguramiento a una persona que no ha sido declarada penalmente responsable, medida esta que no es una sanción en sí misma, la cual, para su determinación, requiere de la valoración de una serie de criterios por parte del juez de conformidad con una lista taxativa contemplada en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada (Congreso de la República, Ley 906 de 2004, art. 310).

Dicha norma, ajustada por el legislador a través de la Ley 1760 de 2015, estableció que esta no podría tener una duración superior a un año y establece unas excepciones a este término general que son para el caso de concurrencia de tres personas, actividades de corrupción o procesos que se surtan ante la justicia penal especializada, dicho término se podría ampliar un año más, modificándose también el tiempo para la presentación de las actividades propias de cada uno de los elementos de la investigación y el juicio. Posteriormente esta ley fue adicionada por la Ley 1786 de 2016, donde se extienden las circunstancias de ampliación del término de imposición de la medida de detención preventiva intramural.

6. DISEÑO METODOLÓGICO

6.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se trata de un tipo de investigación descriptiva, como que relaciona o da cuenta de un fenómeno, una situación, un contexto particular, es decir, detalla cómo es y cómo se manifiesta el criterio de valoración de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia y los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento en establecimientos penitenciarios y carcelarios.

6.2. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque propuesto para este estudio es el cualitativo, en la medida en que se hace uso de la recolección de datos; sin embargo, no significa que no se hayan utilizado informaciones estadísticas con respecto a la prisión preventiva y el hacinamiento que se presenta en Colombia actualmente en los establecimientos penitenciarios y carcelarios. De acuerdo con Balcázar, González, Gurrola & Moysen (2015), este enfoque le procura al presente estudio una perspectiva holística e inductiva; además, permite intentar un marco de referencia en el cual los investigadores aportan sus experiencias y las de otras personas al fenómeno estudiado, de ahí que no sólo se tendrán en cuenta las consideraciones de los investigadores, sino también de expertos en el tema, las cuales serán recogidas a través de entrevistas semiestructuradas.

6.3. UNIDAD DE ANÁLISIS

Está comprendida por el análisis de los alcances de los criterios de valoración de las circunstancias de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia, mediante un análisis que procure la comparación de los efectos de esta medida frente a la problemática de la crisis carcelaria.

6.4. POBLACIÓN

Para el desarrollo de la investigación se tomó como referencia la información contenida en los tableros estadísticos sobre niveles de población con detención intramural del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, con datos actualizados a septiembre de 2019; a su vez, se tuvieron en cuenta las apreciaciones de personas conocedoras e involucradas personal y directamente con el tema objeto de estudio, para lo cual se realizaron entrevistas a personal directivo de Fiscalía de Medellín, Fiscalía de Antioquia, un Juez de Control de Garantías de otra ciudad, a la Delegada en Seguridad Ciudadana de la Fiscalía General de la Nación, a dos abogados litigantes que alguna vez en ejercicio estuvieron vinculados al Sistema Nacional de Defensoría Pública y a un Juez de Conocimiento de Circuito, quienes dieron sus apreciaciones con conocimiento de causa sobre el tema de la prisión preventiva en Colombia.

6.5. MÉTODO

Para el desarrollo de la presente investigación se propone un método analítico, el cual parte de la concepción filosófica según la cual el derecho constituye un sistema, y solamente bajo la

perspectiva de entenderlo como tal puede el jurista aproximarse a su conocimiento; a partir de dicha premisa se hace posible llevar a cabo un ejercicio interpretativo del objeto de estudio, lo cual trae consigo una serie de efectos jurídicos propios del ámbito del derecho procesal penal, donde la misma tiene su centro en la normatividad, en lo conceptual y en la casuística, que para este caso corresponde a los criterios de valoración de las circunstancias de peligrosidad del presunto infractor de la Ley Penal, para la imposición de la prisión preventiva en Colombia mediante un análisis que procure la comparación de los efectos de la medida y la problemática de la crisis carcelaria.

6.5.1. Técnica

Para la recopilación de toda la información requerida para el desarrollo de la investigación, es decir, para resolver el problema planteado, se recurrió a la revisión documental, la cual “consiste en detectar, consultar y obtener bibliografía y otros materiales útiles para los propósitos del estudio” (Hernández, Fernández & Baptista, 2010, p. 53). Dicha revisión se efectuó vía internet y en centros o sistemas de información como bibliotecas o centros de documentación de universidades de la ciudad de Medellín, así como en bases de datos de instituciones o entidades gubernamentales, y para ello se eligieron unas palabras claves, descriptores o términos de búsqueda relacionados con el tema de la prisión preventiva en Colombia y los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios; toda la información fue consignada en fichas bibliográficas (ver Anexos A).

De igual manera, se hizo uso de la entrevista semiestructurada, la cual fue aplicada a cuatro expertos en el tema, a quienes se les hicieron una serie de preguntas diseñadas por los estudiantes investigadores y avaladas por el asesor del trabajo de grado, las cuales fueron respondidas de manera posterior a la presentación de consentimiento informado (ver Anexo B); el formulario de entrevista se estructuró conforme a los objetivos de la investigación (ver Anexo C); las respuestas a dichas entrevistas se tuvieron en cuenta para la discusión y análisis de objetivos y para las conclusiones generales de la investigación (ver respuestas de entrevistados en los Anexos D, E, F y G).

6.5.2. Muestreo

La elección de los entrevistados se realizó atendiendo un método no probabilístico por conveniencia, el cual les permite a los investigadores elegir de manera circunstancial y según el grado de utilidad para la investigación los expertos que participaran en ella.

7. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE OBJETIVOS

7.1. LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS

7.1.1. Naturaleza y fines de la imposición de medidas de aseguramiento en razón de la peligrosidad del presunto infractor

Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, mediante las cuales la autoridad judicial competente dispone la restricción provisional de la libertad de los imputados, con el fin de asegurar su comparecencia al proceso, conservar la prueba y proteger a la comunidad, en especial, a las víctimas. La jurisprudencia constitucional ha señalado al respecto que:

Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a petición de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de estos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin (Corte Constitucional, 2000, C-634).

El Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano de la Fiscalía General de la Nación (2009), define la medida de aseguramiento como:

(...) la limitación material o jurídica de la libertad de una persona y de algunos derechos como el patrimonio económico (si se le impone una caución real), la locomoción (si se le imponen presentaciones periódicas o un dispositivo electrónico), cuando se infiera razonablemente que es autor o partícipe de la conducta punible investigada y por la cual se le ha formulado imputación. Ellas pueden ser entonces privativas o no privativas de la libertad, según la clasificación que trae el código de procedimiento penal en su Art. 307 (p. 97).

En efecto, la libertad individual puede ser limitada excepcionalmente, tal y como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-318 de 2008, atendiendo los fundamentos jurídicos, que prevé el artículo 28 de la Constitución, al disponer que: "Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado (...)" (Constitución Política, 1991, art. 28), salvo que concurren tres requisitos, a saber: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que se expida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

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

(i) deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán; (ii) con carácter eminentemente provisional o temporal; y (iii) bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén. Adicionalmente, (iv) deben estar fundamentadas en alguna de las finalidades constitucionalmente admisibles para su imposición (Corte Constitucional, 2001, C-774).

Se trata entonces de una medida de naturaleza preventiva o cautelar y por ende provisional, que cumple unas finalidades específicas. De esta manera, se entiende que la medida de aseguramiento tiene una naturaleza cautelar, relacionada con su carácter meramente instrumental o procesal – no

punitivo – que impone su ineludible fundamentación, en cada caso concreto, en alguna de las finalidades constitucionales a que ella sirve.

Precisamente los fines constitucionales a los que debe estar vinculada la imposición de una medida de aseguramiento, están establecidos en el numeral primero del artículo 250 de la Constitución colombiana: (i) asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; (ii) la conservación de la prueba; y (iii) la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

Este artículo 250.1 es desarrollado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), norma que al establecer los presupuestos para decretar una medida de aseguramiento, además de la inferencia razonable de autoría o participación del imputado en la conducta delictiva que se investiga, condiciona su imposición a la concurrencia de cualquiera de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (Congreso de la República, Ley 906 de 2004, art. 308).

Son estas las únicas finalidades admisibles, que de acuerdo con el orden jurídico, pueden llevar a que el juez de control de garantías imponga una medida cautelar, claro está, previa solicitud de imposición de la misma por parte del Fiscal General o su delegado, dice el artículo 306:

El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la

medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia (Congreso de la República, Ley 906 de 2004, art. 306).

Como puede verse es un avance significativo, más si se tiene en cuenta que en el Código anterior (Ley 600 de 2000), la decisión sobre la medida de aseguramiento estaba reservada exclusivamente al fiscal de conocimiento y sin ningún control. Con esta disposición, tal y como se señala en la Sentencia C-1154 de 2005, se realiza una audiencia pública en la que el defensor y el imputado tiene la oportunidad de oponerse a la solicitud de la medida refutando los argumentos de la fiscalía, en cuanto a la procedencia o no de la medida de aseguramiento, con lo cual se rodea de más garantías el derecho a la libertad del procesado, en especial, el derecho de defensa.

La imposición de medidas de aseguramiento, en especial, las privativas de la libertad, debe partir de los principios de afirmación de la libertad y de la interpretación restrictiva de las normas que autorizan su limitación. Su carácter instrumental, impone al aplicador incorporar valoraciones que atiendan criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad en la decisión que restringe la libertad con fines meramente precautelativos (Cfr. Ley 906 de 2004, art. 295). De tal manera que ninguna medida de aseguramiento se puede producir al margen de estas valoraciones, establecidas a partir de alguno de los fines que constitucionalmente le son adscritos.

Los presupuestos referidos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal tienen desarrollo en los artículos siguientes, es decir, 309 (Obstrucción de la justicia), 310 (Peligro para la comunidad), 311 (Peligro para la víctima) y 312 (No comparecencia), siendo estos los criterios

que debe tener en cuenta el juez de control de garantías para ponderar la posibilidad de aplicar una medida de aseguramiento, bien sea privativa (art. 313) o no privativa de la libertad (art. 315), debiendo auscultar en cada caso concreto, si el procesado se encuentra en alguna de las siguientes situaciones:

Si aparece acreditado que el procesado puede obstaculizar la justicia por ejemplo por alteración de las pruebas porque tiene acceso a ellas o por influenciar o amenazar a los testigos o peritos o cuando se tema que va a impedir la realización de alguna diligencia procesal.

Cuando se estima que la víctima o la comunidad corren peligro porque el procesado puede continuar su actividad delictiva o se encuentra vinculado con organizaciones criminales, la cantidad de delitos que pudiere haber cometido o estar acusado o sometido a otra medida de aseguramiento o una sentencia condenatoria en su contra por delitos dolosos o preterintencionales.

Cuando se presenten algunas circunstancias de las cuales resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la pena, por la falta de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño causado y su actitud frente al mismo o la falta de voluntad para sujetarse a la investigación, también cuando la severidad de la pena, permita inferir que no gozará de subrogados o mecanismos sustitutivos de la pena (Ocampo, 2011, p. 70).

La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de estas finalidades, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la proscripción de toda prolongación injustificada de la libertad, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que:

Los artículos 29 de la Constitución y 9° del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así desvirtuaría el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría por convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia (Corte Constitucional, 1993, C-301).

En términos generales, las medidas de aseguramiento no son una pena ni un anticipo de la misma, sino una medida procesal que procura alcanzar unas finalidades y es responder a los intereses de la investigación y de la justicia al pretender la presencia del imputado en el proceso, así como asegurar la conservación de la prueba, mantener el estado de cosas como al inicio del trámite y proteger a las víctimas y a la comunidad de un peligro inminente.

7.1.2. Criterios de valoración para estimar si la libertad del imputado representa un peligro para la seguridad de la comunidad

A través de la Sentencia C-469 de 2016, la Corte Constitucional se propuso estudiar la exequibilidad del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal; dicho artículo, como ya sea señalado, contiene los criterios de valoración para que el juez de control de garantías estime si la libertad del imputado representa un peligro para la seguridad de la comunidad:

Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional (Congreso de la República, Ley 906 de 2004, art. 310).

Este artículo desarrolla el numeral 2 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, el cual establece lo siguiente:

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: (...) 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima (Congreso de la República, Ley 906 de 2004, art. 308, num. 2).

Sobre este asunto es preciso establecer que el legislador colombiano prevé la “peligrosidad del imputado para la seguridad de la comunidad”, como una de las tres justificaciones para imponer la detención preventiva en establecimiento carcelario. Esto concuerda claramente con lo establecido en los artículos 308 y 310 del Código de Procedimiento Penal que hace referencia al criterio de necesidad y que concuerda con el artículo 2 que consagra el derecho a la libertad personal y prescribe que su restricción se impondrá cuando resulte necesaria para garantizar, entre otros fines, “la protección de la comunidad”. A su vez, la misma norma estipula en el artículo 114.8 que una de las funciones de la Fiscalía General de la Nación es asegurar la “protección de la comunidad”, y en el artículo 296 prácticamente se reproduce el texto del artículo 2 y se prescribe que la libertad solo podrá ser afectada cuando sea necesaria para asegurar “la protección de la comunidad”.

Frente a esto, la Corte señala:

(...) es claro que el legislador justifica la medida de aseguramiento en la necesidad de proteger la comunidad y no en el carácter o temperamento “peligroso” del imputado, como parecen darlo a entender dichos preceptos y en cierto momento de la argumentación es referido por el demandante. La Ley no asume un superado determinismo ni parte de que el sujeto esté predeterminado al delito como razón para imponer una privación preventiva de la libertad.

