



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Información básica del proyecto

Mediante el siguiente cuadro usted deberá ingresar la información básica del proyecto

| | |
|--|--|
| Nombre del curso | Seminario de Investigación III y IV |
| Título del proyecto | AFECCIÓN AL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL EN AUDIENCIAS PRELIMINARES MEDIANTE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. |
| Nombre del investigador o de los investigadores | EMÉRITO CÓRDOBA BUENAÑOS GUSTAVO GIRALDO GIRALDO JOHN ALEXANDER MACHADO LOAIZA ELKIN ERY ORTEGÓN OSORIO |
| Fecha de inicio del proyecto | Semestre 2016-2 |
| Fecha de entrega del informe final | 23 de noviembre de 2017 |
| Ciudad/país | Medellín, Colombia |

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como fin analizar cómo se afecta el principio de libertad personal en la audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, toda vez que es en esta instancia donde se puede restringir el principio de libertad. Para ello, se llevó a cabo un estudio con enfoque mixto (cualitativo y cuantitativo) y con alcance exploratorio, empleando fuentes primarias, tomando una muestra de 50 audios de audiencias preliminares de juzgados de la ciudad de Medellín, y secundarias, como son sentencias de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional a nivel nacional; sentencias de la jurisprudencia de la Corte IDH y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; así como el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) y documentos teóricos.

Como conclusiones, en primer lugar, los señores jueces de control de garantías que participaron dentro del desarrollo de las 50 audiencias analizadas tuvieron una constante en hacer uso de la causal peligro para la comunidad (art. 310, Ley 906 de 2004) de manera subjetiva en la mayoría de sus decisiones, sin expresar claramente por qué los ciudadanos representaban un peligro para la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

comunidad, dejando un vacío en cuanto a lo que significa verdaderamente ser un peligro para la comunidad.

En segundo lugar, es posible afirmar que, según las 50 audiencias analizadas en el contexto medellinense, sí se afecta el principio de libertad en las audiencias preliminares de una manera mayoritaria, porque los jueces de control de garantías, en su motivación final para imposición de medida de aseguramiento no realizan de manera clara el test de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad que la Constitución Política y la Ley exigen.

En tercer lugar, dentro de otros criterios subjetivos que se han analizado, según las audiencias preliminares, se pudo establecer que algunos jueces afirmaron que la medida preventiva de la libertad que se impone en las audiencias preliminares no alude a la responsabilidad penal del procesado ni tampoco desdibuja el principio de inocencia, indicando que estas medidas restrictivas de la libertad, en su mayoría, no se dan por factores objetivos, sino subjetivos de política criminal del Estado, reconociendo que los jueces en muchas providencias abandonan los principios constitucionales, tomando criterios extraprocesales para tomar sus decisiones.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Cumplimiento de los objetivos

Establezca el grado de cumplimiento de los objetivos y la explicación sobre el mismo.

| Objetivo general | Analizar cómo se afecta el principio de libertad personal en las audiencias de solicitud de imposición de medida de aseguramiento. | %cumplimiento Indique de 1 a 100% el grado de cumplimiento | Observaciones Incluya la información necesaria que indique cómo se cumplió el objetivo o los objetivos |
|------------------------------|---|--|--|
| Objetivo específico 1 | Estudiar el contexto y marco de aplicación del principio de libertad en la audiencia de solicitud de imposición de las medidas de aseguramiento en relación con las causales subjetivas. | 100% | Falta enriquecer el texto de más fuentes hasta agotar la literatura disponible. |
| Objetivo específico 2 | Realizar un muestreo cuantitativo y cualitativo de algunas audiencias de solicitud de imposición de medida de aseguramiento realizadas en Medellín. | 100% | Faltan más materiales de audio para aumentar la muestra de audiencias preliminares. |
| Objetivo específico 3 | Analizar cualitativamente la argumentación del juez en la solución de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento en las audiencias seleccionadas. | 100% | Faltan más materiales de audio para aumentar los análisis de cómo se afecta el principio de libertad personal en las audiencias preliminares. |

Ejecución del cronograma

Relacione las actividades ejecutadas para el cumplimiento de los objetivos.

| Actividades | Objetivo relacionado | Fecha de ejecución |
|--|---|---------------------------|
| a. Indagar fuentes de todo tipo (leyes, sentencias, artículos de investigación, trabajos de fin de grado, etc.) para agotar el marco teórico relacionado con la medida de aseguramiento y su afectación al principio de libertad. b. Organizar las fuentes encontradas, según las investigaciones que ya hayan trabajado este tipo de temas, los conceptos a definir y las discusiones que se han llevado a cabo en torno a la medida de aseguramiento en Colombia. c. Realizar un marco teórico que profundice en los aspectos correspondientes al tema de investigación. | Estudiar el contexto y marco de aplicación del principio de libertad en la audiencia de solicitud de imposición de las medidas de aseguramiento. | Julio de 2017 |
| d. Rastrear audiencias preliminares de los últimos años y hacer trabajo de campo a fin de conseguir 50 audiencias que puedan analizarse. e. Categorizar las audiencias escuchadas según tipo de delito, medida de aseguramiento impuesta y | Realizar un muestreo cuantitativo y cualitativo de algunas audiencias de solicitud de imposición de medida de aseguramiento realizadas en Medellín | Agosto de 2017 |



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

| | | |
|---|--|-----------------|
| causal aplicada. f. Seleccionar las medidas de aseguramiento mayor y menor impuestas en el total de audiencias, así como la mayor y menor causal aplicada. | | |
| g. Analizar a la luz de la teoría expuesta y de los resultados de los muestreos cuantitativos y cualitativos de las audiencias la argumentación del juez en la solución de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento. h. Hacer uso de criterios de ponderación, de proporcionalidad, teóricos y legales para profundizar en dicho análisis. | Analizar cualitativamente la argumentación del juez en la solución de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento en las audiencias seleccionadas. | Octubre de 2017 |

Lista de anexos

Anexo. Monografía de grado para optar por el Título de Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito.

Título. AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL EN AUDIENCIAS PRELIMINARES MEDIANTE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

Anexo. Monografía



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL EN AUDIENCIAS
PRELIMINARES MEDIANTE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

EMÉRITO CÓRDOBA BUENAÑOS
GUSTAVO GIRALDO GIRALDO
JOHN ALEXANDER MACHADO LOAIZA
ELKIN ERY ORTEGÓN OSORIO

Tutores

Fabio Iván Rey Navas
Yennesit Palacios Valencia



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 8 |
| 2. CONTEXTO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD EN AUDIENCIAS PRELIMINARES | 12 |
| 2.1. Actualidad sobre el principio de libertad y la medida de aseguramiento en las audiencias preliminares | 13 |
| 2.2. Situación de la medida de aseguramiento en el sistema de protección del derecho a la libertad | 20 |
| 2.2.1. <i>La medida de aseguramiento en las altas cortes (CIDH, CSJ, CC)</i> | 20 |
| 2.2.2. <i>Otros análisis de la medida de aseguramiento en algunas ciudades de Colombia</i> | 25 |
| 2.3. Medida de aseguramiento y sus causales – Análisis de lo subjetivo de las medidas de aseguramiento | 32 |
| 2.3.1. <i>Obstrucción a la justicia</i> | 33 |
| 2.3.2. <i>Peligro para la comunidad</i> | 36 |
| 2.3.3. <i>Peligro para la víctima</i> | 38 |
| 2.3.4. <i>No comparecencia al proceso</i> | 39 |
| 2.3.5. <i>Principios para la restricción preventiva y excepcional de la libertad</i> | 40 |
| 2.3.6. <i>Estructura de la proporcionalidad</i> | 42 |
| 2.3.7. <i>Problemas derivados de la prisión preventiva</i> | 43 |
| 3. ANÁLISIS CUANTITATIVO Y CUALITATIVO DE LAS MUESTRAS DE AUDIENCIAS PRELIMINARES | 44 |
| 3.1. Resultados de las audiencias preliminares analizadas | 44 |
| 3.1.1. <i>Análisis cuantitativo y cualitativo de las audiencias preliminares</i> | 44 |
| 3.1.1.1. Cuantitativo | 44 |
| 3.1.1.2. Cualitativo | 49 |
| 3.1.1.3. Cómo se afecta el principio de libertad | 51 |



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

| | |
|--|----|
| 4. ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ EN LA SOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO MEDIANTE LOS ESTÁNDARES DE ANÁLISIS | 56 |
| 4.1. Perspectiva general | 56 |
| 4.2. Algunos casos particulares analizados en las audiencias preliminares | 59 |
| 5. CONCLUSIONES | 61 |
| BIBLIOGRAFÍA | 65 |



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito

Informe final de investigación

1. INTRODUCCIÓN

Considerando la necesidad de continuar adelantando investigaciones académicas en temas del procedimiento acusatorio que permitan afianzar la información para mejorar la capacitación a los actores del sistema¹, el presente trabajo de investigación se propone como objetivo analizar cómo se afecta principio de libertad personal en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, mediante la descripción de la tensión entre principio de libertad y los peligros de las causales subjetivas descritas en la medida de aseguramiento en las audiencias preliminares.

Para lograr este propósito, es necesario, en primer lugar, presentar la metodología a partir del desarrollo de cada objetivo específico.

Se pretende inicialmente estudiar el contexto y marco de aplicación del principio de libertad en este tipo de audiencias (objetivo específico uno), para lo cual fue determinante la lectura y citación de fuentes secundarias como lo son leyes, artículos de investigación, libros, trabajos de fin de grado (grados, especializaciones y maestrías) y demás documentos que permiten profundizar en estos temas. Entre ellos, se cuenta, principalmente, con la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que operó como base legal para la contextualización de la medida de aseguramiento, sus características y condicionamientos². Asimismo, se ponderan sentencias de la Corte Constitucional, la Directiva 13 de la Fiscalía General de la Nación e investigaciones académicas de los últimos cinco y seis años que amplían el marco de discusión de cómo se solicita esta medida en Colombia y qué tanto afecta la libertad del imputado.

¹ VANEGAS, Piedad. Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio. 1 ed. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación, 2007. 128 p. ISBN 978-958-8374-01-7. p. 5; BEDOYA, Luis. La Argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio. 1 ed. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación, 2007. 150 p. ISBN 978-958-8374-00-0. p. 5.

² Ley 906 de 2004. Título II, Capítulo III, en el cual se contempla todo el articulado correspondiente a las medidas de aseguramiento como lo son las privativas y no privativas de la libertad (art. 307) y sus correspondientes requisitos (art. 308): “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”.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

En segundo lugar, fue imprescindible apoyarse en un muestreo cuantitativo y cualitativo de algunas audiencias de solicitud de imposición de medida de aseguramiento realizadas en Medellín en los últimos tres años (objetivo específico dos) para la construcción de un aporte práctico, resultante de la exploración y conocimiento de una parte de la realidad medellinense mediante la obtención de información de las decisiones que adoptan los jueces de control de garantías para fundamentar la privación de la libertad a una persona en las audiencias preliminares.

El muestreo consistió en 50 audiencias clasificadas según criterios como tipo de delito, medidas de aseguramiento y causales impuestas por el juez de control de garantías (obstrucción de la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y no comparecencia, contempladas de los arts. 309-312). Se trata, entonces, de audiencias preliminares sobre las causales mencionadas y seleccionadas a conveniencia, en consideración que la Oficina de Servicios Judiciales facilita la información de forma genérica por años, sin otro subtema específico (ver Anexo 1).

En tercer lugar, se consideró importante analizar cualitativamente la argumentación de los Jueces de Control de Garantías en la solución de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento en las audiencias seleccionadas (objetivo específico tres). Para el desarrollo de dicho objetivo, se consideraron varios estándares de análisis que sirvieron para dar cuenta de cómo se afecta el principio de libertad en las audiencias preliminares mediante la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

Como primer estándar está el uso de criterios de ponderación contemplados en la Ley 906 de 2004 y Directiva 13, como lo son la privación o restricción de la libertad si su aplicación es “necesaria, adecuada, proporcional y razonable” (art. 295 C.P.P.). El segundo estándar comprende los elementos probatorios (causal subjetiva) que en las audiencias hayan sido usados para argumentar e imponer determinada medida de aseguramiento. Entre estos elementos pueden estar entrevistas, testimonios, evidencias, etc. Como tercer estándar, se consideran todos aquellos aportes teóricos y legales con los cuales pueda analizarse la medida de aseguramiento y su



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

afectación o no a la libertad. Para ello, interviene documentación disponible como lo son la Directiva 13, sentencias de la Corte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros. Para el registro de datos de estos tres estándares (criterios de ponderación, causales subjetivas y aportes teóricos y legales) usados o no por el juez en las medidas de aseguramiento se creó un fichaje especial (ver Anexo 2).

De todo esto se puede afirmar que la metodología empleada para realizar el trabajo investigativo fue de enfoque mixto (cualitativo y cuantitativo) con alcance exploratorio, debido a que este tipo de estudios se orienta a fenómenos poco estudiados³, y también fue fenomenológico. En este sentido, luego de realizar una revisión bibliográfica, aunque sí hay estudios relacionados en ciudades como Bogotá, Cali y Tunja (véase apartado 2.2.3), no parecen haber profusos estudios en la ciudad de Medellín en torno a temas como la afectación al principio de libertad a partir de la medida de aseguramiento.

Para el desarrollo de los objetivos de investigación, primero se escucharon las audiencias y se determinaron por medio de fichas los aspectos más relevantes en torno a qué medidas de aseguramiento y causales imponen el juez, buscando rasgos generales para luego presentar cuantitativamente las cifras más destacadas, según porcentajes establecidos por medio de gráficas. Del panorama que plantearon estos porcentajes se hizo el análisis cualitativo, donde se expone cómo se argumentan las medidas de aseguramiento en las audiencias preliminares y se presentan casos concretos de las audiencias destacadas, ya sea por su vulneración al principio de libertad o por ser un ejemplo claro de cómo debe argumentarse y ponderarse una medida de aseguramiento para justificarla como excepción y prevención y no como regla. Por lo tanto, el análisis cualitativo de las audiencias se trató de una muestra aleatoria por los delitos que se consideran más relevantes por el número de personas que se encuentran privadas de libertad en instituciones carcelarias⁴.

³ HERNÁNDEZ, Roberto, FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar. Metodología de la investigación. 5 ed. México D.F.: McGRAW-HILL, 2010. p. 79.

⁴ En este caso, hurto, porte de arma de fuego, violencia intrafamiliar, homicidio, tráfico de estupefacientes, entre otros.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2. CONTEXTO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD EN AUDIENCIAS PRELIMINARES

El área a trabajar es el derecho de procedimiento penal y público, específicamente el derecho constitucional colombiano, en lo relacionado con mecanismos de protección a la libertad personal como principio, especialmente la no privación de la libertad de las personas, desde las audiencias preliminares en los procesos penales.

Para tratar derechos fundamentales, se considera necesario definir algunos conceptos relacionados con el principio de libertad y luego realizar un estudio teórico y práctico de varias definiciones en lo relativo a la medida de aseguramiento, desde varios puntos de vista y específicamente desde lo jurídico.

A continuación, se presentan los conceptos y teorías que bajo el cobijo Constitucional y legal contemplan las definiciones a tenerse en cuenta para los análisis cuantitativo y cualitativo que se llevaron a cabo, considerando que la realidad a analizar mediante las audiencias preliminares debe cotejarse con el marco legal y documentación especializada en los temas del derecho penal. Para este caso, es fundamental el uso de documentación como la Ley 906 de 2004, que es la base para discutir sobre temas como el principio de libertad, las medidas de aseguramiento, sus clases y sus causales, y los principios para la restricción preventiva y excepcional de la libertad. Asimismo, entran en juego otros documentos elaborados por la Fiscalía General de la Nación que también desarrollan discusiones teóricas al respecto, entre ellos, la Directiva 13 de 28 de julio de 2016. Finalmente, se consideran documentos internacionales para tal fin.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2.1. Actualidad sobre el principio de libertad y la medida de aseguramiento en las audiencias preliminares

La Libertad es un “concepto abstracto de difícil definición; en principio, está vinculada a la facultad que posee todo ser vivo para llevar a cabo una acción de acuerdo a su propia voluntad”⁵. El Diccionario de la Real Academia define la *libertad* como la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y no obra, por lo que es responsable de sus actos” [...] “Estado del que no está preso” [...] “Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres”⁶.

Galvis señala que antiguamente los griegos, creadores de la democracia, afirmaban que los dos principios fundamentales del sistema político eran la libertad y la igualdad. Más tarde, en la era de hoy, durante la independencia de los Estados Unidos y la revolución francesa estas sociedades ratificaron su importancia. Enfatiza el autor que durante los siglos XIX y XX, la libertad y la igualdad fueron programas bandera de todas las democracias y que se fortalecieron con la declaración universal de los derechos humanos. Finaliza Galvis que todas las Constituciones fueron consagrando estos derechos y convirtiéndolos en fundamentales⁷.

El artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza textualmente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁸. Esta plantea en su artículo 3° que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”⁹ y que

⁵ DEFINICION.DE. Definición de Libertad. Disponible en <<https://definicion.de/libertad/>>

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Tomo II, 23a ed. Bogotá: Espasa Libros y Planeta, 2014. p. 1670.

⁷ GALVIS, Gustavo. Libertad e igualdad. En: Vanguardia.com. Bogotá D.C. 27, junio, 2014. col.

⁸ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). París, 1948. Resolución 217 A (III). p. 1-63. Artículo 3, p. 8.

⁹ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit., Artículo 3, p. 8.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

“nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni arrestado o desterrado” (art. 9). De igual manera, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos lo resalta de la siguiente manera: “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”¹⁰. Sumado a lo anterior, el artículo 1° de la Constitución Política de Colombia dice textualmente: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. De igual manera, el Pacto de San José, también llamado Convención Americana de los Derechos Humanos, prescribe en sus artículos 7° y 8° que:

ARTÍCULO 7.- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales [...]