El peligrosismo que derivó en lo que se denominó el derecho penal de autor fue un punto de vista adoptado por la criminología positivista que partía de la base de que ciertas las

personas, antes de desarrollar acto alguno, estaban psíquica o biológicamente programadas para cometer delitos. Se consideraba que, por sus estrictas condiciones personales, inevitablemente tenían la tendencia a realizarlos y por esta razón también resultaba legítimo imponer privaciones de la libertad con el propósito de evitar sus dichos resultados. Esta perspectiva, hoy completamente superada en el debate teórico, comportaba como consecuencia un uso del derecho penal selectivo y discriminatorio (Corte Constitucional, 2016, C-469).

Agrega dicha corporación que el discurso del peligrosismo penal no tiene que ver con la causal que se analiza, fundada en criterios objetivos, como justificación para imponer una medida de aseguramiento. Los numerales contenidos en el artículo 310 constituyen un conjunto de circunstancias, todas de hecho, que permiten inferir al juez cuándo es necesario limitar la libertad del imputado en aras de proteger los miembros de la comunidad; dichas “circunstancias se refieren o están relacionadas, no con el imputado en cuanto autor, con su carácter peligroso, sino con sus actos, como elementos de juicio para inferir la probabilidad de nuevos delitos y la necesidad de la medida restrictiva” (Corte Constitucional, 2016, C-469).

7.1.3. Principio de proporcionalidad en la imposición de medida de aseguramiento de prisión preventiva

En el examen constitucional complejo de proporcionalidad en sentido estricto, se debe determinar si el sacrificio de los derechos del imputado y los que se vean afectados con la detención preventiva intramural, son razonables o proporcionales con los intereses del Estado, que representa a su vez los de la sociedad y las víctimas. Precisamente, para establecer esa relación de precedencia condicionada, en términos de Alexy (1987), es necesario acudir a los tres elementos que estructuran la ponderación: la Ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

Conforme a la Ley de la ponderación, según señala Ocampo (2011), a mayor afectación de los bienes jurídicos del Estado, mayor ha de ser también la restricción en los derechos del sujeto penable. Para ello, se debe establecer el grado de afectación tanto de los intereses del Estado como de la intervención en los derechos del imputado, para finalmente definir si la importancia de la satisfacción del interés del estado y de las víctimas justifica la medida intramural.

Así por ejemplo en el caso del aprehendido por extorsión, la afectación de los intereses del estado podría catalogarse como intensa por el peligro para la comunidad y de la víctima -artículos 296 en concordancia con los artículos 308 numeral 2 y 310 del Código de Procedimiento Penal- y por los riesgos procesales previstos en el artículo 308 numerales 1, 3 y artículo 309 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Respecto del peligro para la comunidad, dice el artículo 310 de la precitada norma que “para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, es suficiente la gravedad y modalidad de la conducta” 8Congreso de la República, Ley 906 de 2004, art. 310). En este caso se tiene que el imputado hizo exigencias de dinero a su víctima dejándole en claro que de no pagar la suma que se le pedía sería secuestrado y asesinado, hecho que per se, constituye una conducta con una entidad realmente grave.

Y esa gravedad se hace más evidente cuando la exigencia dineraria la hacen sujetos armados que se identifican como integrantes de una organización criminal, grupo que utiliza dentro de sus procedimientos criminales el asesinato selectivo, el desplazamiento y la desaparición forzada. Esa

circunstancia hace que esa intimidación, esa amenaza típica de la extorsión se haga aún más palpable, más intensa.

Podría también argumentarse en torno a la gravedad de la conducta, que este delito es de naturaleza pluri-ofensiva, dado que afecta, no solo el patrimonio económico de las víctimas, sino también la tranquilidad, la seguridad personal, la autonomía y la libre determinación, porque las víctimas amenazadas con las represalias de un grupo armado ilegal se ven obligadas, compelidas por la fuerza a entregar el dinero exigido.

En tanto el peligro para la víctima, acorde con los artículos 296, 308 y 311 del Código de Procedimiento Penal, deriva de los cargos directos que hace contra el imputado, que fue gracias a que acudió a las autoridades que se pudo lograr la aprehensión de este individuo en una típica situación de flagrancia e indudablemente el riesgo para esta persona que ha sido afectada, se materializa aún más con la acción de las autoridades, los riesgos que afrontan en su seguridad personal se ven incrementados pues la acción penal se ha fincado precisamente en el señalamiento y la información que transmitió en la investigación.

Las exigencias a las que debe adecuarse el juez de control de garantías e incluso los demás sujetos procesales, en el ejercicio del principio de proporcionalidad, son profundas y suponen un muy amplio conocimiento del ordenamiento jurídico, concretamente del sistema de enjuiciamiento y de los procedimientos aplicables, además de una intensa formación en el terreno de la filosofía del derecho, que le permitan al operador jurídico reaccionar de modo prudente frente al carácter dinámico del derecho y ante un asunto tan complejo como es el conflicto que se presenta entre

principios, derechos e intereses constitucionalmente protegidos en la audiencia de imposición de medidas de aseguramiento.

El ejercicio de proporcionalidad y más concretamente la ponderación de intereses en la audiencia de imposición de medidas de aseguramiento, remite necesariamente a un razonamiento jurídico complejo cuyas premisas van más allá de la regulación de la institución en el código de procedimiento penal, es decir, la imposición de la medida no se debe limitar propiamente a un esquema subsuntivo de aplicación del derecho, sino que las exigencias constitucionales y del propio código de procedimiento, remiten a una argumentación ius fundamental correcta que aporte buenas razones, buenos argumentos y aclare detalladamente los motivos por los cuales se decide de una manera y no de otra.

7.2. HACINAMIENTO CARCELARIO Y EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

7.2.1. Condiciones de vida de los reclusos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios en Colombia

De acuerdo con Arenas & Cerezo (2016), el término “hacinamiento” es un concepto designado para describir un lugar en donde existe amontonamiento de cosas en forma desordenada. Existen varios tipos de hacinamiento: hacinamiento habitacional, hacinamiento económico, hacinamiento social, hacinamiento financiero, hacinamiento industrial y hacinamiento carcelario; este último se ha venido presentando en los diversos centros de reclusión del país.

Para Cifuentes (2001), el hacinamiento carcelario, sin lugar a dudas, se constituye en una condición que dificulta enormemente las posibilidades de ofrecerles condiciones de dignidad y de oportunidad a los reclusos e impide que los condenados por la justicia puedan ser resocializados, además, trae como consecuencia graves problemas de salud, de violencia, de indisciplina, de carencia en la prestación de servicios (trabajo, educación, asistencia social, deportes, educación, visita conyugal, servicios médicos, etc.), con una clara violación de la integridad física y mental de los reclusos, de su autoestima y de la dignidad humana. De igual forma, señala la Defensoría del Pueblo (2012) que el hacinamiento, cuando sobrepasa el nivel crítico, se convierte en una forma de pena cruel, inhumana y degradante.

Por su parte, Murillo (2011), señala que las condiciones a las que se ven sometidos los internos de las cárceles colombianas por el deterioro general de los edificios, la precariedad de los servicios sanitarios, la falta de mobiliario básico y el incremento diario en la población carcelaria, generan problemas internos y graves como la poca atención en salud, malestar y discordia permanente entre las personas detenidas por el uso de los escasos recursos (baños, teléfono y lugares para dormir).

Muchos de los internos tienen que dormir en los baños o en el piso, incluso, soportando la caída de goteras. Según la Personería de Medellín (2009), quienes no tienen dinero para acceder a un “cambuche” o al menos a un espacio con algo de privacidad, les toca acudir al llamado “estándar”, cuya área es de dos baldosas de ancho por seis de largo. No se cuenta con un sistema reestructurado de aguas negras, por cada 17 internos aproximadamente hay un sanitario y una ducha. Todo lo anterior, afecta de manera significativa la dignidad de las personas privadas de la libertad. Es de

resaltar que los mismos internos son los que dan cuenta a sus familiares y en los medios de comunicación sobre la precaria situación a la que se ven sometidos una vez ingresan a la cárcel.

Ahora, el recluso, aunque tiene limitados o restringidos algunos de sus derechos como la libertad personal, conserva y debe conservar, los demás, los cuales están garantizados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales; lo que conlleva, a su vez, la posibilidad de reclamar ante los jueces, por medio de tutela, para que les sean respetados.

Según lo señala la Corte Constitucional colombiana:

(...) estos derechos suponen un trato acorde con la naturaleza humana, y que en el establecimiento carcelario se brinden condiciones mínimas de higiene, salubridad y comodidad, de modo que el detenido, aun habiendo perdido el beneficio de la libertad, pueda cumplir la pena y, en su caso, la detención preventiva, sin detrimento de su dignidad e integridad (Corte Constitucional, 2000, T-256).

En algunas sentencias de tutela, por ejemplo, se observa claramente la situación de vulnerabilidad de los derechos de los internos y tal es el caso analizado en la Sentencia T-256 de 2000, en la que se solicita el amparo de los derechos de igualdad y dignidad humana, haciendo referencia a la necesidad de unas condiciones mínimas de higiene, salubridad y comodidad que necesitan los internos y las condiciones inhumanas que tienen que vivir los sentenciados que no tienen la capacidad económica para comprar un camarote: duermen en el suelo, en los baños, en los pasillos, lo que les ocasiona infecciones y a esto se suma la indebida o falta de atención médica, pues la cárcel no cuenta con un servicio eficiente.

En suma, el hacinamiento es, sin lugar a dudas, uno de los principales problemas de la vida en prisión, ya que de este se derivan diferentes condiciones que hacen más cruda la habitación y el ambiente de los lugares de reclusión; además guarda una doble condición: es efecto y causa al mismo tiempo; efecto, ya que su existencia se deriva de las variables como por ejemplo: el incremento de las conductas delictivas con privación de la libertad, el aumento del quantum de la pena de prisión, el abuso de la privación de la libertad como medida de aseguramiento, etc.; y causa, porque el hacinamiento constituye una de las principales fuentes de las violaciones a la dignidad en las penitenciarías y cárceles colombianas. Éste origina condiciones inhumanas para vivir, corrupción y violencia por la consecución de un espacio mínimo en donde dormir o, simplemente, estar; factores que, a su vez, imposibilitan el cumplimiento del tratamiento penitenciario para la reinserción social del interno y reduce las oportunidades de trabajo, educación y recreación, además de dificultar la capacidad de control y la eficiente gobernabilidad por parte de las autoridades penitenciarias y comprometen la obligación del Estado de garantizar la vida e integridad física de las personas privadas de la libertad.

En síntesis, puede decirse que el hacinamiento se convierte para la población interna del país una pena que se suma a la ya impuesta judicialmente, ya que genera una situación de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La Defensoría del Pueblo (2012) ha manifestado al respecto que:

Si en verdad se quiere solucionar, o por lo menos aliviar, la problemática carcelaria y penitenciaria es necesaria la voluntad política, sincera y decidida, que incursione de una vez por todas en una verdadera política criminal de alternatividad penal propia de un Estado social y democrático de derecho como el prometido en la Constitución Política (p. 7).

Es importante recalcar y reiterar que las condiciones de hacinamiento impiden el cumplimiento de los supuestos objetivos del sistema penitenciario, en especial del tratamiento penitenciario, que se ve relegado a un segundo plano, cuando en los centros de reclusión prima sobrevivir, por lo tanto muy poco se cumple del ya mencionado artículo 10 de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario, que reza lo siguiente:

El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario (Congreso de la República, Ley 65 de 1993, art. 10).

Es claro que las condiciones de hacinamiento, según Durán (2006), impiden brindarle a todos los reclusos los medios que se han diseñado para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Debido a la imprevisión que ha reinado en materia de infraestructura penitenciaria, la sobrepoblación ha conducido a que los internos no puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en prisión como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc.

Las condiciones actuales en las penitenciarías y cárceles en Colombia implican que los bienes mínimos para garantizar una vida digna en prisión sean absolutamente escasos. En el medio carcelario ello significa que la distribución y asignación de esos bienes se realice a través de los mecanismos de la corrupción y la violencia. Esta situación es precisada por el INPEC, el cual, luego de resaltar que la congestión carcelaria atenta contra el principio de que el tratamiento penitenciario debe ser individualizado, menciona que:

La congestión dificulta la seguridad y el manejo de espacios libres; el hacinamiento refuerza los factores de riesgo para la desocialización (sic); tratar en la congestión tiene altos costos sociales, institucionales y económicos y bajo impacto y cobertura; por último, la congestión genera corrupción y privilegios en la asignación de beneficios o recursos individuales (Durán, 2006, p. 56).

Como se observa de manera general, el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario.

7.2.2. Alcances de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional por parte de la Corte Constitucional en las cárceles

El “Estado de Cosas Inconstitucional” es una figura adoptada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-153 de 1998 con el fin de buscar remedio a aquellas situaciones de carácter general, en tanto que afectan a multitud de personas, en las que se exista una vulneración de los derechos fundamentales y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir, que por lo regular no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

Así las cosas, la Corte ha considerado que ya que miles de personas se encuentran en igual situación, y que si todas acudieran a la tutela, podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese Estado de Cosas Inconstitucional.

Con la Constitución Política de 1991, en aras de la protección y garantía de los derechos fundamentales, se consagraron acciones que pueden tomar los ciudadanos que vean amenazados o vulnerados dichos derechos.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...) la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en subordinación o indefensión (Constitución Política, 1991, art. 86).

Como puede verse, la acción de tutela es una garantía constitucional que tiene toda persona para recurrir ante las autoridades judiciales a solicitar la protección de sus derechos fundamentales y es por ello que un gran número de internos de todos los centros de reclusión del país han acudido a este mecanismo con el fin de buscar que se les garanticen y protejan sus derechos; ejemplo de ello es el proceso de tutela radicado T-137001, el cual dio lugar a la Sentencia T-153 de 1998, donde el demandante, un recluso de la Cárcel Bellavista, interpone acción de tutela en contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- por considerar que ambas instituciones le vulneran sus derechos fundamentales al no buscar soluciones al hacinamiento carcelario que se presenta en el centro de reclusión.