ARTÍCULO 8.- GARANTIAS JUDICIALES. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías: a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d)

¹⁰ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16, diciembre, 1966). 1966. Resolución 2200 A (XXI). Artículo 9.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presente en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

No obstante, en la legislación colombiana, a pesar que se avanzó con la constitución de 1991 y la ley 906 del 2004, se ha retrocedido enormemente en el tema de la privación de la libertad de las personas, ya que el sistema de justicia en Colombia se convirtió en un sistema tarifado. De hecho, en conversaciones con funcionarios judiciales, se ha comprobado que se les exige a los jueves y fiscales un sinnúmero de órdenes de captura y medidas restrictivas de la libertad para poder evaluar su trabajo como funcionarios; esto, teniendo en cuenta la implementación del sistema estadístico dentro de la rama judicial, donde se le exige al funcionario cumplir con unas metas, entre ellas, la justificación de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, en el caso de la Fiscalía, y la consecuente imposición por parte del juez.

Respecto a las medidas de aseguramiento y su relación con las reglas de sujeción, debe tenerse en cuenta que dentro del análisis que debe realizarse previo a decretar la detención preventiva, no sólo es necesario observar que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que adicionalmente se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la imposición de la misma, como quiera que es una medida de carácter altamente gravoso e invasivo de la libertad de las personas,. Se itera entonces que los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir de manera concomitante con los mandatos constitucionales, habida cuenta de que deben ajustarse en un todo a lo preceptuado para el efecto por la Carta fundamental. Es claro entonces que si la detención preventiva se impone sin tener en cuenta los



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles, la misma deriva en arbitraria e irracional. Tal y como lo afirma la Sentencia C-774 de 2001,

En desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad o de dos indicios graves de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso¹¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el debido proceso es el conjunto de garantías judiciales, procedimientos y etapas que se le deben garantizar desde el punto de vista sustantivo, adjetivo y probatorio a quien está siendo investigado o juzgado, consagrado en el ordenamiento jurídico en el artículo 29 de la Carta Política y en materia penal desarrollado en la ley 906 de 2004 en sus artículos 7° y 8°, puede concluirse, sin temor a equivocaciones, que estos preceptos normativos se vienen cumpliendo de una manera parcial en las audiencias preliminares, habida cuenta de que en las mismas tiene una especial preponderancia el criterio subjetivo del juez que las preside.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “(...) la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador (...)”¹²

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774. (25, julio, 2001). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417, 418 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 354 a 367 de la Ley 600 de 2.000. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., 2001. p. 11.

¹² *Ibíd.*, p. 50.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

A pesar de que es innegable que se han logrado esfuerzos en la producción legislativa que, desde la Constitución Política ha introducido importantes cambios en el sistema penal acusatorio, ello no necesariamente ha conducido a que se acrecienten el respeto y las garantías a los derechos fundamentales, sino que, al contrario, con mucha frecuencia se ha generado “un retroceso en los derechos y principios fundamentales y en el respeto al debido proceso. Pareciera que a la ley 906 de 2004 le ha venido sucediendo lo mismo que a la Constitución de 1991: una vez promulgada empezó a ser modificada en un sentido negativo [...]”¹³. Estas modificaciones han devenido en las actuaciones de los jueces y fiscales, en el sentido de que:

Con los nuevos desarrollos legislativos de la conservación de la libertad y la presunción de inocencia, de las personas en Colombia, dos pilares esenciales del debido proceso, se ha pasado a la privación de la libertad, buscándose sea la regla general, cuando debería ser excepción; y la presunción de inocencia ha venido siendo reemplazada por la presunción de culpabilidad. La Fiscalía ha perdido la *synderesis* en sus actuaciones como ente acusador y los jueces de garantías en muchos casos se comportan como meros convidados de piedra, desvirtuando su función en la preservación de los derechos fundamentales¹⁴.

Y es que ante el aumento de la criminalidad por el agravamiento de la situación social con el consecuente aumento del desempleo y el deterioro de la calidad de vida de los colombianos, la respuesta del Estado, concretamente a través de las ramas ejecutiva y legislativa ha sido acudir al populismo legislativo, consistente en que mediante las instituciones penales se ha reformado en múltiples ocasiones el código sustantivo penal, creando en dichas reformas nuevas conductas punibles que antes no eran consideradas y ahora sí lo son, tales como contravenciones de las que conocían los inspectores de policía, jueces de familia, comisarios de familia e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como, por ejemplo, desorden doméstico, el cual está contemplado en la Ordenanza departamental 018 de 2002, inasistencia alimentaria que ante era considerada como infracciones en materia de familia y debido a los incrementos normativos desmesurados realizados por el legislador, en la actualidad, son considerados como delitos con el

¹³ CAMARGO, Eduardo. El debido proceso en el sistema penal colombiano: el alcance de la Ley 906 de 2004. En: Revista Republicana. Enero-Junio 2010, no. 8., p. 16

¹⁴ *Ibíd.*, p. 16.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

agravante que el mismo legislador los incluyó en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000, que prohíbe la concesión de subrogados penales para las personas procesadas por este tipo de delitos.

En efecto, en Colombia es frecuente la vulneración en forma sistemática del principio de la libertad de las personas por parte de los organismos del Estado, debido a la política transitoria e inestable adoptada por el poder ejecutivo, tendiente a contrarrestar los fenómenos de criminalidad que afloran en la sociedad y que suele emplear el poder judicial para cumplir con esos fines. En este sentido, se restringe el derecho de la libertad a las personas desde las audiencias preliminares, solo para satisfacer el querer del poder ejecutivo en esos hechos.

Es evidente que en Colombia poco se hace para fortalecer el principio de libertad de las personas, solo basta con observar las últimas leyes expedidas por el poder legislativo a solicitud del poder ejecutivo, todas estas prolongando la privación de la libertad de las personas por parte del Estado por términos de un año o superior, según lo indica la ley 1876 de 2017 (artículo 1°, parágrafos 2 y 3), sin haberle resuelto su situación jurídica.

A esto se añade que el principio de libertad ha perdido el papel protagónico en Colombia y sigue siendo el principio más vulnerado de los indiciados- Al respecto, los jueces de control de garantías como representantes del sistema de justicia son protagonistas en el menoscabo de los derechos de las personas investigadas, puesto que contribuyen al desarrollo de una política equivocada y diseñada por los gobernantes de turno, desdibujando la independencia judicial que proclama la misma rama, de rango constitucional, dentro de sus actuaciones.

Todo lo anterior es contrario a los postulados garantistas de un Estado que se pregona como Social y democrático de Derecho. La misma Agencia Nacional reconoce que “el contenido garantista de la ley 906 de 2004 se ha venido desmontando para convertirla en carcelaria y peligrosista. Sin embargo, hay que resaltar el papel de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional, las cuales han morigerado los efectos”¹⁵.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 16.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

No es admisible que los jueces de control de garantías con el solo enunciado efectuado por el ente acusador de que un indiciado constituye un peligro para la comunidad ordene la privación de la libertad de una persona sin haber realizado el test de proporcionalidad que debe existir entre los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida y la restricción al principio de libertad que se le solicita.

Se pretende a través de este control que una autoridad competente, independiente e imparcial revise la legalidad de la privación de la libertad, lo que se cumple a medias en el Estado colombiano, ya que muchas decisiones de los jueces de control de garantías no están soportadas en el test de proporcionalidad y razonabilidad como factor objetivo, sino que muchas decisiones se fundan en factores subjetivos del funcionario sin tener elementos de convicción que avalen su decisión.

Tal y como lo afirma la Sentencia C-163 de 2008, la función del juez de control de garantías es la de servir de garante de la protección judicial de la libertad y de la efectividad y cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales de quienes participan en el proceso penal¹⁶. De igual manera, “La condición de garante del juez se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones, los cuales cobran particular relevancia cuando el juez cumple sus funciones en dos momentos: (1) cuando desarrolla la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley; y (2) cuando cumple la labor de controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene”¹⁷.

En tal sentido, este trabajo pretende llevar al conocimiento de la comunidad jurídica algunos problemas que vienen presentándose en el funcionamiento de la rama judicial, debido a su alta

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163. (20, febrero, 2008). Op. cit., p. 1.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 16.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

complejidad, lo que ha conllevado que el análisis del funcionario judicial previo a la privación de la libertad de las personas investigadas no sea lo suficientemente riguroso desde el punto de vista jurídico, lo que, en consecuencia, ha provocado una infinidad de privaciones de la libertad que finalmente han derivado en injustas, originando, de un lado, la violación sistemática al sagrado principio de la libertad personal y, del otro, la interminable cantidad de demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según cifras actualizadas de la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado¹⁸.

2.2. Situación de la medida de aseguramiento en el sistema de protección del derecho a la libertad

2.2.1. *La medida de aseguramiento en las altas cortes (CIDH, CSJ, CC)*

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo artículo 7.5 de la Convención, prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de obstaculizar la investigación judicial. Lo dicho en este artículo remite a los artículos 312 y 309 de la Ley 906 de 2004. En este sentido, en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, la CIDH concluyó:

(...) lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación *pro homine*, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho. No sólo por las razones expuestas, sino porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.¹⁹

¹⁸ AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. 1a ed. Informe sobre la actividad litigiosa de la nación, 2013. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. (30, diciembre, 2013). 2013. OEA/Ser.L/V/II. pp. 61-62.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Añadido a esto, la Sentencia C-469 de 2016 también hace una pronunciación al respecto: “En conclusión: existe una postura constante y uniforme de la CIDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que la detención preventiva sólo procede en dos supuestos relacionados con el desarrollo del proceso penal: (i) riesgo de fuga; y (ii) obstaculización de la justicia. En consecuencia, de conformidad con estos estándares internacionales, una causal soportada sobre ‘la protección de la sociedad’ resulta inadmisibles”²⁰.

Sobre el particular, son ilustrativas las conclusiones de las CIDH en el informe atrás citado, en torno a la relación que parece existir entre la pérdida de la autonomía judicial y en la proliferación de la prisión o detención preventiva. En el caso colombiano, dice la comisión que la pérdida de autonomía puede ocurrir por presiones de los medios, de las instancias penales y disciplinarias que tienen competencia para procesar a los jueces y del ejecutivo, especialmente cuando el encarcelamiento antes de la condena se propone como un factor determinante para la seguridad ciudadana.

En el presente caso, lo anterior lleva a plantear que la jurisprudencia de la CIDH, de acuerdo con la cual la detención preventiva del imputado procede para evitar que obstruya el proceso y evada la acción de la justicia, no es excluyente y, antes bien, se ve complementada con la justificación prevista en el Código y respaldada en la Constitución Política, referida a la protección de los miembros de la comunidad. Se considera, entonces, que ambas cortes están unificadas en sus criterios, toda vez que estas dos causales tan poco utilizadas en el ordenamiento jurídico, son las de mayor primacía procesal. En este sentido,

[...] los numerales 2 al 7 y el segmento del numeral 1 del artículo 310 C.P.P. demandados no son contrarios al artículo 28 C.P. sobre la libertad personal, pues esta no es absoluta y la causal para su restricción prevista en las normas demandadas encuentra pleno respaldo constitucional en el artículo 250 C.P., en el principio de prevalencia del interés general sancionado en el artículo 1 C.P. y en los

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469. (31, agosto, 2016). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 310 (parcial) de la Ley 906 de 2004, modificado por los artículos 24 de la Ley 1142 de 2007, 65 de la Ley 1453 de 2011 y 3 de la Ley 1760 de 2015. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., 2016. Apartado 5.7.1.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

finés esenciales del Estado y las autoridades de asegurar la convivencia pacífica de la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la protección de los habitantes en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades (arts. 1 y 2 C. P.).²¹

En Colombia, se toma como ejemplo los últimos acontecimientos sucedidos en material judicial, en los cuales es clara la configuración de la causal contenida en el artículo 309 y 312 del C.P.P. en unos casos específicos, entre ellos, el del exministro Andrés Felipe Arias, quien después de estar privado de su libertad logró obtener la misma, y luego de este suceso ha logrado obstruir la justicia, la no comparecencia al proceso, para lo cual utilizó la figura de solicitar asilo político en otro país con el pretexto de ser un perseguido político. Ante esto, la Providencia del Tribunal Superior de Bogotá del 26 de julio de 2011 concluyó que era necesario imponer medida preventiva de la libertad al investigado para evitar la obstrucción a la justicia y su no comparecencia al proceso²². Pero viceversa, en providencia posterior otro fallo judicial consideró que el procesado no obstruiría a la justicia y que sí comparecería al proceso²³.

Además, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-774 de 2001, refinó su propia jurisprudencia en torno a los fines de la medida de aseguramiento. Concluyó que la Constitución Política justifica la afectación de la libertad de personas amparadas por la presunción de inocencia, para fines procesales y extraprocesales, afectación que debe ser debidamente sustentada por el juez de control de garantías en su providencia sin apartarse de un verdadero control constitucional adyacente a las pruebas que se le presenten para resolver el caso concreto.

De otro lado, la CIDH ha resaltado que la medida de aseguramiento solo se justifica para proteger fines exclusivamente procesales como quiera que implique la severa afectación de los derechos de personas que no han sido oídas y vencidas en juicio. Siguiendo esta línea, es evidente, como lo ha recalcado la CIDH que solo es procedente la afectación de la libertad de una persona cuando la

²¹ *Ibíd.*

²² COLOMBIA. Providencia del Tribunal Superior de Bogotá. Medida de aseguramiento impuesta a Andrés Felipe Arias Leiva, exministro de Agricultura y Desarrollo Rural (detención preventiva intramural). Magistrado: Orlando Fierro Perdomo. Bogotá, D.C., 2011.

²³ EL TIEMPO. Andrés Felipe Arias quedó en libertad. Bogotá D.C. 14, junio, 2013.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

misma demuestre que el imputado pueda afectar exclusivamente el trámite procesal. De no ser así, se considera que los jueces de control de garantías no poseen elementos para decretar una medida tan invasiva como es la restricción a la libertad en establecimiento carcelario, porque si los fines procesales ya están finiquitados no vale la pena entonces decretar una medida contra una persona si esta no va a afectar los fines procesales que establece la CIDH y el ordenamiento jurídico.

En América Latina, se han fijado posturas más férreas frente a la protección de la libertad antes de la condena, fundamentalmente en las evidentes similitudes entre la prisión preventiva y la pena y la consecuente imposibilidad de afectar la libertad antes de la condena. Es evidente la transformación que viene surgiendo en el continente con la finalidad de proteger el derecho a la libertad, esto, debido al gran avance jurisprudencial que se ha tomado como punto de partida para desarrollar el concepto de libertad, los informes de la Comisión Interamericana que, concretamente, enfatizan que se debe hacer uso de los principios constitucionales para privar de la libertad a un ciudadano cuando este está en etapa de investigación. Es evidente también que los jueces vienen cambiando de paradigma y han abandonado los principios extraprocesales en sus decisiones, lo que significa entonces que han dado un viraje al verdadero derecho procesal, y para esto sus decisiones deben estar cimentadas en las normas constitucionales en armonía con los informes de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

En todo caso, aún bajo las interpretaciones más amplias en torno a la posibilidad de privar de la libertad a una persona amparada por la presunción de inocencia, el juez debe considerar que se trata de una medida cautelar y no de la imposición de una sanción²⁴. Ello resulta determinante, entre otras cosas, para mantener presente la obligación de limitar en la menor proporción posible los derechos de las personas que aún no han sido condenadas, pues si la finalidad de protección,

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318. (09, abril, 2008). Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, “Por la cual se reforman parcialmente las leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. Magistrado Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., 2008. p. 2.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

procesal o extraprocesalmente, puede lograrse con medidas que resulten menos gravosas para quien debe ser tratado como inocente, no se vislumbra razón que justifique la imposición de una medida tan drástica como el encarcelamiento²⁵. En síntesis, tal y como lo reconoce la sentencia C-106 de 1994, se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la detención preventiva y de las medidas de aseguramiento en general²⁶.

De igual manera, debe tenerse en cuenta lo plasmado en el artículo 28 en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, que establece que para que sea procedente una medida privativa de la libertad, la misma debe definir unos requisitos, como son mandamiento escrito por autoridad competente que cumpla con las formalidades legales y por los motivos previamente establecidos por la ley²⁷. En consecuencia, una detención preventiva caprichosa e injustificada por los fines constitucionales viola la Constitución, a pesar de que respete la regulación de la materia y las limitaciones formales y temporales²⁸.

Respecto a la contumacia establecida en el artículo 291 de la Ley 906, es posible que el juez la decrete si el indiciado es citado previamente y este no asiste ni justifica la comparecencia a la audiencia para la cual fue citado, lo que faculta al juez para su realización con la presencia de su defensor o suspender la misma y decretar la captura de la persona procesada para que comparezca ante la justicia. De no ser posible, el juez puede decretar la contumacia en contra de los intereses del procesado, nombrarle un abogado de oficio y ordenar la aprehensión del imputado. A esto se suma que:

²⁵ *Ibíd.*, p. 20.