Otro ejemplo de reclamo a la protección de derechos fundamentales es la Sentencia T-256 de 2000, en la que se ordena proteger los derechos del interno David Antonio Saldarriaga y brindarle las condiciones mínimas de higiene, salubridad y comodidad que también por causa del hacinamiento han sido vulneradas.

En la declaratoria de este Estado de Cosas Inconstitucional existe un denominador común en las dos acciones de tutela antes mencionadas interpuestas por reclusos de la cárcel Bellavista de Medellín y de la cárcel modelo de Bogotá, en donde la Corte Constitucional interpretó este fenómeno y estudió a fondo el tema de la crisis carcelaria por el hacinamiento, dando orientaciones claras al Estado colombiano, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a los gobernadores, a los alcaldes y al INPEC sobre los mecanismos a seguir para dar solución a los problemas penitenciarios de manera integral en cuanto a la reducción del hacinamiento, la separación de sindicados y condenados, la rehabilitación de los reclusos y la atención de sus necesidades básicas todo esto con un plazo de cuatro años para realizar la descongestión carcelaria.

Señala la Corte que “las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los internos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.)” (Corte Constitucional, 1998, T-153). A esto se suma la situación de la deteriorada infraestructura carcelaria, que conduce a que los internos no puedan gozar de un mínimo de condiciones para llevar una vida digna en prisión y a que se desvirtúe de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario que es la conducción del interno al camino de su resocialización o reinserción a la vida social.

En últimas, todas estas características de hacinamiento, deficiencia en servicios públicos, violencia, carencia de oportunidades, que sufre la población carcelaria constituyen aspectos importantes que llevaron a la Corte Constitucional a declarar el “Estado de Cosas Inconstitucional”, lo que genera, así mismo, una labor de control, seguimiento y supervisión del

cumplimiento a las órdenes impartidas por la Corte a las diferentes ramas del poder, para la superación de esta falla.

Por ello y ante la vulneración masiva, constante y generalizada de los derechos fundamentales de los reclusos en estos centros penitenciarios, la que se hace aún más gravosa cuando es de manera sistemática, y durante un lapso de tiempo en la mayoría de casos indeterminados, la Corte establece plazos de cumplimiento a las diferentes instituciones o entidades que deberían garantizar la protección de los mismos, precisamente, para colocar límite temporal a dichas vulneraciones.

Frente a la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional por la Corte Constitucional desde el año 1998, se demanda una solución que exige el compromiso e intervención de varias entidades, requiriéndose para ello la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones de las mismas; y si bien se han venido construyendo centros de reclusión en diferentes ciudades de Colombia con el objeto de aliviar la situación de hacinamiento, la población carcelaria ha seguido creciendo de manera exponencial, lo que se evidencia en índices de hacinamiento que en algunos lugares supera ampliamente su capacidad.

Por tanto, las condiciones para la superación del Estado de Cosas Inconstitucional exigen la implementación de un abordaje mixto: por un lado se deben identificar las acciones realizadas por las distintas entidades con el fin de superar las fallas estructurales en las políticas públicas y por el otro, los resultados sobre el goce efectivo de derechos deben ser reales por parte de la población afectada, situación ésta, que actualmente no se encuentra superada por la población carcelaria del país.

Precisamente, una de las medidas más radicales que se ha buscado implementar por parte de la Defensoría del Pueblo (2017), y que hace parte de los efectos y seguimiento a la declaratoria de dicho estado de cosas, tiene que ver con la solicitud que se le ha hecho en el mes de febrero de 2017 a la Corte Constitucional de declarar el cierre del establecimiento penitenciario Bellavista, en vista del incumplimiento de los señalado en la Sentencia T-153 de 1998 y los evidentes problemas de infraestructura y hacinamiento que presenta la cárcel.

Por tanto, se debe reconocer que la problemática del hacinamiento en muchas de las cárceles del país persiste; tal vez no sea posible la pretensión del Defensor del Pueblo de declarar el cierre de algunos establecimientos penitenciarios, pero lo que sí es cierto es la necesidad de medidas urgentes de acción por parte del gobierno nacional a través del Ministerio de Justicia, las Gobernaciones y las Alcaldías, así como de la autoridades nacionales y el aparato judicial, lo cual debe dar como resultado el mejoramiento de las condiciones de hacinamiento de la cárcel, la construcción de nuevos centros penitenciarios, la reducción del uso de la prisión preventiva en establecimiento carcelario, la aplicación del principio de celeridad en los procesos penales y la implementación de una justicia garantista de los derechos de los reclusos.

7.3. RELACIÓN PRISIÓN PREVENTIVA Y FENÓMENO DEL HACINAMIENTO EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS

7.3.1. La prisión preventiva

Una de las hipótesis que se plantea en la presente investigación es que los jueces de control de garantías en Colombia hacen un uso excesivo que, incluso podría ser abusivo, de la finiera de la

prisión preventiva en establecimiento de reclusión; dicha hipótesis, postura, también la sostiene la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la cual, en 2014, desarrolló un “Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones”, en el cual establece que para atender el hacinamiento es necesaria la adopción de políticas y estrategias, mediante reformas legislativas e institucionales, que permitan garantizar, entre otras cosas:

i) el uso racional y excepcional de la prisión preventiva; ii) el respeto por los plazos establecidos legalmente para la duración de personas en detención; iii) la promoción de medidas alternativas o sustitutivas de detención preventiva y de privación de libertad como pena; iv) la implementación de otra clase de figuras de la ejecución de sentencia como son las libertades condicionales, asistidas y las redenciones de pena por trabajo o estudio; v) la actualización de los sistemas de administración de justicia para que los procesos sean ágiles, y vi) la prevención de detenciones ilegales o arbitrarias por parte de la Policía (UNODC, 2014, p. 30).

En el caso colombiano, según señala Castro (2017), el Estado, a través de su aparato judicial, emplea la detención preventiva para forzar a los procesados a que se allanen a los cargos o aporten pruebas en contra de otras personas, lo que se traduce en que los fiscales usan la detención preventiva como medio de investigación.

Las causas del uso excesivo de la detención preventiva básicamente son: la adopción de política criminal que propone mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana y las amenazas a la independencia judicial, que se basan en la injerencia del poder ejecutivo sobre los jueces que se encuentran en provisionalidad, como lo ha destacado el Segundo Informe sobre la Situación de las defensoras y defensores de derechos humanos de las Américas (Castro, 2017, p. 59).

Pero el tema del hacinamiento carcelario por el uso excesivo de la figura de prisión preventiva, no es propio de Colombia: en otros países de Latinoamérica también se presenta el mismo

fenómeno, destacándose, por ejemplo, el caso de México, en donde un 35% de la población reclusa en establecimientos penitenciarios se encuentra en calidad de sindicado:

De acuerdo con un censo sobre población penitenciaria elaborado en 2017 por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), en las cárceles del país había una población de 188.262 prisioneros, el 95 % eran varones y el 5 % mujeres.

En cuanto a su estatus jurídico el 35 % de los presos no había recibido su sentencia y de este total, el 44 % eran mujeres que aún se encontraban sujetas a proceso.

En lo que respecta a los servicios básicos en las celdas, el Censo señaló que el 88,4 % de los prisioneros tiene un lugar para el aseo personal, que el 97,5 cuenta con el servicio de electricidad, el 94,4 % con drenaje y el 70 % dispone de agua potable (EFE, 2019, p. 1).

La misma situación ha sido identificada en países del cono sur, como es el caso de Paraguay, en donde debido a los índices altos de hacinamiento, se han producido afectaciones a los Derechos Humanos de la población reclusa; la respuesta a esta problemática no se vislumbra, por tanto, en la construcción de más cárceles, sino en reducir el impacto que genera la prisión preventiva:

El problema al que alude es un abuso de la prisión preventiva que provoca que siete de cada diez hombres y seis de cada diez mujeres privados de libertad se encuentren procesados y todavía no cuenten con una condena, a pesar de estar encarcelados.

A eso, se suma una edificación de cárceles que no cumple con los estándares internacionales de Derechos Humanos, según sostienen desde el MNP, y de ahí que exista un desfase numérico entre los datos del Ministerio de Justicia y los del MNP (EFE, 2018, p. 1).

Se trata, por tanto, de una problemática regional, que ha buscado atacarse a través de una política criminal y carcelaria errada, lo que ha generado que el fenómeno persista en el tiempo, lo cual requiere no sólo de visibilización, sino también de hacer más flexible el uso de la prisión preventiva.

Para UNODC (2014), existen una serie de consecuencias del uso excesivo del encarcelamiento que es preciso reconocer:

El impacto del hacinamiento no permanece dentro de los muros de la cárcel. Puede tener un impacto negativo sobre la salud pública. El costo del uso excesivo del encarcelamiento, que es el motivo fundamental del hacinamiento en las cárceles de todo el mundo, puede ser elevado, aumentando los niveles de pobreza y la marginalización social y económica de ciertos grupos de personas y reduciendo los fondos disponibles para otras esferas del gasto público (p. 19).

De igual forma se señala que cuando se encarcela a un miembro de la familia que genera ingresos, la pérdida repentina de ingresos puede impactar seriamente sobre la situación económica del resto de la familia; además, cuando estas personas son dejadas en libertad, no existen perspectivas de empleo debido a los antecedentes penales, lo que genera a su vez exclusión social y económica.

Pero a su vez, tiene un gran impacto en la salud pública de los países, ya que las cárceles son instituciones que hacen posible la propagación de enfermedades, debido a las condiciones de confinamiento y sobrepoblación existentes; de esta manera, cuando se hace un uso excesivo de la prisión preventiva, en últimas se está contribuyendo a que se propaguen enfermedades y a que las condiciones de detención no sean las más óptimas, más aún si se trata de países que no tienen infraestructura carcelaria que permita la separación de condenados y sindicados.

El uso excesivo de la detención preventiva también representa un alto riesgo de propagación de enfermedades entre los presos y la comunidad, dado que es menos probable que los detenidos con prisión preventiva tengan acceso a servicios adecuados de atención a la salud o que sean parte de los programas de salud que existen en la prisión para los presos condenados. Durante su detención las condiciones de alojamiento son insalubres y sufren de hacinamiento. Los detenidos en prisión preventiva corren un riesgo mayor de contraer

enfermedades infecciosas, tales como la Hepatitis C, Tuberculosis y VIH/SIDA, y las llevarán con ellos a las cárceles o a la comunidad. 21 Estas personas son alojadas en estas condiciones el tiempo suficiente para contraer tuberculosis pero no lo suficiente para detectar y tratar la enfermedad (UNODC, 2014, p. 22).

Naciones Unidas también reconoce que el uso excesivo de la prisión preventiva se da principalmente en África, América Latina y Asia del Sur, en donde pueden presentarse niveles de detención preventiva entre un 70% y 90%, lo que a su vez tiene un impacto directo en el acceso a la administración de justicia de los sindicados:

La detención preventiva puede tener efectos devastadores en la capacidad de los imputados de prepararse para el juicio. Las condiciones inhumanas de la prisión significan que los imputados se concentran en sobrevivir el tiempo que deben pasar detenidos antes de ser juzgados o consideran declaraciones de culpa, en vez de preparar su defensa. El acceso a un abogado y la información acerca de su caso están mucho más limitados si el imputado está detenido (UNODC, 2014, p. 28).

UNODC (2014) reconoce una serie de factores que dan lugar a que se haga un uso abusivo de la detención preventiva, los cuales se exponen en la siguiente tabla:

Tabla 2. Factores que dan lugar a que se haga un uso abusivo de la detención preventiva

| | |
|---|--|
| Arrestos arbitrarios | Con frecuencia la policía arresta primero e investiga después, lo que resulta que los imputados quedan detenidos por períodos prolongados. El requerimiento de cumplir con las metas de arresto puede conducir a la detención de personas inocentes. |
| Falta de acceso a la asistencia jurídica por parte de los detenidos | La falta de acceso a la asistencia jurídica puede deberse a una falta de legislación que garantice el derecho a abogados, fallas en el funcionamiento de un sistema de asistencia jurídica, |

| | |
|-------------------------------|---|
| | conjuntamente con la escasez de abogados que existe en muchos países. |
| Corrupción en todo el sistema | En los sistemas judiciales en los que la corrupción está generalizada, es probable que los imputados sean liberados mientras esperan el juicio sólo porque tienen suficientes recursos para sobornar a la policía, al fiscal o al funcionario judicial que trata con su solicitud de excarcelación. |
| Limitaciones legislativas | La legislación puede no tener alternativas, o tener alternativas limitadas, para la detención preventiva: cuando existe una alternativa a la detención preventiva esta usualmente está limitada a una fianza pecuniaria, que requiere que, para ser liberado, el imputado entregue cierta cantidad de dinero (u otra forma de garantía material, tales como tierras o inmueble) como garantía. En tales casos son personas de bajos recursos los que tienen la mayor dificultad para cumplir con tales condiciones. |
| Temor a la opinión pública | Los jueces temen ser vistos como muy blandos y se resisten a asumir el riesgo de que un sospechoso cometa un delito o se fugue si se lo libera durante el período previo al juicio. Algunos jueces también temen que la liberación de un imputado bajo fianza se deba al soborno y por lo tanto prefieren la detención, como opción más segura. |

Fuente: Elaborado por el grupo investigador, a partir de UNODC (2014).

7.3.2. Impacto del uso de la prisión preventiva en el hacinamiento carcelario en Colombia

Según información del INPEC (2019), en Colombia, al 19 de septiembre de 2019, en 29 de los 32 departamentos existen 135 establecimientos penitenciarios y carcelarios, divididos en 6 regionales: Central, Occidente, Norte, Oriente, Noreste y Viejo Caldas, en las cuales se encuentran 124.981 personas (116.195 hombres y 8.786 mujeres). En calidad de condenados hay 84.416 personas, en calidad de sindicados hay 39.871 personas y en calidad de actualización hay 694 personas, cifras que evidencian que existe una sobrepoblación carcelaria en Colombia del 55,33%.

Gráfica 1. Situación jurídica de la población carcelaria en Colombia



Fuente: INPEC (2019).

Gráfica 2. Población carcelaria en Colombia por regiones



Fuente: INPEC (2019).

En la regional noroeste, que cubre los departamentos de Antioquia y Chocó, hay 22 establecimientos penitenciarios y carcelarios, con 14.833 personas recluidas (13.310 hombres y

1.523 mujeres). En calidad de condenados hay 10.616 personas, en calidad de sindicados hay 4.061 personas y en calidad actualización hay 156 personas, cifras que evidencian que existe una sobrepoblación carcelaria en esta regional del 92,71%.

Gráfica 3. Población carcelaria regional noroeste



Fuente: INPEC (2019).

Sólo en Antioquia, en donde hay 20 establecimientos penitenciarios y carcelarios, hay una población de 14.032 personas recluidas (12.529 hombres y 1.503 mujeres); en calidad de condenados hay 10.239 personas, en calidad de sindicados hay 3.641 personas y en calidad actualización hay 152 personas, cifras que evidencian que existe una sobrepoblación carcelaria en el departamento del 91,43%. El EPMSC Andes es el centro penitenciario y carcelario con más porcentaje de hacinamiento, con un 337,5%; y el Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal es el establecimiento con el mayor número de sindicados, 758 en total, seguido del EPMSC Medellín, con 625 en total.

Tabla 3. Población carcelaria Antioquia

| ESTABLECIMIENTO | CONDENADOS | | SINDICADOS | | ACTUALIZ | | POBL |
|--------------------------------|------------|-----|------------|-----|----------|-----|-------|
| | HOM | MUJ | HOM | MUJ | HOM | MUJ | |
| 501 - CPAMS LA PAZ | 899 | 0 | 359 | 0 | 8 | 0 | 1.266 |
| 502 - EPMSC MEDELLÍN | 2.364 | 0 | 625 | 0 | 104 | 0 | 3.093 |
| 505 - EPMSC ANDES | 474 | 22 | 220 | 19 | 0 | 0 | 735 |
| 506 - EC SANTA FE DE ANTIOQUIA | 4 | 0 | 58 | 0 | 0 | 0 | 62 |
| 507 - EPMSC BOLÍVAR-ANTIOQUIA | 132 | 0 | 31 | 0 | 0 | 0 | 163 |
| 508 - EPMSC CAUCASIA | 58 | 0 | 138 | 3 | 1 | 0 | 200 |
| 513 - EPMSC JERICÓ | 98 | 0 | 47 | 0 | 0 | 0 | 145 |
| 514 - EPMSC LA CEJA | 210 | 0 | 94 | 1 | 0 | 0 | 305 |
| 515 - EPMSC PUERTO BERRIO | 226 | 9 | 64 | 0 | 5 | 0 | 304 |
| 517 - EPMSC SANTA BÁRBARA | 110 | 0 | 52 | 0 | 0 | 0 | 162 |
| 518 - EPMSC SANTO DOMINGO | 192 | 1 | 82 | 0 | 0 | 0 | 275 |
| 519 - EPMSC SANTA ROSA DE OSOS | 142 | 0 | 62 | 0 | 4 | 0 | 208 |
| 521 - EPMSC SONSON | 123 | 0 | 96 | 0 | 0 | 0 | 219 |
| 523 - EPMSC TÁMESIS | 100 | 0 | 24 | 0 | 0 | 0 | 124 |

| | | | | | | | |
|--|--------------|--------------|--------------|------------|------------|-----------|---------------|
| 524 - EPMSC TITIRIBÍ | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| 527 - EPMSC YARUMAL | 251 | 0 | 69 | 0 | 1 | 0 | 321 |
| 531 - EPMSC APARTADO | 572 | 0 | 397 | 0 | 3 | 0 | 972 |
| 535 - EP PUERTO TRIUNFO | 1.815 | 0 | 32 | 0 | 3 | 0 | 1.850 |
| 5371 - COMPLEJO CARCELARIO Y PENITENCIARIO DE MEDELLÍN- PEDREGAL- | 1.409 | 1 | 754 | 4 | 10 | 0 | 2.178 |
| 5373 - COMPLEJO CARCELARIO Y PENITENCIARIO DE MEDELLÍN- PEDREGAL-MUJERES | 3 | 1.022 | 2 | 408 | 0 | 13 | 1.448 |
| TOTALES | 9.184 | 1.055 | 3.206 | 435 | 139 | 13 | 14.032 |

Fuente: INPEC (2019).

Como se observa en la anterior tabla, en el CPAMS La Paz, ubicado en el municipio de Itagüí, hay una población carcelaria de 1.266 personas, pero la capacidad es de 375 personas, lo que indica un porcentaje de hacinamiento del 237,6%.

Gráfica 4. Participación regional y situación jurídica de la población del CPAMS La Paz



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Medellín hay una población carcelaria de 3.093 personas, pero la capacidad es de 1.337 personas, lo que significa un porcentaje de hacinamiento del 131,3%.

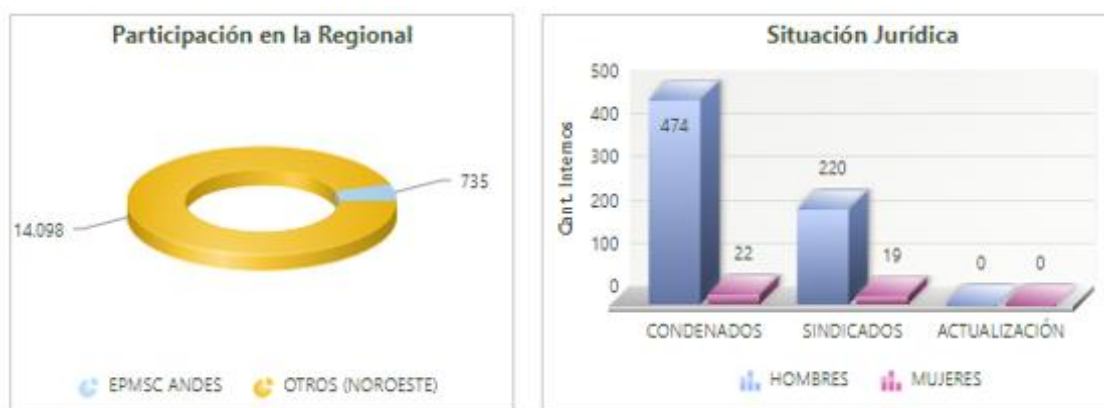
Gráfica 5. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Medellín



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Andes hay una población carcelaria de 735 personas, pero la capacidad es de 168 personas, lo que demuestra un porcentaje de hacinamiento del 337,5%.

Gráfica 6. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Andes



Fuente: INPEC (2019).

En el EC Santa Fe de Antioquia hay una población carcelaria de 62 personas, pero la capacidad es de 50 personas, lo que indica un porcentaje de hacinamiento del 24%.

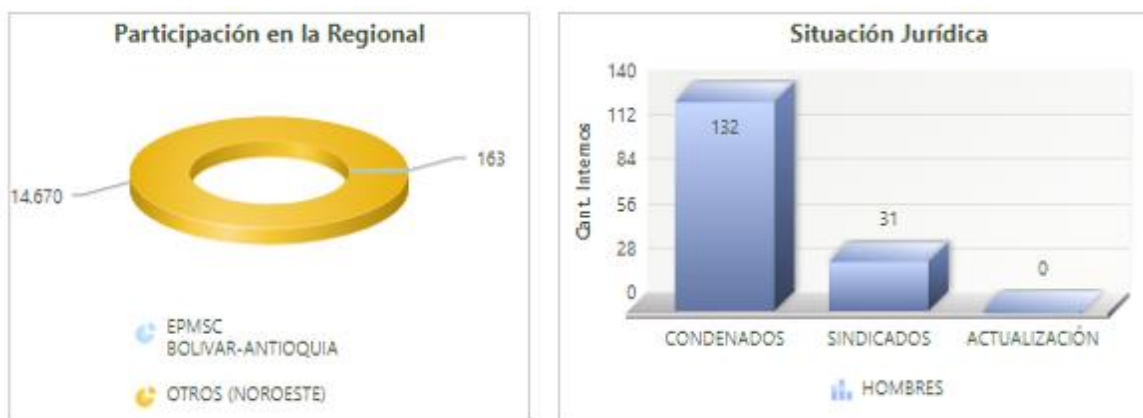
Gráfica 7. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EC Santa Fe de Antioquia



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Bolívar-Antioquia hay una población carcelaria de 163 personas, pero la capacidad es de 99 personas, lo que significa un porcentaje de hacinamiento del 64,6%.

Gráfica 8. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Bolívar-Antioquia



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Caucasia hay una población carcelaria de 200 personas, pero la capacidad es de 63 personas, lo que quiere decir que hay un porcentaje de hacinamiento del 217,5%.

Gráfica 9. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Caucasia



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Jericó hay una población carcelaria de 145 personas, pero la capacidad es de 83 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 74,7%.

Gráfica 10. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Jericó



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC La Ceja hay una población carcelaria de 305 personas, pero la capacidad es de 114 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 167,5%.

Gráfica 11. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC La Ceja



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Puerto Berrío hay una población carcelaria de 304 personas, pero la capacidad es de 150 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 102,7%.

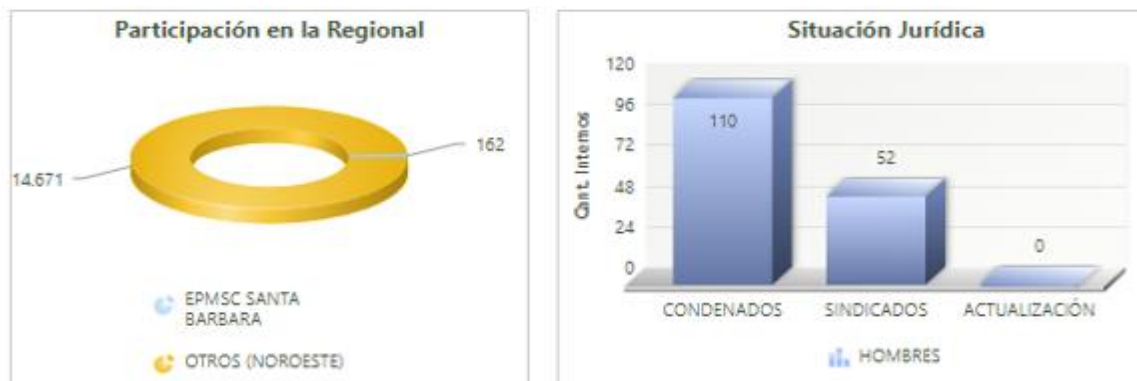
Gráfica 12. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Puerto Berrío



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Santa Bárbara hay una población carcelaria de 162 personas, pero la capacidad es de 50 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 224%.

Gráfica 13. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Santa Bárbara



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Santo Domingo hay una población carcelaria de 275 personas, pero la capacidad es de 115 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 139,1%.

Gráfica 14. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Santo Domingo



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Santa Rosa de Osos hay una población carcelaria de 208 personas, pero la capacidad es de 76 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 173,7%.

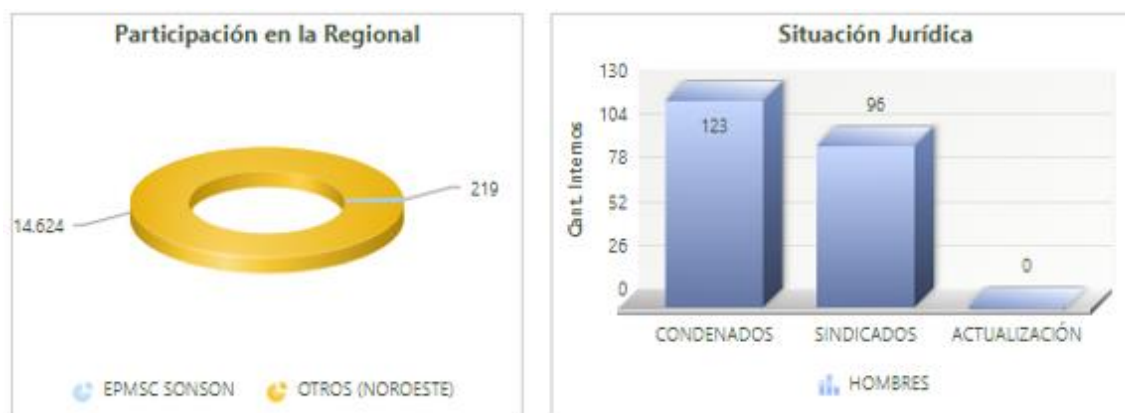
Gráfica 15. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Santa Rosa de Osos



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Sonsón hay una población carcelaria de 219 personas, pero la capacidad es de 75 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 192%.

Gráfica 16. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Sonsón



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Támesis hay una población carcelaria de 124 personas, pero la capacidad es de 50 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 148%.

Gráfica 17. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Támesis



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Titiribí hay una población carcelaria de 2 personas, pero la capacidad es de 0 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 0%.

Gráfica 18. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Titiribí



Fuente: INPEC (2019).

En el EPMSC Yarumal hay una población carcelaria de 321 personas, pero la capacidad es de 191 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 68,1%.

Gráfica 19. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EPMSC Yarumal



Fuente: INPEC (2019).

En el EP MSC Apartadó hay una población carcelaria de 972 personas, pero la capacidad es de 284 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 242,3%.