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-106 (10, marzo, 1994). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 375 (parcial), 387 (parcial) y 388 del Decreto 2700 de 1991. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, D.C., 1994.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 (27, enero, 1994). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 56 (parcial), 57 (parcial), 62 (parcial), 64, 70 (parcial), 71 (parcial), 78, 79, 81 (parcial), 82, 84, 102 (parcial), 105 (parcial) del Decreto Ley 1355 de 1970, y los artículos 111 y 118 del Decreto Ley 522 de 1971. Magistrado Sustanciador Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., 1994.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional a que se hizo referencia en precedencia, la ausencia del imputado en el proceso penal podría ser válida si se presenta la contumacia o la declaratoria de ausencia del sindicado. Cabe precisar que el estado de inconsciencia o de enfermedad grave a que hace referencia el parágrafo acusado no encuadra en ninguna de esas dos situaciones. Claramente no se trata de un contumaz, a quién la autoridad judicial le ha notificado válidamente el requerimiento y éste no acude al proceso penal, pues en los casos previstos por la norma acusada se trata de una inasistencia por motivos de fuerza mayor o ajenos a la voluntad del indiciado que no pueden calificarse como actos de desobediencia al mandato judicial ni como incumplimiento a la obligación de comparecer. Tampoco se trata de un ausente, en los términos de la decisión judicial de vincular a una persona al proceso penal, pues esta figura sólo procede cuando se ignora el paradero del sindicado, ya porque no se encuentra en el lugar donde reside, o no se ubica en los domicilios registrados a su nombre. Por el contrario, la situación del inconsciente o del enfermo con imposibilidad de ejercicio de su defensa material, a quienes el funcionario judicial encuentra no sólo plenamente identificados, sino también perfectamente ubicados, pese a lo cual estarán ausentes del proceso por hechos no imputables a él. De hecho, una cosa es la ausencia y otra la inasistencia o no presencia del inculcado por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad y perfectamente conocidas por el Estado²⁹.

Analizado lo antes dicho, la honorable Corte Constitucional ha dicho en diferentes sentencias que los jueces constitucionales tienen el deber de garantizar la aplicación de la constitución, los tratados internacionales en la mayoría de sus actuaciones. En el caso concreto referente a la privación de la libertad de los ciudadanos es un deber del juez analizar los elementos con vocación probatoria y extraer de los mismos fundamentos lógicos que permitan identificar claramente si es necesaria la imposición de medida de aseguramiento antes de decretarla.

2.2.2. Otros análisis de la medida de aseguramiento en algunas ciudades de Colombia

Se han encontrado investigaciones académicas en Bogotá, Cali y Tunja en los recientes años que, según su temática y postura, generaron interés como aporte a la presente investigación. Entrando en materia, algunos de los estudios hallados se orientan a problematizar el nuevo sistema penal

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 (30, abril, 2008). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 4º, 18, 21, 24, 25, 26, 30 y 32 (todos parcialmente) de la Ley 1142 de 2007 “Por la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, D.C., 2008.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

acusatorio contemplado en el Código de Procedimiento Penal a partir del cuestionamiento de la medida de aseguramiento, específicamente las de carácter privativo (en especial la detención preventiva en establecimiento de reclusión), como mecanismo que afecta los derechos fundamentales, concretamente el principio de libertad.

La discusión tiene como base supuestos basados en si la medida de aseguramiento es una excepción o una regla, es decir, que de manera categórica algunos autores, en este caso de Bogotá, afirman que en Colombia hay una tendencia a presentar la medida de aseguramiento no como la última, sino como la *prima ratio* y que los principios de idoneidad, proporcionalidad, necesidad y convicción se han convertido en letra muerta³⁰. Asimismo, respecto a un estudio de la ciudad de Cali, el hecho de no ser obligatorio exhibir elementos materiales probatorios y evidencias físicas en la audiencia preliminar “hace imposible que se surta una controversia pertinente respecto a dichos medios de conocimiento, dado que, tal como se encuentra estructurado el sistema procesal penal permite que se argumente que las pruebas únicamente se surten en el juicio oral y público con la respectiva contradicción, y no en la audiencia preliminar donde se discute la medida de aseguramiento, permitiendo así que los operadores jurídicos adquieran una concepción errónea de los verdaderos fines de la medida de aseguramiento”³¹.

En cuanto al principio de libertad, es claro que bajo la medida de aseguramiento como detención preventiva, y según como se aplican los elementos jurídicos en las audiencias preliminares, se vulneran los derechos del imputado, entre otras razones, porque la Fiscalía realiza una solicitud para la imposición de medida de aseguramiento sin considerarse los requisitos presentados en el Código Penal que evitan que la medida sea irracional y desproporcionada³². Ante este panorama, uno de los estudios sugiere que los Jueces de Control de Garantías deben resolver esta tensión

³⁰ ROBAYO, Filadelfo. La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal. Tesis de Magíster en Derecho Procesal Penal. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada. 2013. p. 36.

³¹ CHICUNQUE, Wilson y CAÑAVERAL, Carmen. Medida de aseguramiento, ¿excepción o regla? Especialización en Derecho Procesal Penal y Criminalística. Santiago de Cali: Universidad San Buenaventura Cali. Facultad de Derecho, 2015. p. 28.

³² ROBAYO, Filadelfo. La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal. Tesis de Magíster en Derecho Procesal Penal. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada. 2013. p. 6.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

que se genera entre la medida de aseguramiento y el principio de libertad, dadas sus facultades de tomar la última decisión para decretar medida de aseguramiento o para no hacerlo³³. Lo anterior es necesario ante la generalidad que se presenta cuando los jueces “se enfrentan a la solicitud de una medida preventiva a lo cual generalmente finalizan decretándola, adquiriendo tendencia de eficiencia del sistema, alejado de la concepción amplia garantista de Colombia como estado de derecho”³⁴.

Finalmente, los estudios citados hasta el momento son contundentes al afirmar que se crea en la mente de los operadores jurídicos utilizar la detención preventiva en establecimiento de reclusión como único recurso, sin considerar otras modalidades igualmente viables³⁵, convirtiéndose así en lugar de excepcional, en una regla general. Además, concretamente, “ni el fiscal en el momento de pedir, ni el Juez Control de Garantías en el momento de imponer la medida de aseguramiento, ejecutan el test de proporcionalidad ni de razonabilidad”³⁶.

En otro estudio relacionado con la medida de aseguramiento en Tunja entre los años 2010 a 2012, se plantea que existe un claro abuso en Colombia de la solicitud de la medida preventiva, sobre todo si se tiene en cuenta que con el nuevo sistema penal acusatorio lo que se busca es tener múltiples medidas cautelares que resulten aplicables³⁷. Además, en concordancia con los estudios anteriores, este también es directo al expresar que “la prisión preventiva lejos de ser una medida excepcional, ha terminado por convertirse en regla de aplicación general, con lo cual se tergiversa su esencia y de paso se vulnera el derecho de presunción de inocencia”³⁸.

³³ CHICUNQUE, Wilson y CAÑAVERAL, Carmen. Op. cit., p. 27.

³⁴ *Ibíd.*, p. 27.

³⁵ *Ibíd.*, p. 28.

³⁶ ROBAYO, Filadelfo. Op. cit., p. 36.

³⁷ BARRERA, José. Pertinencia legal y jurisprudencial de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad bajo la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Tunja entre los años 2010 a 2012. Tesis de Magíster en Derecho Penal y Criminología. Bogotá, D. C.: Corporación Universidad Libre. 2016.

³⁸ *Ibíd.*, p. 66.

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Al igual que en Colombia, en México el modelo penal acusatorio presenta la misma tendencia, así como en otras partes de Latinoamérica. En el país azteca, por ejemplo, sucede que se generan altos índices de hacinamiento por causa de que una gran cantidad de personas del total de encarcelados no tiene sentencia, es decir, son legalmente inocentes, “pues hay presunción de que se es inocente hasta tanto no haya una sentencia condenatoria”³⁹. Caso contrario al de México sucede en Chile, donde sí se tienen en cuenta otras medidas que garanticen los requisitos penales, sin hacer proceder en todo momento a la prisión preventiva.

Esta situación en Colombia es igualmente drástica teniendo en cuenta que hay datos que exponen en un periodo determinado el incremento de privados de la libertad bajo el cobijo de la Ley 906 de 2004, lo que cuestiona si realmente Colombia es un Estado garantista. La Tabla 1 ilustra este panorama de incremento anual de privados de la libertad con medida de aseguramiento en Colombia:

Tabla 1. Población con medida de aseguramiento en Colombia, enero 2016.

| Entidades a cargo de la Custodia y vigilancia | Ubicación | Reclusos(as) | Participación | |
|---|--|----------------|--|--|
| | | | % con respecto al total de la población a cargo de la(s) entidad(es) | % con respecto al total de la población reclusa del país |
| INPEC | Establecimientos de reclusión (ERON) | 120.736 | 70,8% | 68,8% |
| | Domiciliaria | 45.498 | 26,7% | 25,9% |
| | Control y vigilancia electrónica | 4.244 | 2,5% | 2,4% |
| | Subtotal INPEC | 170.478 | 100,0% | 97,1% |
| OTRAS ENTIDADES | Establecimientos municipales | 3.022 | 59,2% | 1,7% |
| | Establecimientos Fuerza Pública | 2.084 | 40,8% | 1,2% |
| | Subtotal otros establecimientos | 5.106 | 100,0% | 2,9% |
| Total población reclusa país | | 175.584 | | 100,0% |

Fuente: CEDIP⁴⁰

³⁹ *Ibíd.*, p. 67.

⁴⁰ Citado por INPEC, 2016.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Se puede evidenciar claramente la superioridad en cuanto a la cantidad de personas con medida de aseguramiento intramural decretadas por los jueces de control de garantías desde las audiencias preliminares, con una cifra del 70,8%. También se observa según la Tabla 1, que la privación de la libertad en la residencia del imputado solo es de un 26,7%, evidenciándose que en la mayoría de los procesos, los jueces emiten orden de privación de la libertad a los procesados desde la audiencia de imputación, sin haber obtenido elementos que confirmen la responsabilidad penal de los procesados.