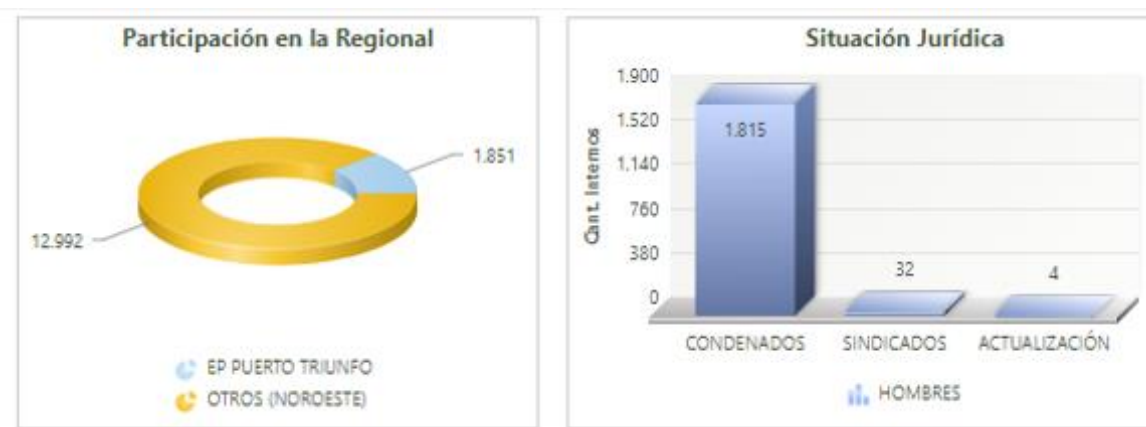
Gráfica 20. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EP MSC Apartadó



Fuente: INPEC (2019).

En el EP Puerto Triunfo hay una población carcelaria de 1.851 personas, pero la capacidad es de 1.316 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 40,7%.

Gráfica 21. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del EP Puerto Triunfo



Fuente: INPEC (2019).

Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal hay una población carcelaria de 2.178 personas, pero la capacidad es de 1.468 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 48,4%.

Gráfica 22. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal



Fuente: INPEC (2019).

El Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal – Mujeres hay una población carcelaria de 1.448 personas, pero la capacidad es de 1.254 personas, lo que indica que hay un porcentaje de hacinamiento del 15,5%.

Gráfica 23. Participación regional y situación jurídica de la población carcelaria del Complejo Carcelario y Penitenciario de Medellín-Pedregal – Mujeres



Fuente: INPEC (2019).

7.3.3. Políticas y estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario enfocadas en reducción de la prisión preventiva

Como herramienta para reducir los niveles de hacinamiento carcelario en Colombia, se toman como referencia las diferentes estrategias propuestas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2014) en su “Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones”, las cuales se basan en la reducción del uso de la prisión preventiva.

Tabla 4. Estrategias para la reducción del uso de la prisión preventiva

| | | |
|--|---|--|
| 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación | Prevención de los arrestos arbitrarios | La prevención de los arrestos arbitrarios y la detención prolongada antes de que el sospechoso sea presentado ante el tribunal requiere voluntad política y políticas claras que desalienten a los organismos de aplicar la ley respecto a usar su autoridad para arrestar ilegal y excesivamente pero que al mismo tiempo no sean un obstáculo para el desempeño eficaz de sus funciones legítimas. |
| | Reducción del período de detención preventiva | Determinar límites estrictos del tiempo de custodia y establecer medidas para asegurar que los arrestados y detenidos sean llevados ante una autoridad judicial, sin demora, para que ésta decida acerca de la legalidad de la detención y la liberación de la persona cuando la detención no esté basada en criterios legales. |
| 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación | Excarcelación con caución económica (Fianza) | La excarcelación con caución económica es un mecanismo legal utilizado para permitir la libertad de una persona acusada de un delito antes de concluir su caso si se cumplen ciertas condiciones. Estas condiciones han sido diseñadas para asegurar que el imputado vuelva al tribunal para el juicio. Frecuentemente involucran depositar cierta |

| | | |
|--|---|--|
| | | <p>cantidad de dinero como garantía ante el tribunal, que puede confiscarlo para el Estado si el imputado no vuelve ante el tribunal en la fecha y a la hora señalada. La fianza usualmente es entregada por el sospechoso o imputado o un familiar pero esto no es necesariamente un requisito.</p> |
| | <p>Excarcelación bajo caución juratoria</p> | <p>La libertad incondicional, también conocida como excarcelación bajo caución juratoria, se da cuando el imputado promete comparecer ante el tribunal tal como se le ha ordenado (y, en algunas jurisdicciones, cumpliendo con todas las leyes). En los casos en que la persona es conocida en la comunidad, tiene un trabajo, apoyo familiar y es la primera vez que delinque, las autoridades pueden considerar la excarcelación con caución económica. Esta debe ser una opción en todos los casos de delitos menores.</p> |
| | <p>Medidas Restrictivas</p> | <p>Las medidas restrictivas pueden confinar al sospechoso o al imputado a un lugar específico (por ej. su hogar, una institución o un área geográfica específica), restringir su acceso a un cierto lugar (por ej. la casa de su familia) o prohibir que el</p> |

| | | |
|--|---|---|
| | | sospechoso o imputado acuda a un lugar o reunión determinado con ciertas personas identificadas. |
| 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas | Derivación a un proceso de resolución alternativa de disputas | Algunas derivaciones suelen llevarse hacia un proceso de resolución alternativa de disputas por el que la víctima y el delincuente (y, en algunos modelos, otros miembros de la comunidad) se reúnen y preparan un plan sobre el modo en que el delincuente puede subsanar sus acciones. Este tipo de interacción entre las víctimas y los delincuentes es la base de la justicia restaurativa, un enfoque que durante las últimas décadas ha ganado popularidad en muchos sistemas de todo el mundo. |
| | Discrecionalidad de la policía y el fiscal | El margen para que la policía y el servicio de fiscalía actúen con discrecionalidad depende del sistema legal de un país, de su nivel de profesionalismo y de su capacitación para encontrar soluciones alternativas y/o referir los casos a organismos alternativos y de la variedad o disponibilidad de estas instituciones alternativas. Para alentar la resolución eficiente del caso, el fiscal puede decidir retirar los cargos o entrar en negociaciones previas al juicio, sea en cuanto a la acusación o a la declaración de culpabilidad. |

| | | |
|--|--|--|
| | Fomento de la rendición de cuentas | Es importante que se establezcan medidas para evitar decisiones arbitrarias, derivadas de sobornos u otros favores. Tales medidas deberían incluir, por lo menos, el registro cuidadoso de las decisiones y el monitoreo por parte de organismos independientes. En las sociedades en las que la corrupción representa un gran problema en todas las esferas de la vida, puede ser difícil asegurar la rendición de cuentas, y esto debe tenerse en cuenta cuando se decide la medida de discrecionalidad de la policía y de los fiscales. |
| 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva | Resolver el caso a la mayor brevedad posible | Establecer por ley límites de tiempo reglamentarios para la detención preventiva; si todavía no se lo ha establecido por ley, los detenidos deben tener el derecho a que su detención sea revisada periódicamente por parte de una autoridad judicial independiente, para determinar si es necesario que dicha detención continúe y a ser liberados si parece ser excesivamente larga; se puede establecer un sistema de inspección judicial para que monitoree la implementación de las leyes. |

Fuente: Elaborado por el grupo investigador a partir del Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones de UNODC (2014).

7.3.4. Percepción de operadores jurídicos frente al uso excesivo de la prisión preventiva y su relación con el hacinamiento carcelario

Con el propósito de contextualizar el tema objeto de estudio se realizaron siete entrevistas (ver Anexos) con las que se buscaba indagar principalmente si existe o no uso excesivo de la figura de la prisión preventiva por parte de jueces de control de garantías y fiscales en Colombia y si dicha tendencia tiene una incidencia en el fenómeno del hacinamiento carcelario del país.

Para plantear dicha hipótesis, como se ha mencionado a lo largo de este estudio, se tomó como referente el hecho de que en promedio 1 de cada 3 internos de un establecimiento carcelario en Colombia, se encuentra en condición de sindicado, es decir, se le ha dictado por parte de un juez de control de garantías, por solicitud de la Fiscalía, medida de aseguramiento de detención privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

Los entrevistados de la Fiscalía General de la Nación y el juez de garantías de otra ciudad dejan entrever una negativa para aceptar como cierta dicha hipótesis y ello bajo el argumento de que la aplicación de esta medida se hace conforme a los límites que establece la Constitución y la ley, especialmente en virtud de proteger a la comunidad, proteger a las víctimas, proteger las evidencias y proteger la comparecencia de los imputados al proceso; argumentan además que si bien la misma Constitución garantiza el derecho a la libertad de todas las personas, este es un derecho que encuentra límites en la misma Carta Política y en la ley, por lo que no se trata de un derecho absoluto. No obstante, la postura de los abogados defensores, públicos y contractuales, como el

Juez de conocimiento de esta ciudad, son contestes en afirmar lo contrario a los Fiscales, es decir, que existe abierta intervención de las medidas de detención preventiva en exceso y la crisis carcelaria en esta ciudad y en el país en general, pero además, que son muchos los factores que influyen directa e indirectamente en la solicitud y en la imposición de las medidas de aseguramiento intramurales en Colombia.

En lo que sí coinciden los entrevistados es en el argumento en virtud del cual, para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario es fundamental una adecuada valoración de los criterios que establece el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal en el marco de un juicio de ponderación frente al derecho a la libertad personal de los individuos.

Sin embargo, se observa en algunas respuestas de los entrevistados que a través del legislador sería posible introducir modificaciones a la aplicación de la prisión preventiva de detención intramural, ya que esta sería la única alternativa para que se deje de hacer uso de esta figura, lo cual incidiría en la reducción de los altos índices de hacinamiento carcelario que hay en Colombia; a su vez, ven viable las diferentes propuestas que se han realizado por parte de Naciones Unidas frente al uso de la medida, especialmente en lo que respecta a la reducción de la prisión preventiva previa a la acusación y la derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas.

8. CONCLUSIONES

En primer lugar, y como premisa represiva de este trabajo de investigación, no podemos dejar pasar por alto la desidia, la negligencia y la falta de colaboración de los Jueces de Control de Garantías de esta ciudad, de muchos de ellos, no de todos, para responder los interrogantes semiestructurados breves que utilizamos a fin contribuir a la comunidad científica penal en materia de medidas de aseguramiento intramural y la crisis carcelaria en Colombia.

En Colombia se hace necesario que los Jueces de control de garantías, y en este sentido los Fiscales, no vean en la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión como la última ratio a la cual se deba recurrir para asegurar la comparecencia de un sindicado a un proceso.

Es importante que se valoren adecuadamente los diferentes criterios que determinan la peligrosidad de un presunto delincuente, ya que debido a que se realiza una interpretación literal de dichos criterios contenidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, es de donde se hace un uso excesivo de la prisión preventiva en establecimiento de reclusión en Colombia, lo cual da lugar a que se incrementen los niveles de hacinamiento carcelario.

Es necesario que se reconozcan claramente los límites constitucionales y legales de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios; estos límites le imponen al juez de control de garantías unos claros referentes para poder determinar si un individuo reviste un riesgo una grado tal de peligrosidad que amerite su detención intramural;

sin embargo, mientras que se siga contando en Colombia con unos criterios de valoración fundados en una política criminal basada en elementos peligrosistas, es poco probable que se deje de hacer uso de este tipo de medidas.

Uno de los principales hallazgos identificados en el desarrollo de esta investigación, tiene que ver con la diferencia de criterios en torno a la hipótesis según la cual en Colombia se da un uso excesivo de la prisión preventiva en establecimiento de reclusión; aunque este fenómeno es claramente reconocible en vista de los índices de hacinamiento que se presenta hoy en día en las cárceles colombianas, en donde uno de cada tres reclusos se encuentra en calidad de sindicado, los diferentes operadores jurídicos que participaron en la presente investigación respondiendo las entrevistas manifiestan, en términos generales, que el aparato judicial colombiano hace un uso razonable de esta medida, posición que también contrasta y se aleja de las posturas de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), organismo que sostiene que efectivamente existe un uso excesivo de la prisión preventiva, especialmente en países latinoamericanos; sin embargo, es de destacar la unanimidad que existe frente a la necesidad de recurrir a estrategias para la reducción de los niveles de hacinamiento carcelaria basadas tanto en la disminución de la prisión preventiva previa a la acusación, así como la derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas.

Lo anterior evidencia y ratifica que el problema del hacinamiento carcelario en Colombia no sólo radica en el uso excesivo de la prisión preventiva, sino también en otra serie de factores como la falta de infraestructura carcelaria, la falta de recursos físicos y humanos del sistema judicial, los altos niveles de delincuencia, lo cual es un problema de carácter social y cultural, la falta de

cumplimiento de la finalidad de la pena y de las medidas de seguridad y la falta de implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos que descongestionen el aparato judicial.

Como se indicó a lo largo de este escrito, en Colombia se ha considerado la detención preventiva, no como una pena, ni como un anticipo de la misma, sino como una medida procesal que procura alcanzar unas finalidades y es responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso, la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse; impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual con las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la investigación; finalidades que quedaron plasmadas en el Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, es perentorio que en Colombia se acojan las estrategias y propuestas formuladas por Naciones Unidas en procura de hacer un uso racional de la figura de la prisión preventiva con miras a reducir a su vez los índices de hacinamiento carcelario; esto le exige al legislador colombiano repensar los alcances del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, de tal forma que se realice una promoción de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, lo que también implica capacitar a jueces y fiscales para que piensen en una justicia alejada de una inclinación resultadista y que busque una justicia garantista y alternativa que no vea en la sanción penal de restricción de la libertad en establecimiento carcelario la única alternativa que procura la legislación penal.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1987). *Teoría de los derechos fundamentales*. México: Universidad Autónoma de México.
- Arenas, L. & Cerezo, A. (2016). Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. *Revista Criminalidad*, 58(2), 175-195.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1886). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Leyer.
- Balcázar N., P., González A., N., Gurrola P., G., & Moysen C., A. (2015). *Investigación cualitativa*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Borrero B., F. (2010). Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia. *Justicia*, (18), 50-58.
- Casas F., L. (2011). *La detención domiciliaria en el marco de los principios que rigen las medidas de aseguramiento*. Recuperado de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1732/1596>

Castro M., G. (2017). *El hacinamiento en Colombia. ¿Una situación perpetua?* Bogotá: Universidad Santo Tomas.