De igual manera, la Tabla 2 muestra la cantidad de personas encarceladas en las estaciones de policía del área metropolitana de Medellín, mientras que la Figura 1 muestra las cárceles y estaciones de policía con mayor cantidad de personas privadas de la libertad en forma preventiva en la misma ciudad.

Tabla 2. Estadísticas de personas reclusas en las cárceles y estaciones de policía de Medellín por orden de los Jueces de Control de Garantías en las audiencias preliminares, con medida de aseguramiento en forma preventiva

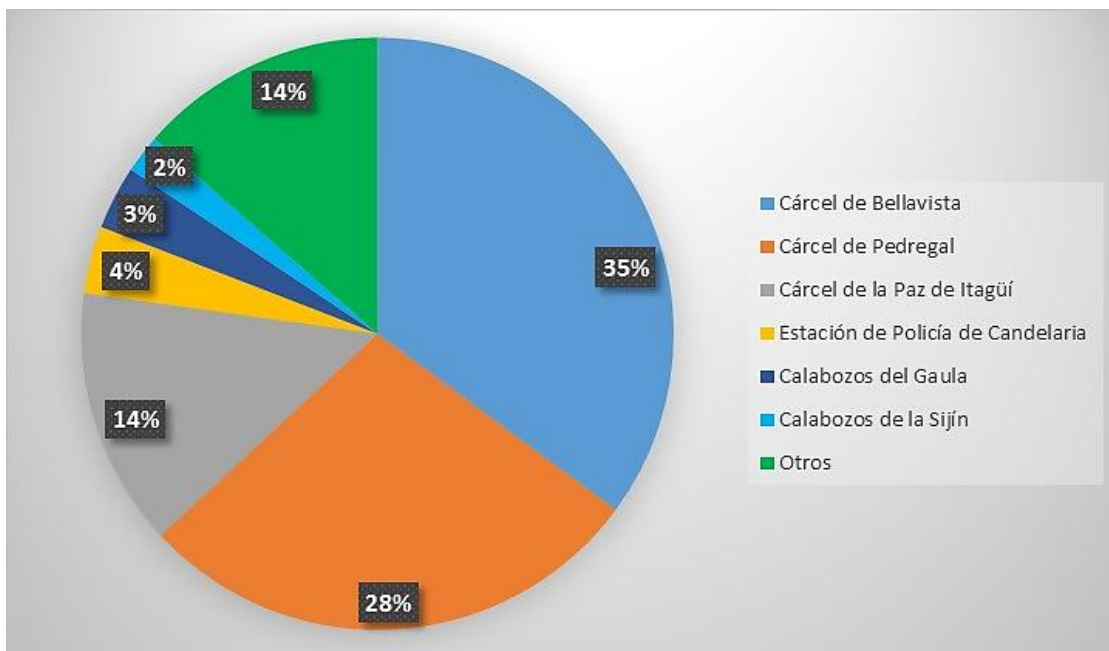
| LUGAR | CANTIDAD |
|---------------------------------------|-----------------|
| Estación de Policía de Candelaria | 233 |
| Estación de Policía del Poblado | 50 |
| Estación de Policía de San Blas | 70 |
| Estación de Policía de Carabineros | 65 |
| Estación de Policía de Laureles | 58 |
| Estación de Policía de Belén | 76 |
| Estación de Policía Santo Domingo | 51 |
| Estación de Policía Caicedo | 63 |
| Estación de policía Guadalupe | 45 |
| Calabozos de la Sijín | 132 |
| Calabozos del Gaula | 221 |
| Estación de Policía de la Comuna 13 | 83 |
| Estación de Policía del 12 de Octubre | 88 |
| Estación de Policía de Buenos Aires | 57 |
| Estación de Policía de San Cristóbal | 23 |
| Estación de Policía Los Gómez Itagüí | 49 |

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

| | |
|---------------------------------|-------|
| Estación de Policía de Envigado | 37 |
| Cárcel de Bellavista | 2.230 |
| Cárcel de Pedregal | 1.773 |
| Estación de Policía de Caldas | 46 |
| Cárcel de la Paz de Itagüí | 897 |
| Total | 6.347 |

Fuente: Elaboración propia.

Figura 1. Cárceles y estaciones de policía con mayor cantidad de personas privadas de la libertad en forma preventiva en Medellín



Fuente: Elaboración propia.

Los calabozos de la Policía en Medellín son el reflejo de la crisis carcelaria que atraviesa el país, presentando un hacinamiento del 575%.

Además, los espacios estructurales dedicados para los capturados no cuentan con mínimas garantías que permitan un ambiente amable para la integridad física de cualquier persona. Al respecto, “un capturado en Medellín, independiente de la calidad procesal (con medida de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

aseguramiento preventiva) tiene una larga estancia en las estaciones de policía antes de ingresar a una cárcel⁴¹, y es colocado disposición del centro de reclusión carcelaria.

El estudio realizado, además, muestra que la salud es crítica. “Hay alto riesgo de epidemias, como el contagio de infección tuberculosa, cuyo avance de enfermedad se encuentra en diferentes fases sin tratamiento ni posibilidad de aislamiento⁴²”.

El caso más grave es en la estación La Candelaria (centro), donde en una celda que mide 164 metros cuadrados hay 233 internos, cuando la capacidad máxima es de 40, A cada interno le corresponde un espacio de habitabilidad de 35 centímetros cuadrados en cada celda, lo cual se flexibiliza con el uso del pasillo como albergue, brindando un área de habitabilidad mayor de 71 centímetros cuadrados o menos⁴³.

La investigación realizada nos indica que los calabozos de la policía se convirtieron en bodegas humanas, donde no hay ninguna consideración con los detenidos. “Está bien que ellos cometieron un error y que respondan ante la justicia, pero tienen derechos, pueden ver a su familia, hacer una llamada, tener una digna alimentación, salud y hasta una visita conyugal⁴⁴”, y otros derechos que en la actualidad están siendo vulnerados por la autoridades, en cargadas del tema. Muchos internos llevan hasta un año en una estación de Policía, cuando lo normal son 72 horas.

Respecto al trabajo de campo realizado por Barrera, se concluyó que en el Distrito Judicial de Tunja el porcentaje de medidas de aseguramiento privativas de la libertad es de apenas 2%, promedio que contrasta con el nacional, que está en un 30%, es decir, que “de cada 100 personas detenidas en una prisión colombiana, 30 aún no han sido condenadas⁴⁵”.

⁴¹ PAREJA, Johana. Hacinamiento en calabozos de la policía de Medellín es del 575 %. En: El Tiempo. Bogotá D.C. 18, julio, 2017.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ BARRERA, José. Op. cit., p. 91.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Asimismo, ante la pregunta ¿cuál ha sido el papel de los jueces de control de garantías en la aplicación de los parámetros legales y constitucionales establecidos para imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad en el Distrito Judicial de Tunja?, se concluyó que estos “poseen un buen conocimiento sobre la normatividad y la jurisprudencia constitucional que rigen lo relacionado con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, las cuales son vistas como excepciones que solo deben ser impuestas cuando se cumplen a cabalidad los requisitos formales, legales, constitucionales y jurisprudenciales exigidos”⁴⁶.

No obstante, también cabe afirmar que aún a los jueces, según el estudio realizado en Tunja, les falta reconocer la jurisprudencia internacional como un ente que aporta a mejorar el criterio sobre medidas cautelares privativas de la libertad, y que, por el contrario, prefieren centrarse en jurisprudencias locales como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Se puede concluir que, en Medellín, se ha vuelto regla general por parte de los jueces de control de garantías impartir medida preventiva de la libertad de carácter intramural desde las audiencias preliminares en contra de los imputados. Este análisis resulta evidente porque cuantitativamente está demostrado (véase Tablas 1 y 2), por la presión que sufre el poder judicial por la intromisión del fiscal de turno con el apoyo de la prensa amarillista y los políticos locales de turno, que se pretende controlar el desorden social con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad (intramural).

2.3. Medida de aseguramiento y sus causales – Análisis de lo subjetivo de las medidas de aseguramiento

La Ley 906 de 2004 dedica algunos artículos para presentar la medida de aseguramiento y esclarecer sus clases y fines. Por lo general, esta medida es solicitada por el fiscal del caso al Juez de Control de Garantías ofreciendo datos sobre la persona imputada, su delito y los argumentos para sustentar la medida (art. 307). En la audiencia deben estar presentes el imputado, la víctima,

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 92.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

la defensa, el ministerio público, el fiscal y el juez, descartándose algunas de estas figuras o adhiriéndose otras, según las circunstancias que presente el caso o la audiencia.

El fiscal puede solicitar dos clases de medidas de aseguramiento en una audiencia preliminar: privativas de la libertad y no privativas de la libertad (art. 307); las privativas se componen de dos: preventiva en establecimiento de reclusión y preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

De estas medidas de aseguramiento, y teniendo en cuenta lo hallado en las investigaciones académicas, la vulneración más fuerte al principio de libertad es la detención preventiva, la cual encaja en las medidas privativas, especialmente, si dicha detención es en establecimiento de reclusión. En este punto es donde se concentran los álgidos debates de si es justo que en las audiencias preliminares se decida la suerte del imputado en una cárcel cuando aún no se le ha impuesto la condena.

Por tanto, conviene revisar si las decisiones el juez están debidamente sustentadas y argumentadas para que este, según la Ley 906, “pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga” (art. 308). Además de esto, el fiscal debe también argumentar por qué solicita determinada clase de medida de aseguramiento, basada en su estricta necesidad según los requisitos para que la detención preventiva sea decretada sobre el imputado, los cuales están contemplados en la Ley 906 de 2004: *Obstrucción de la justicia* (art. 309), *Peligro para la comunidad* (art. 310), *Peligro para la víctima* (art. 311) y *No comparecencia* (art. 312).

2.3.1. Obstrucción a la justicia

La obstrucción a la justicia es una circunstancia que se presenta en forma constante dentro del proceso penal y que, en ocasiones, no son ilícitos que atentan contra la Administración de Justicia, entorpeciendo su correcto y buen funcionamiento. El sujeto que comete estos actos los



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

puede realizar voluntariamente e involuntariamente, en forma activa y pasiva, tienen como finalidad evitar que la justicia funcione correctamente, ya sea para su propio beneficio o para un tercero.

La obstrucción a la justicia es un delito tan común que no necesita estar vinculado al proceso para incurrir en la misma causal. Existe una obstrucción dolosa, culposa, sin culpa, por ignorancia y por omisión. La que interesa a analizar en este tema es la dolosa.

El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, incurre en la causal de obstrucción de la justicia, sin que esto signifique la ocurrencia de un delito.

Siendo así las cosas, esta causal consagrada en el art 309 del art 2004 es una de las que más se vulnera dentro del proceso penal en Colombia, debido a que es muy fácil que una persona obstruya la justicia con su actuar y proceder. Esto debido a que en la mayoría de los procesos que se tramitan en Colombia en forma frecuente existe obstrucción de la justicia, que en muchos casos no son actos dolosos. Esto sucede mucho con los mismos jueces, abogados, procuradores, fiscales, testigos y peritos, en actuación profesional o ejercicio de sus funciones cuando no se presenta a las audiencias programadas por los jueces por alguna circunstancia.

En concordancia con lo antes indicado, para que se configure el delito de obstrucción a la justicia, sujeto activo del delito de obstrucción pasiva a la Justicia puede ser cualquier persona que no tenga la cualidad de profesional de la justicia, es necesario que ese sujeto haya sido citado judicialmente. Es indiferente en la calidad que haya sido citado (testigo, perjudicado, querellante, etc.). La citación debe ser hecha en legal forma, lo que supone una exigencia formalista para poder aplicar este precepto, lo que redundará en nuestro sistema penal colombiano, debido a esto desde este punto de vista es claro en indicar que esta es una de las causales más frecuentes y de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

mayor reiteración dentro del trámite procesal y su utilización dentro de los procesos penales y no penales en el sistema de justicia en colombiano.

En cuanto a la naturaleza de este delito podemos afirmar que es un delito de comisión por omisión, de ahí la denominación de obstrucción pasiva a la justicia, en el que la omisión de comparecer ante el juzgado cuando ha sido citado para ello debe ser la causa eficiente que da lugar al resultado: suspensión del procedimiento.

Existe también obstrucción a la justicia por Coacciones o represalias. Esta obstrucción se presenta cuando una persona o grupo de personas con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será considerado como una persona que necesariamente está obstruyendo la justicia. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena establecida en la ley penal colombiana. Al revisar el régimen procesal penal en Colombia, existe claramente una reiteración de las personas en quebrantar lo normado en el art 309 de la ley 906 del 2004, en unos casos se utiliza la intimidación de los testigos y en otros a los denunciantes para evitar que los mismos declaren dentro del procesos.

Este es un delito de simple actividad, la cual en nuestro medio es reiterativa en forma directa o indirecta. Al respecto, se observa dentro del trámite procesal en Colombia desde el mismo instante en que el sujeto actúa con violencia o intimidación para alterar el curso del proceso, impidiendo o perturbando la marcha del mismo; no caben formas imperfectas (tentativa o frustración delictiva). Tampoco es necesario que se consiga el resultado buscado, porque en ese caso se aplicaría la modalidad agravada.

Ese acto de violencia o intimidación no es necesario que sea constitutivo de infracción penal alguna, basta con que tenga esa cualidad. No obstante, si como consecuencia de esa violencia



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

ejercida se originara alguna lesión, esta se castigaría separada e independientemente del delito de obstrucción a la justicia, con lo que habría un concurso real.

Existe también obstrucción a la justicia por Ocultación de actuaciones judiciales. Finalmente, es evidente que la causal obstrucción de la justicia es una de las que pareciera que es la menos utilizada, pero al profundizar en su estudio y su forma como se configura es la causal más utilizada dentro del desarrollo del proceso penal en Colombia. También es claro que los jueces son unos de los mayores infractores de esta causal.

2.3.2. Peligro para la comunidad

Si se observa la norma contenida en el art 310 de la ley 906 del 2004, el factor procesal como causal objetivo está implícito en la misma, pero con frecuencia los jueces de control de garantías utilizan más en sus decisiones la parte extra procesal que la procesal.

No existe duda alguna de que la causal *peligro para la comunidad* –como se verá más adelante en los resultados de esa investigación– es la causal más utilizada por los jueces de control de garantías para cimentar las medidas privativas de la libertad que diariamente ellos decretan en las audiencias preliminares en contra de las personas. En este sentido, los jueces han olvidado que antes de proceder al decreto de la medida es un imperativo normativo hacer un test de proporcionalidad sobre las pruebas allegadas por las partes en la audiencia preliminares, realizando un verdadero análisis de las pruebas que permitan construir un examen jurídico razonable entre lo argumentado por las partes y los elementos de pruebas que se les presenten sobre el caso en concreto.

Diariamente, los jueces de control de garantías decretan medidas privativas de la libertad en contra de las personas solo con los argumentos del ente acusador (fiscal del caso) que desproporcionadamente solicita la privación de la libertad de las personas bajo el pretexto de que los capturados constituyen un peligro para la sociedad, pero nunca presentan a las audiencias preliminares prueba alguna de que demuestren la peligrosidad del investigado referente a la comunidad.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

El fin peligro para la comunidad es un factor abstracto, ya que el legislado se quedó corto al no definir a qué tipo de comunidad hace referencia el texto normativo. En relación con las medidas procesales y extra procesales, dentro del proceso penal y tomando como referencia la causal *peligro para la comunidad*, se tiene que

De esta manera, la causal de “peligro para la comunidad” establecida en el artículo 310, que equivale a lo que en doctrina y derecho comparado se ha conocido como peligro de reiteración delictiva, debe ser estimada como incompatible con la presunción de inocencia, ya que no tiene fines de carácter procesal, pues persigue la prevención especial negativa que corresponde a uno de los fines que se siguen a través de la pena privativa de la libertad, por lo que la detención preventiva en tal supuesto debe ser catalogada como una pena anticipada⁴⁷.

A pesar de que varios funcionarios judiciales y un sector de la Corte Constitucional, de Colombia nieguen la existencia del conflicto entre la presunción de inocencia y la detención preventiva, bajo el argumento de que esta, por su naturaleza, es una medida precautelativa que, por no ser constitutiva de pena, deja a salvo aquel principio de inocencia, lo cierto e innegable es que los efectos de la prisión sean consecuencia de un pena o de una detención provisional, son exactamente los mismos para el prisionero, que se le imponga una medida en su contra, porque se presenta la Pérdida de la libertad de locomoción de la persona, ruptura de sus vínculos familiares, sociales, vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre y, dadas las condiciones inhumanas del encarcelamiento, que actualmente se vive en Colombia, se lesionan sus derechos, no solo del procesado sino la Dignidad⁴⁸. La familia, por otro lado, sufre lo mismo si la prisión es producto de una pena o de una medida de aseguramiento.

Si bien es cierto, de conformidad con el artículo 310 de la ley 906 del 2004, la gravedad del hecho y el quantum de la pena no sirven, por si solas como justificantes para decretar una medida privativa de la libertad en las audiencias preliminares, lo cierto es que sí juegan un papel

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los numerales 2°, 3° y 7° del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, “por el cual se expiden las normas de procedimiento penal”. M.P. FABIO MORÓN DÍAZ, Sep. 6 de 1997.