Cifuentes, E. (2001). Declaración del Defensor del Pueblo con ocasión del día nacional de los Derechos Humanos y de la semana por la paz. *Justicia y Desarrollo: Debates*, (15), 88-89.

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José de Costa Rica: Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32).

Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá: IX Conferencia Internacional Americana.

Congreso de la República. (1968). *Ley 74, por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966"*. Bogotá: Diario Oficial No. 32.682 del 30 de diciembre de 1968.

Congreso de la República. (1993). *Ley 65, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*. Bogotá: Diario Oficial No. 40.999 del 20 de agosto de 1993.

Congreso de la República. (2000). *Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.

Congreso de la República. (2003). *Acto Legislativo 02, por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo*. Bogotá: Diario Oficial No. 45.406 del 19 de diciembre de 2003.

Congreso de la República. (2004). *Ley 906, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial No. 45.658 del 1 de septiembre de 2004.

Congreso de la República. (2015). *Ley 1760, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad*. Bogotá: Diario Oficial No. 49.565 del 6 de julio de 2015.

Congreso de la República. (2016). *Ley 1786, por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015*. Bogotá: Diario Oficial No. 49.921 del 1 de julio de 2016.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-487*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-301*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-024*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-397*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-153*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-634*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia T-256*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-774*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-1024*. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1154*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-176*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-318*. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-195*. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-762*. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-469*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (2018). *Sentencia C-048*. Magistrada Sustanciadora: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2002). *Auto del 17 de enero. Rad. 17.392*.
Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll.

Cruz B., L. (2012). Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 33(95), 69-100.

Defensoría del Pueblo. (2012). *Informe 101: Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*. Recuperado de http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_115.pdf

Defensoría del Pueblo. (2017). Defensor del Pueblo pide cierre inmediato de la cárcel de Bellavista, en Antioquia. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/5991/Defensor-del-Pueblo-pide-cierre->

inmediato-de-la-cárcel-de-Bellavista-en-Antioquia-Inpec-Defensoría-Bellavista-Defensor-del-Pueblo.htm

Durán G., D. (2006). *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

EFE. (2018). *El abuso de la prisión preventiva provoca hacinamiento en las cárceles paraguayas*. Recuperado de <https://www.efe.com/efe/cono-sur/sociedad/el-abuso-de-la-prision-preventiva-provoca-hacinamiento-en-las-carceles-paraguayas/50000760-3809899>

EFE. (2019). *El abuso de la prisión preventiva origina hacinamiento en cárceles de México*. Recuperado de <https://www.efe.com/efe/america/mexico/el-abuso-de-la-prision-preventiva-origina-hacinamiento-en-carceles-mexico/50000545-3973714>

Fiscalía General de la Nación. (2009). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá: FGN.

García J., W. (2011). *La detención preventiva en el Sistema Penal Acusatorio colombiano y los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Libre.

Hernández S., R., Fernández C., C., & Baptista L., P. (2010). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.

INPEC. (2019). *Tablero de control*. Recuperado de <http://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>

Londoño B., H. (2003). La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. *Nuevo Foro Penal*, (65), 189-270.

Murillo E., L. (2011). *El hacinamiento en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Medellín –Cárcel Bellavista-, un fenómeno que vulnera los derechos fundamentales de los reclusos*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Ocampo L., J. (2011). *La proporcionalidad como método de aplicación del derecho en la imposición de medidas de aseguramiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2014). *Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones*. Nueva York: Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Ospina L., G. (2015). *La inconstitucionalidad de la detención preventiva*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Personería de Medellín. (2009). *Vulneración de los Derechos Humanos por el hacinamiento en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario Bellavista*. Medellín: Personería de Medellín.

Pinzón L., A. (2016). Detención preventiva y debido proceso en Colombia: un estudio crítico. *Revista Derecho Penal*, (57), 5-48.

Sandoval L., R. (2015). La negación del principio de la libertad personal en Colombia. *Revista Derecho Penal y Criminología*, (38), 95-115.

Soler, S. (1957). *Ley, historia y libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sorza C., F. (2015). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos. *RAI: Revista Análisis Internacional*, 6(2), 39-66.

ANEXOS**Anexo A. Modelo de ficha bibliográfica**

| | |
|---|--------------------------------------|
| IDENTIFICACIÓN DEL TEXTO: | |
| ELABORÓ: | |
| PALABRAS CLAVE: | RESUMEN O EXTRACTO DEL TEXTO: |
| OBSERVACIONES Y/O COMENTARIOS: | |

Anexo B. Formato de consentimiento informado

Medellín, XX de septiembre de 2019.

Yo, _____, con documento de identidad _____, doy fe que he sido informado(a) con total claridad respecto el ejercicio académico realizado para la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA, por parte de los estudiantes JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA y DANIELA TOBÓN CORREA. Permito que me realicen la entrevista para el ejercicio académico de la tesis de manera libre y voluntaria, soy conocedor(a) de la posibilidad de retirarme de la misma en el momento que estime conveniente sin necesidad de justificación previa. Reconozco que la finalidad de esta es netamente académica y tiene como objetivo analizar los alcances de los criterios de valoración de las circunstancias de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia mediante un análisis jurídico-doctrinal que procure la comparación de los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento.

Cordialmente,

Cargo

Contacto

Anexo C. Formato de entrevista

La presente entrevista se realiza en el marco de la investigación titulada “LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA Y LA PROBLEMÁTICA DEL HACINAMIENTO” desarrollada por DANIELA TOBÓN CORREA y JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA, estudiantes de último año de derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, asesorados por el Doctor Jesús Adelmo Campo Machado. La finalidad de esta es netamente académica y tiene como objetivo analizar los alcances de los criterios de valoración de las circunstancias de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia mediante un análisis jurídico-doctrinal que procure la comparación de los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento.

| | |
|--------------------------------|--|
| Nombre del entrevistado | |
| Profesión/cargo | |
| Título profesional | |
| Fecha de la entrevista | |
| Entrevistador | |

1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?
3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?
4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?
5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?
6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?
7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?
8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?
9. ¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?

10. Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?

Anexo D. Entrevista 1

| | |
|--------------------------------|----------------------------------|
| Nombre del entrevistado | Adriana Villegas Arango |
| Profesión/cargo | Directora de Fiscalía |
| Título profesional | Abogada |
| Fecha de la entrevista | 17/09/19 |
| Entrevistador | Juan Camilo Taborda Carrasquilla |

1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?

Con respecto a los límites constitucionales, están las garantías y derechos fundamentales de los individuos, siendo sólo posible limitarlas para proteger uno o varios de los cuatro fines constitucionales que consagra la norma: i. protección a la comunidad, ii. protección a la víctima, iii. protección a la evidencia y iv. protección de la comparecencia del imputado al proceso. Y en cuanto a los límites legales, i. que exista inferencia razonable de autoría, ii. que la medida sea necesaria de para proteger uno o varios de los fines constitucionales descritos en el ítem anterior y iii. que sea proporcional, necesaria, es decir que no haya una menos restrictiva que permita proteger el fin constitucional seleccionado, y que sea proporcional en sentido estricto (test de proporcionalidad).

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?

En primer término, el juez debe considerar la gravedad y modalidad de la conducta, lo que implica que el fiscal entregue al juez los argumentos que fundamentan cada una de estas condiciones. Para la gravedad por ejemplo, debe verificar el bien jurídico tutelado que se afectó con la conducta, los extremos punitivos, si el delito imputado es agravado o calificado, si fue cometido por una sola persona o en coautoría, si son conductas que por política criminal han tenido modificaciones en las penas para agravarlas (porte ilegal de armas o violencia intrafamiliar). En cuanto a la modalidad, debe considerar si la conducta fue cometida con dolo, culpa o preterintención. Adicionalmente, debe valorar cada uno de los numerales del artículo 310, de tal forma que si uno o varios de ellos se presentan en el individuo, su comportamiento debe tenerse en cuenta al momento de decidir sobre la imposición o no de la medida respectiva.

3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?

Considero que algunos jueces han malinterpretado la norma, pues plantean que si no coinciden todos los numerales descritos, entonces no se cumplen los requisitos para proteger el fin de protección a la comunidad, lo que significaría que un delincuente primario, por grave que sea el delito que cometió (una masacre por ejemplo), no se le cumpliría el requisito para imponer una medida intramural.

4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?

Que el número no es directamente proporcional a la calidad de delitos y de infractores de la norma penal que existen. A veces, se decide en virtud a la falta de espacios para “alojar” a los detenidos, provocando un número significativo de libertades, lo que se traduce en un permanente riesgo a la seguridad ciudadana sin control efectivo, a pesar del esfuerzo realizado por las autoridades para conjurar el daño.

5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?

Si la lectura es exclusivamente de número, pareciera que sí, pero si se revisa el caso a caso, lo que se podría evidenciar es un exceso de libertades o de medidas domiciliarias a individuos reincidentes o de alta peligrosidad que no se les da el tratamiento penitenciario que realmente requieren.

6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?

El hacinamiento carcelario, en gran medida, se debe a que a pesar del crecimiento demográfico de la población hemos permanecido con el mismo número de centros de reclusión de hace treinta años, cuando el número de la población era mucho menor y las formas de delincuencia no había alcanzado las cifras que ahora tiene.

7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?

Dependiendo de la conducta delictiva existen opciones que permitirían satisfacer de manera más eficiente los derechos de las víctimas a verdad, justicia y reparación. Figuras como el principio de oportunidad permiten imponer una serie de obligaciones al infractor que permiten sancionar al individuo y aplicar una forma diferente de justicia.

8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Se podría flexibilizar la aplicación del principio de oportunidad y aplicar en un mayor número de casos las obligaciones descritas en el artículo 326.

9. ¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?

En delitos menores se podría optar por otras medidas que resulten efectivas y, en consecuencia, el tratamiento intramural se reservaría sólo para individuos que cometan faltas de mayor gravedad. Esto necesariamente reduciría el número de personas privadas de la libertad en centros carcelarios.

10. Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?

La número 3. Esa es la expresión de la autocomposición del conflicto. La posibilidad de aplicar formas alternativas de justicia, donde víctima y victimario contribuyan a superar las consecuencias de las conductas delictivas.

Anexo E. Entrevista 2

| | |
|--------------------------------|--|
| Nombre del entrevistado | Ángela María Bedoya Vargas |
| Profesión/cargo | Directora Seccional Fiscalías de Antioquia |
| Título profesional | Abogada |
| Fecha de la entrevista | Septiembre 17 de 2019 |
| Entrevistador | Daniela Tobón Correa |

1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?

El Título II de la Constitución Nacional consagra los Derechos, las Garantías y los deberes de los ciudadanos; en su Art. 13, predica que todas las personas naces libres e iguales ante la Ley y recibirán de las autoridades protección de las autoridades. Y el artículo 28, dispone que toda persona es libre y nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades de ley y por motivo previamente definido en la Ley, o conforme lo indica el artículo 32 ibídem por ser sorprendido en flagrante delito. Ya el artículo 29 consagra la presunción de inocencia, para definir que toda persona se presume inocente, mientras no se haya declarado judicialmente culpable.

Legalmente, el artículo 295 del C. P. Penal reafirma el derecho a la libertad, **LA REGLA GENERAL ES EL DISFRUTE DE LA LIBERTAD** mientras se es investigado, pero la regla general a disfrutar de esa libertad tiene unas excepciones y se puede restringir siempre y cuando sea: **NECESARIA** (para proteger un bien constitucional de mayor valor), **ADECUADA** (que es

esa medida y no otra la eficaz para proteger el derecho Constitucional) PROPORCIONAL Y RAZONABLE (frente al daño ocasionado y el equilibrio del disfrute de la libertad). Lo que quiere decir es que el sujeto agente del delito podrá ser privado con detención preventiva, siempre y cuando se cumplan unos requisitos fundamentales, conforme a los artículos 295, 296 y sgtes del C. de P. Penal.

Y podrá ser una medida de aseguramiento en centro carcelario, siempre y cuando la medida se torne NECESARIA, ADECUADA, PROPORCIONAL Y RAZONABLE, para entrar a proteger unos fines (de rango Constitucional y por ende de interés general que priman sobre el interés particular o derecho del investigado a estar en libertad):

1. Evitar la obstrucción a la justicia.
2. Asegurar la comparecencia del imputado al proceso.
3. La protección de la comunidad y de las víctimas.
4. Para el cumplimiento de la pena.

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?

Los valora con relación al daño causado, la naturaleza, la gravedad y lo impactante para la comunidad; el número de delitos y lo reincidente en la comisión de delitos, situaciones que llevan al Juez a pensar que si esa persona queda en libertad, siendo proclive al delito y la gravedad del hecho que se le imputa, **OBVIAMENTE LA CIUDADANÍA CORRA UN RIESGO MAYOR PORQUE ESTA PERSONA PUEDE COMETER OTRO DELITO IGUAL DE GRAVE Y**

AÚN MAYOR, lo que lleva al Juez a decir que debe proteger a la ciudadanía del actuar de estas personas.

3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?

No, porque son criterios muy claros y son muy exigentes, donde además tendrá que valorarse si es NECESARIA, ADECUADA, PROPORCIONAL Y RAZONABLE, conforme a los art. 295 y 296 del C. de P. Penal.

4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?

La situación del país está muy compleja, Antioquia tiene una incidencia delictiva bastante compleja, se divide en siete regiones, las de mayor afectación Bajo Cauca (allí hay incidencia del Clan del Golfo, Caparros, ELN, disidencias de las FARC, y delincuencia común). La criminalidad es bastante compleja y razones como la judicialización por delitos de Concierto para delinquir con fines de homicidio, narcotráfico, extorsión, nos llevan a concluir en un 99% que las personas no se van a presentar a la judicialización y que además representan un peligro para la comunidad, pues los delitos son tan atroces que no hay forma de pedir una medida menos invasiva que la de detención en centro carcelario, para asegurar la comparecencia al proceso y sobre todo para proteger a la ciudadanía de que estos hechos tan graves se sigan presentando.

El tema carcelario es el mayor obstáculo con el que se cuenta en las judicializaciones porque no ha habido un compromiso de Estado que permita una capacidad carcelaria digna y que cumpla con uno de los fines más importantes que es la resocialización de los actores del delito.

5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?

No. Lo que pasa es que la criminalidad ha avanzado, la Fiscalía se posiciona cada vez más como una Institución fuerte y comprometida y el Estado se ha queda corto en ampliar, mejorar y solucionar el tema carcelario. No podemos hablar de exceso, todo está controlado por los Jueces de Control de Garantías y la Fiscalía se atiene y respeta sus decisiones.

6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?

No, es claro que los señores jueces están para realizar el control a las solicitudes de detención preventiva de la Fiscalía; también es claro que hay una súper población carcelaria, pero el problema es que si crece la delincuencia, crecen las medidas, pero si no crecen las cárceles, cada vez el hacinamiento será mayor.

Para concluir, podemos decir, que las investigaciones son más contundentes porque hacemos frente a grandes organizaciones criminales que indefectiblemente la única solicitud de medida será la carcelaria y no otra, por el riesgo que representan para la comunidad. Son grandes redes dedicadas a concertarse con fines muy lucrativos, donde hacemos operativos para dar captura a veinte, treinta o más personas de una misma organización.

7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?

Ello dependiendo de delito; son muchas las medidas en el domicilio que se otorgan, dependen que la persona tenga un arraigo y que tengamos información de que no va a evadir el proceso o que no va a obstruir las pruebas, que no tengan antecedentes, en fin. Es eficaz.

Hay otra de presentaciones, vigilancia electrónica o vigilancia por otra persona, en fin las enlista el art. 307 del C. de P. Penal, y ellas serán eficaces para delitos menores, pero cuando hablamos de criminalidad organizada, solo resulta eficaz la intramural, pues es sabido que los mecanismos electrónicos ya son objeto de vulneración para evadirlos. Ni siquiera la prisión domiciliaria es eficaz en muchos casos porque la mayoría de las personas la evaden y muchos de ellos nuevamente judicializados o recapturados.

8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Si se reduce la criminalidad organizada es posible, ello aportaría a un mejor País. Es un tema de oportunidades para la sociedad, si no hay oportunidades pues el camino de la delincuencia es una opción.

9. ¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?

Si, claro siempre y cuando la criminalidad sea no la compleja que maneja este Departamento. Puede pensarse para unos delitos diferentes a aquellos que son de gran acogida por el Crimen Organizado.

10. Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?

Sería la 1, la reducción de la prisión preventiva previa a la acusación en casos de menor impacto y de poca monta y aquel que pueda tratarse por un sistema alternativo de solución de conflictos, como es el caso de la violencia intrafamiliar, las lesiones personales de mínima afectación a la integridad, la injuria, la calumnia, la omisión de agente retenedor, en fin.

Anexo F. Entrevista 3

| | |
|--------------------------------|--------------------------------------|
| Nombre del entrevistado | Claudia Victoria Carrasquilla Minami |
| Profesión/cargo | Delegada para la Seguridad Ciudadana |
| Título profesional | Especialista en Procesal Penal |
| Fecha de la entrevista | Septiembre 17 de 2019 |
| Entrevistador | Daniela Tobón Correa |

1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?

Los límites se encuentran establecidos en las mismas normas procesales, cuando le exige a la Fiscalía General de la Nación, una valoración de ciertos requisitos para solicitar al Juez la imposición de una medida de aseguramiento en Centro Carcelario, los cuales a su vez son ponderados por el Juez de Control de Garantías o Juez Constitucional quien determina como Juez Constitucional si se cumplieron con los requisitos mínimos de inferencia razonable de autoría.

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?

A través del test de ponderación que hace de los requisitos de dicha norma, con base en los elementos que presente la Fiscalía General de la Nación para sustentar la procedencia de la medida de aseguramiento en centro de reclusión, con los cuales deberá sustentarse la gravedad de la conducta y la modalidad de la misma, valorando aspectos como la continuación de la actividad de

delictiva, el número de delitos que se están imputando, el hecho de estar acusado, o con otra medida de aseguramiento, entre otros, que permitan establecer que requiere de una medida privativa para garantizar, la comparecencia al proceso, que no siga afectando a la comunidad con dicha conducta delictiva.

3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?

Cuando no se hace una valoración adecuada y ajustada a la realidad procesal, se abstiene el Juez de imponer dicha medida, afectando la investigación y los fines de la medida de aseguramiento.

4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?

Corresponde al espíritu de la norma procesal, donde se pretendía obtener una medida preventiva en la indagación, cuando el delito así lo requiera y cuando las circunstancias en que ocurrieron los hechos, amerita e la imposición de una medida de aseguramiento.

5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?

No, porque hay delitos y conductas que requieren un tratamiento preventivo de medida de aseguramiento.

6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?

No, el hacinamiento en las cárceles obedece a un sistema carcelario obsoleto y a un sistema procesal penal colapsado, que no permite agilidad en el avance procesal.

7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?

Medidas alternativas para delitos menores, que no requieran tratamiento preventivo en centro de reclusión, que por su poca afectación a la sociedad, pueda cumplirse en su residencia, con trabajo social y de resarcimiento a la comunidad.

8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Si, es posible desde que el legislador, opte para modificar las normas procesales, proponiendo medidas alternativas menos drásticas, las cuáles generarían más situaciones de impunidad, en razón a la reincidencia de las conductas delictivas.

9. ¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?

No, ya que el hacinamiento se da en razón de lo obsoleto de los sistemas carcelarios y procesales.

10. Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?

La número tres, en razón que existen conductas, que no requieren medida de aseguramiento, ni considerarse como un delito.

Anexo G. Entrevista 4

| | |
|--------------------------------|----------------------------------|
| Nombre del entrevistado | Carlos Alberto Calvache Maigual |
| Profesión/cargo | Juez |
| Título profesional | Abogado |
| Fecha de la entrevista | Septiembre 17 de 2019 |
| Entrevistador | Juan Camilo Taborda Carrasquilla |

1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?

La imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario tiene como soporte constitucional, lo previsto en el numeral 1° del artículo 250 de la Constitución Política, a través del cual, no sólo se faculta a la Fiscalía General de la Nación de la persecución y ejercicio de la acción penal, sino que también se le dota del deber de requerir ante los Jueces de Control de Garantías, todas aquellas medidas que se consideren necesarias para asegurar que los imputados comparezcan al proceso penal, se logre la conservación de la prueba y se posibilite la protección de la comunidad, especialmente, de las víctimas.

De ese modo, a pesar que el artículo 28 de la Carta Política ha establecido como un derecho de rango fundamental el de la libertad que amerita su irrestricto respeto en las voces del artículo 2° del C. de P. Penal, se trata de un derecho que no es absoluto ni perenne y que por ende, puede ser objeto de restricción cuando se cumpla cualquiera de las excepciones a esa regla general y su limitación resulte necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del

implicado al proceso y el cumplimiento de la pena, y se busque proteger a la comunidad; siempre y cuando su aplicación resulte necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales; como así lo prevé los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004.

Esos fines y juicios de proporcionalidad que hacen necesaria y urgente la aplicación de una medida de aseguramiento carcelaria, son los que precisamente regula el artículo 308 del C. de P. Penal, exigiendo no sólo la satisfacción de un presupuesto subjetivo derivado de la inferencia razonable de autoría o participación de aquel frente a quien se solicita la medida cautelar respecto de la conducta delictiva que se le endilga, sino también que la medida resulte imperiosa para la satisfacción de un fin constitucional, entre ellos, la salvaguarda de la seguridad de la sociedad o de la víctima (numeral 2°); desarrollado en los artículos 310 y 311 de esa misma codificación.

Así entonces, son esa serie de normas previstas en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Penal, las que se constituyen como referentes normativos para la aplicación de una medida de aseguramiento de tipo carcelario, pues de cumplirse los mismos, facultan al Juez para imponerla en aplicación del principio de gradualidad y del juicio de proporcionalidad.

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?

Los criterios previstos en los numerales 1° a 7° del C. de P. Penal, son valorados por el Juez con Función de Control de Garantías de manera irrestricta, pues la presencia de los mismos representa un factor ineludible que permite establecer que aquel frente a quien se solicita una medida de

aseguramiento en la modalidad domiciliaria o intramural, representa un latente riesgo o amenaza futura para la seguridad de la comunidad.

La acreditación de una cualquiera de esas circunstancias, más es análisis relativo a la gravedad que representa el comportamiento delictivo para la sociedad, la naturaleza de la acción, la pena eventualmente imponible, la modalidad o forma en que se ejecutó la acción delictiva, son las pautas que permiten al Juez determinar la necesidad y urgencia de imponer una medida totalmente invasiva del derecho a la libertad como lo es la carcelaria.

3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?

Considero que en la mayoría de casos no se abusa de la interpretación que se hace acerca de los factores regulados en el artículo 310, para estructurar el peligro futuro que puede representar un ciudadano. Se trata de circunstancias que deben estar presentes en el caso concreto que se analiza y su demostración en la mayoría de los eventos se satisface de acuerdo a la valoración de los hechos que rodean el asunto o con la presentación de medios suasorios que la evidencien, por lo que no es posible concluir que pueda suscitarse el abuso que se refiere.

Al margen de lo dicho, ha de indicarse que tal vez el criterio que mayor dificultad representa en el estudio del peligro futuro del imputado, es el inserto en el numeral 1º, puesto que el mismo goza de un amplio margen de subjetividad, aunque para su configuración de todos modos deben estar presentes aspectos ligados al caso que permitan estructurarlos.

- 4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?**

Estimo que se trata de una gran proporción de personas que se encuentran privadas de su derecho a la libertad bajo una medida de aseguramiento, pero infortunadamente como Jueces nos vemos sometidos y obligados a proferir ese tipo de medidas afectivas de tan valioso derecho fundamental al encontrar cumplidos los presupuestos y exigencias que reclama el ordenamiento jurídico al que debemos someternos por administradores de Justicia y al encontrar un pronóstico desfavorable frente al presunto autor del hecho en la ponderación de los supuestos fácticos de cada caso en particular con los fines de esa medida aflictiva.

- 5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?**

En mi parecer, no considero que exista un uso excesivo de la aplicación de medidas de tipo carcelario, porque como ya lo expliqué, en cada caso particular que se somete a valoración, se hace necesario el análisis de las distintas exigencias que implican su imposición, teniendo especial consideración con las circunstancias modales que rodean cada hecho, pues indudablemente esos supuestos determinan por cuál de las medidas se debe optar, siendo necesario además que los Jueces de Control de Garantías tengan en cuenta también todos los derechos, garantías y deberes que la misma Carta Política ha establecido a favor de la sociedad para lograr un orden justo y una convivencia pacífica.

6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?

La imposición de una medida de aseguramiento preventiva en centro carcelario obedece a la satisfacción de unos presupuestos normativos, de allí que si aumenta el índice de criminalidad por cualquier tipo de situación y por ende, la cantidad de investigaciones penales, lógico es que se acreciente el número de personas afectadas con ese tipo de medidas. Por lo anterior, lógico resulta que si aumentan las detenciones preventivas eso necesariamente influye sobre el fenómeno de hacinamiento.

7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?

Si bien el ordenamiento procesal penal ha establecido además de las medidas privativas de la libertad otra serie de mecanismos o alternativas no privativas de la libertad, en la práctica su aplicación puede conllevar a que se susciten una serie de situaciones que harían nugatorio el cumplimiento del fin o fines que se buscan proteger.

Desafortunadamente, cuando se impone una medida preventiva en la modalidad domiciliaria, en muchos casos no es cumplida esa medida por quien se ve beneficiado con la misma, incumpliendo su obligación de permanecer en el lugar que señaló y demostrando ante la comunidad el total irrespeto por una decisión judicial, situación que provoca un mensaje negativo en la sociedad y que auspicia que otras personas quebranten la Ley al creer que puede evadirse la acción de la justicia.

Eso mismo sucede respecto de las medidas no privativas, la mayoría de ellas constitutivas de obligaciones y prohibiciones que no son suficientes para cumplir con los fines que en un momento dado se pretender proteger.

De acuerdo a ello, estimo que en el ordenamiento jurídico no hay otras alternativas que sean lo suficientemente idóneas o eficaces para la finalidad que se busca salvaguardar.

8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Considero que sería posible la reducción de la aplicación de la medida carcelaria si se realiza una modificación al Código de Procedimiento Penal, especialmente aquella disposición que determina el quantum punitivo que hace procedente su imposición o si se determina que frente a unas determinadas conductas punibles o bajo unas específicas circunstancias no resulte posible imponerla.

9. ¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?

Claro que sí, porque al limitarse la aplicación de la medida carcelaria, obviamente se disminuye el número de personas privadas de su libertad

10. Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción

de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?

Creo que la propuesta más apropiada que permitiría reducir los niveles de hacinamiento carcelario es la No. 1, porque solo aplicaría la medida preventiva en aquellos casos en que se hayan agotado actos de investigación que permitan establecer que la persona que se investiga tiene un alto compromiso o responsabilidad frente a un hecho específico que se le atribuye, al punto que si no se logra establecer ese margen de probabilidad no sea necesaria la medida.

Formato de entrevista

La presente entrevista se realiza en el marco de la investigación titulada “LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA Y LA PROBLEMÁTICA DEL HACINAMIENTO” desarrollada por DANIELA TOBÓN CORREA y JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA, estudiantes de decimo semestre de derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. La finalidad de esta es netamente académica y tiene como objetivo analizar los alcances de los criterios de valoración de las circunstancias de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia mediante un análisis jurídico-doctrinal que procure la comparación de los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento.

| | |
|--------------------------------|--|
| Nombre del entrevistado | ANDRÉS FELIPE ARANGO GIRALDO |
| Profesión/cargo | DOCENTE/ ABOGADO LITIGANTE/ DEFENSOR PÚBLICO |
| Título profesional | ABOGADO |
| Fecha de la entrevista | Noviembre 18 de 2019 |
| Entrevistador | DANIELA TOBON CORREA |

1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?

Los establece el artículo 250 de la CP, en concordancia con el artículo 28 de la misma carta. Legalmente se ampara en los contenidos de los artículos 2, 20, 177, 295, 296, 306 a 319, 450, 451 y 452 del CPP. Básicamente los límites son la existencia de inferencia razonable de autoría o participación soportada en elementos de prueba, que impliquen la procedencia objetiva de una medida de aseguramiento (Art. 313) y el agotamiento de los fines constitucionales de la misma: Garantía de comparecencia al proceso y sentencia, no obstrucción de la prueba, peligro para la víctima y peligro para la comunidad. Este último de textura genérica y abierta.

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?

Muchos de ellos son de textura subjetiva, como lo es la gravedad y modalidad del comportamiento, la naturaleza del delito y el daño causado. Otros elementos del artículo 310 son de textura objetiva, pero en sí mismo implican un juicio subjetivo de peligro, basado en la conducta imputada. Depende de la orientación filosófica del Juez de garantías si le da un valor exacerbado a estos fines o si los morigera en tratándose de un juicio de peligro abstracto, pero, en todo caso, los criterios normativos de dicha consideración no son de compleja argumentación para el fiscal y para la construcción del Juez.

3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?

Con frecuencia así es. Una de las razones de este uso abusivo del peligro para la comunidad como fin de la medida de aseguramiento es que no se requiere de mayores soportes probatorios para su justificación, pues, en la mayoría de eventos, dicha finalidad se justifica en la misma imputación delictiva.

4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?

Soy del criterio de que la privación preventiva de la libertad debe obedecer a motivos de suma urgencia, de lo cual puede deducirse que, no siempre estoy en desacuerdo con ella, pero en otras oportunidades si existe un abuso extremo de dicha medida. Lo ideal es que solo fuese privado de la libertad quien fuese oído y vencido en juicio, a excepción de aquellos que en razón a la extrema urgencia de la privación de la libertad, deber serlo, de manera cautelar y transitoria, bajo el menor plazo posible.

5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?

Sí. De hecho, en un estudio realizado recientemente se estableció que en efecto, en las Américas, se hace un uso excesivo de la prisión preventiva. Esto a mi juicio obedece a varios factores, entre

ellos, la normativa que invita a hacer de la excepción la regla y de otro lado la cultura jurídica de nuestros operadores.

6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?

Evidentemente. Basta preguntarse si realmente todas las personas que en este momento se encuentran privadas de la libertad: ¿inexorablemente deben estarlo? Creo firmemente que no debe ser así, y por ello dicha privación injustificada de la libertad, contribuye con importancia a dicho hacinamiento.

7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?

La ley permite la aplicación de medidas no privativas de la libertad, siendo las privativas un último recurso. El Juez puede aplicar una o varias de esas medidas buscando el cumplimiento de ellos fines de la medida de aseguramiento. Seguramente el uso adecuado de estas contribuiría enormemente en la solución del problema.

8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Sí, la historia lo enseñó en 2005-2007, pero la implementación de un sistema marcadamente garantista dio lugar a la aplicación de las reformas de 2007 en adelante (ley 1142) que desdibujó el panorama. Sin embargo, con voluntad política y jurídica puede hacerse un uso más adecuado de la herramienta.

9. **¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?**

Sí, siempre que se den garantías alternativas al fenómeno, pues nada se hace con los extremos. Ambos son dañinos. Insisto en que no reniego de la aplicación de la medida en todos los casos, ella debe ser aplicada bajo estrictos criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

10. **Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?**

¡Todas ellas!, de hecho en Colombia se procuró la aplicación de la cuarta de las propuestas (ley 1760) pero rápidamente se contrarrestó con la ley 1786. Realmente la figura de la prisión preventiva debe ajustarse, reducirse y adecuarse a la realidad del país, para que de esta manera cumpla su verdadera naturaleza de último recurso.

Formato de entrevista

La presente entrevista se realiza en el marco de la investigación titulada “LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA Y LA PROBLEMÁTICA DEL HACINAMIENTO” desarrollada por DANIELA TOBÓN CORREA y JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA, estudiantes de decimo semestre de derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. La finalidad de esta es netamente académica y tiene como objetivo analizar los alcances de los criterios de valoración de las circunstancias de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia mediante un análisis jurídico-doctrinal que procure la comparación de los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento.

| | |
|--------------------------------|----------------------------------|
| Nombre del entrevistado | GABRIEL JAIME SALAZAR GIRALDO |
| Profesión/cargo | JUEZ |
| Título profesional | ABOGADO |
| Fecha de la entrevista | Noviembre 18 de 2019 |
| Entrevistador | JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA |

- 1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?**

Desde la constitución política, los límites de la detención preventiva están señalados en el artículo 29 y 250, es decir, la medida es preventiva y para preservar la presunción de inocencia hasta que el fallo esté en firme, pues antes de esta situación la prisión no puede ser definitiva una privación de libertad. Y en ese lapso, se deben mantener vigentes los fines, evitar obstrucción de justicia, proteger comunidad, lograr comparecencia a proceso o cumplir la pena.

En un ámbito legal, los límites para aplicar este tipo de medida están señalados en los artículos 306 y s.s. C.P.P., En esencia, es indispensable la urgencia o inmediatez para cumplir el fin constitucional, la inferencia razonable acerca de la existencia del delito y la autoría o participación en el imputado, la verificación de alguno de los fines constitucionales y la necesidad que no sea otra medida distinta a la privativa de libertad, en este aspecto es necesario acreditar que las no privativas de libertad son insuficientes para garantizar aquellos fines. Además, el límite de razonabilidad, pues si el delito una vez se obtenga sentencia admite subrogados o pena sustitutiva, la privación de libertad carcelaria es irrazonable.

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?

Esta valoración hace parte de la autonomía e independencia judicial con la que los jueces definen un caso, es decir, no existe criterio que se les pueda imponer para valorar esos criterios de forma determinada. Lo que sí existe es una base de argumentación a partir de su existencia y verificación, para que expresamente señalen cuál es el valor que le otorgan de cara al fin constitucional de la medida. En otras palabras, esos criterios del artículo 310, son bases de argumentación para decidir

si el fin se cumple o no en el caso concreto, y con base en estos se establece la necesidad de la medida

3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?

No existe abuso, se pueden presentar ópticas distintas de un caso, pero para ese efecto está el juez, quien determina cómo infiere el criterio, que valor le otorga y que efecto tiene en la decisión. Todo con miras a que la decisión sea controlable por medio del recurso o por medio de la acción de tutela.

4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?

Es simple, tenemos una visión equivocada de la presunción de inocencia, los fines de y necesidad de la medida de aseguramiento y los tiempos de duración de la detención preventiva, además el proceso penal pasó a ser un proceso espectáculo y mediático donde se gana o pierde para las partes con la captura o con la imposición o no de medida de aseguramiento carcelaria. Mientras que se continúe en esa óptica contraria a la constitución nunca se va a disminuir el nivel de población en detención preventiva, sin fallo en firme, con respecto a aquellos que ya están condenados y son población penitenciaria, conforme a la ley 65 de 1993. Y esto es particularmente grave, pues sin fallo en firme el ciudadano privado de la libertad, no tiene un régimen penitenciario que le garantice trabajo, estudio o enseñanza, pues no está cumpliendo

pena y en ese sentido, es un tiempo muerto para la persona y un elevado y riesgoso gasto para el Estado, pues si el ciudadano finalmente es absuelto en alguna instancia o casación aquel tiempo de detención no fue con miras a su reinserción o resocialización, sino simplemente para vigilarlo. Por eso es tan importante, seguir con el estudio y políticas legislativas tendientes a la limitación constitucional y legal de la detención preventiva.

5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?

Sin ninguna duda, sí.

6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?

En Colombia es una relación necesaria. Claro que existen otros fenómenos legislativos que aportan a esa grave crisis.

7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?

Las medidas de aseguramiento no privativas de libertad, con un eficiente control judicial periódico, puede aportar a disminuir aquellas cifras.

8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Están dadas todas las condiciones constitucionales y legales para lograrlo, basta tomar un poco más en serio lo que es el proceso penal y la garantía de inocencia. También el hecho que no se ordene captura o imponga medida de aseguramiento no puede significar para la población ni para la institución responsable de la acción penal que existe impunidad, o que el caso se ha perdido, queda todo un proceso con sus instancias para desvirtuar la presunción de inocencia, única forma legítima que hemos encontrado y regulado en la constitución para que definitivamente alguien pierda su libertad o sus bienes.

9. ¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?

Si.

10. Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?

Todas son viables y aplicables en Colombia, un poco más de voluntad legislativa, que lo hizo muy bien con la ley 1760 de 2015 y 1786 de 2016, pero falta más que todo voluntad judicial a nivel de Fiscalía y jueces para lograrlo, eliminando viejas barreras de lo que es la detención preventiva.

Formato de entrevista

La presente entrevista se realiza en el marco de la investigación titulada “LA IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA Y LA PROBLEMÁTICA DEL HACINAMIENTO” desarrollada por DANIELA TOBÓN CORREA y JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA, estudiantes de decimo semestre de derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. La finalidad de esta es netamente académica y tiene como objetivo analizar los alcances de los criterios de valoración de las circunstancias de la peligrosidad del presunto infractor para la imposición de la prisión preventiva en Colombia mediante un análisis jurídico-doctrinal que procure la comparación de los efectos de esta medida frente a la problemática del hacinamiento.

| | |
|--------------------------------|----------------------------------|
| Nombre del entrevistado | JOSÉ ABAD ZULETA CANO |
| Profesión/cargo | ABOGADO LITIGANTE |
| Título profesional | ABOGADO |
| Fecha de la entrevista | Noviembre 18 de 2019 |
| Entrevistador | JUAN CAMILO TABORDA CARRASQUILLA |

- 1. ¿Cuáles son los límites constitucionales y legales para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos carcelarios?**

Prevale el derecho a la libertad, se presume la inocencia y la medida de aseguramiento es excepcional. No se debe privar de la libertad para investigar, se debe investigar para privar de libertad.

2. ¿Cómo valora el juez los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal para determinar la imposición de una medida de prisión preventiva en establecimiento de reclusión?

Generalmente la valoración es sesgada: 1.-) No se ha entendido el contenido del artículo 306; 2.-) Se realiza una valoración dependiente de los pronunciamientos de los medios de comunicación; 3.-) Se presume la peligrosidad sin tener en cuenta inexistencia de medios de conocimiento para la sustentación de la urgencia y la necesidad de la misma.

3. ¿Cree que en algunos casos se abusa de la interpretación de los criterios establecidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal?

En algunos casos, no, ¡Siempre

4. En Colombia hay una población carcelaria de 124.495 reclusos, de los cuales 39.912, es decir, una tercera parte tienen medida de prisión preventiva. ¿Qué opinión tiene usted ante esas cifras?

Son el reflejo de los planteamientos anteriores

5. ¿Considera que en Colombia se hace un uso excesivo de la medida de prisión preventiva?

Absolutamente. No se ha entendido el carácter preventivo de la misma, ni los principios universales de prevalencia del derecho a la libertad y menos los de presunción de inocencia y de dignidad humana; en Colombia prevales la presunción de responsabilidad, pago anticipado de penas y no entiende lo que significa dignidad humana.

6. ¿Cree que existe una relación entre el uso excesivo de la figura de la prisión preventiva y el fenómeno del hacinamiento carcelario?

Totalmente, dado que además los entes del Estado sub-textualmente consideran que la pena debe ser una manifestación de venganza social frente a los que cometen delitos, derecho penal del enemigo, y no se mira la pena como una manifestación de prevención general o particular y menos en el contexto de la resocialización y reintegración social.

7. ¿Qué otras alternativas se le pueden ofrecer a un ciudadano diferentes a la prisión preventiva y que resulten eficaces?

Respetar los principios, solamente.

8. ¿Es posible que en Colombia se reduzca la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Imposible: 1.-) Los jueces generalmente son empleados debiendo favores; 2.-) La presión para seguir en el puesto de quienes los ponen allí es la de respuesta social al creer que privando de la libertad se envía un buen mensaje a la sociedad; 3.-) La mayoría de servidores públicos en el aula dicen una cosa y en sus funciones hacen otra.

- 9. ¿Considera que la reducción de la aplicación de la prisión preventiva en Colombia puede constituirse en una medida idónea para disminuir los niveles de hacinamiento carcelario?**

Obvio

- 10. Naciones Unidas propone cuatro estrategias para reducir los niveles de hacinamiento carcelario: 1. Reducción de la prisión preventiva previa a la acusación; 2. Reducción de la prisión preventiva posterior a la acusación; 3. Derivación de casos específicos por fuera del sistema judicial a un proceso alternativo de resolución de disputas; y 4. Reducción de la duración de la prisión preventiva. ¿Cuál de esas propuestas resultaría viable, según su criterio, para aplicar en Colombia?**

De ser posible, ¡todas!