⁴⁸ VILLANUEVA, Gustavo. Funciones no declaradas de la detención preventiva, 2006.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

fundamental para el juez es la narración que realiza el fiscal en su intervención solicitando la imposición de la medida privativa de la libertad en contra del imputado y la naturaleza de los hechos que la fiscalía exprese en las consideraciones del caso

Al analizar el artículo 310 de la ley 906 del 2004, en el mismo se dispuso en los numerales primero y segundo del artículo en mención los procesados por delitos plurisubjetivos o en concurso tienen asegurada la detención preventiva, pues, por ejemplo, no se concibe un concierto para delinquir o una rebelión o asonada si no se pertenece a una organización criminal y, por otro lado, en el concurso, sea ideal o real, el número de delitos siempre va a ser plural. Al consagrar dichas circunstancias como indicativas de la peligrosidad del imputado, el legislador perdió de vista el hecho cierto de que se refieren a una persona que se presume inocente y que, a lo largo del proceso, se le debe tratar como tal⁴⁹.

En relación con el tercer numeral del artículo 310 del C.P.P., el asunto es más preocupante porque cuando un imputado se encuentra amparado por un subrogado penal o cualquier otro mecanismo sustitutivo de la pena, ello no es producto de una gracia, dádiva o de una actitud generosa del juez que se la reconoció, es un derecho al que el condenado se hizo acreedor y que de ninguna manera se le puede enrostrar como fundamento para imponerle, en un proceso posterior, una medida de aseguramiento⁵⁰.

2.3.3. Peligro para la víctima

En relación con el peligro que para la víctima puede significar la libertad del imputado se puede hacer el mismo cuestionamiento que se hiciera en líneas anteriores en relación con la comunidad, esto es, un déficit de legitimación, pues no se entiende como en un Estado que se dice social y democrático de derecho, que erige a los derechos fundamentales como razón de ser de su existencia, se sacrifica el Derecho a la Dignidad, a la Libertad y a la presunción de inocencia de

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

un imputado por una subjetiva e indeterminada prognosis sobre su comportamiento futuro⁵¹, siendo este el usual proceder de los jueces de control de garantías en el desarrollo de las audiencias preliminares, terminología esta que es utilizada con frecuencia por los jueces constitucionales en la motivación de las decisiones judiciales para decretar las medidas restrictiva de la libertad de las personas.

No hay duda de que existen unos hechos donde las personas infractoras de la ley constituyen un peligro para las víctimas, pero estos hechos no se pueden generalizar en todos los casos como actualmente están realizando los jueces de control de garantías en las audiencias preliminares que de manera reiterativa invocan las causales contenidas en los art 310 y 311, para justificar sus decisiones que en muchos de los casos no tienen soporte probatorio para justificar sus decisiones.

2.3.4. *No comparencia al proceso*

Analizando ese concepto normativo, se considera que los jueces de control de garantías y jueces de conocimiento están incurriendo en un error referente a la causal de la comparencia al proceso, esto, porque los jueces en sus providencias no se refieren al derecho que la persona tiene para comparecer por sí misma o por intermedio de abogado, al proceso. Quiere ello decir que no siempre se puede concurrir al proceso de manera personal, directa e independientemente, por cuanto a veces se requiere de otras personas, como los representantes o apoderados⁵². A ello no hace expresa alusión el mencionado artículo, y tal como se observa en el art. 312, se mezclan situaciones futuras que no se saben si suceden o no, y ante esto se genera la pregunta de qué tiene que ver la comparencia de las personas al proceso con el arraigo que se exige en este artículo, la falta de arraigo no puede ser una causal para indicar que el procesado no comparecerá al proceso.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 025. (4, noviembre, 1994). Proceso T-39.968. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. Bogotá, D.C., 1994. p. 1.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Se considera que la gravedad del daño o del hecho no se puede tener en cuenta como fundamento para decretar la medida privativa de la libertad de una persona desde las audiencias preliminares; esta causal no puede ser objeto de motivación para que un juez de control de garantías fundamente su decisión en el amparo de la causal del art 312 de la ley 906 del 2004.

Considerando entonces que invocar esta causal como fundamento para privar de libertad a una persona bajo la establecida en el art 312 de la ley 906 del 2004, es un fundamento subjetivo que utiliza el juez de control de garantías como fundamento para motivar su decisión, sin importarle los elementos con vocación probatoria que se aporten en las audiencias preliminares, en la mayoría de las audiencias donde se decretan las medidas privativas de la libertad las decisiones de los jueces de control de garantías se toman subjetivamente por parte del juzgado.

2.3.5. Principios para la restricción preventiva y excepcional de la libertad

Muchas son las discusiones alrededor de si se vulnera o no derecho a la libertad del imputado en una audiencia preliminar cuando se solicita contra este una detención preventiva. Al respecto, se afirma que la responsabilidad de llevar a cabo una buena defensa de la restricción de la libertad depende en gran medida del Juez de Control de Garantías y de la Fiscalía, quienes deben tener los conocimientos y criterios necesarios y dispuestos por las leyes nacionales e internacionales para tomar la decisión más ajustada a la ley y las circunstancias del caso.

Lo anterior se justifica en la potestad que el Código de Procedimiento Penal les otorga a estos dos funcionarios, por cuanto es el fiscal quien hace las solicitudes que recaen sobre el imputado y el Juez de Control de Garantías quien da la última orden, adhiriéndose o no a la propuesta del fiscal (art. 2, Ley 906). En algunos estudios se afirma que la decisión tomada por el juez debe ser la menos lesiva para el imputado, así como idónea y adecuada⁵³, lo cual, en contraste con estudios presentados anteriormente no es un hecho, debido a que la medida de aseguramiento se ha

⁵³ LAVERDE, Javier. La ponderación en la medida de aseguramiento de detención preventiva en el procedimiento penal militar. Tesis de Magíster en Procedimiento Penal. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Posgrados, 2016. p. 3.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

convertido en una regla que frecuentemente viene utilizando el aparato judicial en cabeza de los jueces de control de garantías en contra de los ciudadanos como una de las formas para solucionar de manera ágil la problemática social, dejando a menos que esta medida privativa de la libertad debía ser la última ratio del derecho que los jueces constitucionales de primera instancia en materia penal utilizarán en contra de los ciudadanos, siendo esta la lógica del Derecho, pero como se evidencia, se ha convertido en una regla general, donde lo que se busca es la privación de la libertad de los individuos.

Para garantizar una demostración clara y contundente de una medida de aseguramiento, concretamente de detención preventiva en establecimiento de reclusión, apela a un principio concebido como *proporcionalidad*. Al respecto, este criterio apunta a que la medida de aseguramiento “sea proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica. Por ejemplo, sería desproporcionado que a pesar de que la medida no sea necesaria para garantizar la integridad de las pruebas, o la comparecencia del sindicado a la justicia, se ordenara la detención preventiva”⁵⁴.

La Directiva 13 de 2016⁵⁵ amplía lo anterior añadiendo dos más: la finalidad de la restricción idónea y la adecuada. Estos criterios actúan como parámetros a ser usados en la audiencia preliminar. La medida de aseguramiento:

Debe ser **idónea** para conseguir la finalidad constitucional. Esto implica hacer un análisis de utilidad, para determinar si la medida de aseguramiento es apta para lograr las finalidades constitucionales previstas.

La medida de aseguramiento debe ser **necesaria**. Eso significa que no debe existir otro medio menos lesivo para los derechos del procesado que permita lograr con eficacia similar, la finalidad perseguida. Además, si en un caso concreto se justifica la imposición de una medida de aseguramiento que restrinja en menor medida el derecho a la libertad y reporte la misma utilidad e idoneidad para alcanzar el fin legítimo que se propone, deberá acudir a ella de forma principal.

⁵⁴ BARRERA, José. Op. cit., p. 89.

⁵⁵ COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 13. (28, julio, 2016). Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la proporcionalidad de la detención preventiva. Bogotá, D.C., 2016. p. 2.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

La imposición de una medida de aseguramiento debe ser **proporcional en sentido estricto**. Es decir, se debe establecer si la satisfacción de uno de los fines constitucionales previstos, justifica la afectación de los derechos del procesado. La importancia de la satisfacción del objetivo debe ser superior y reportar altos beneficios procesales frente a la interferencia en la libertad del imputado.

Para profundizar en este tema, a continuación, se expone la estructura de la proporcionalidad.

2.3.6. Estructura de la proporcionalidad

Está compuesta por tres subprincipios que son:

Idoneidad, adecuación y utilidad: Significa que, si se pretende conseguir un fin legítimo constitucional, el medio para conseguir ese fin es una medida de aseguramiento en la que se solicita restringir la libertad. Para hacer esa solicitud se tendrá que argumentar porque esa medida es adecuada para alcanzar el fin perseguido.

Necesidad o alternativa menos gravosa: Se debe buscar que no haya otra posibilidad menos gravosa para cumplir con el mismo fin.

Proporcionalidad propiamente dicha en sentido estricto: se denomina balanceo, ponderación entre los derechos en conflicto y se realiza test de ponderación entre los derechos fundamentales; uno el que se pretenda limitar y el otro el fin que persigue el Estado para limitar ese derecho. Para hacer ese test se debe tener en cuenta si es más útil, si prima la afectación a este derecho fundamental o no y si es mayor el beneficio que se logra afectando el derecho fundamental o no; asimismo, los elementos que hay que tener en cuenta son los siguientes: modalidad de la conducta, naturaleza de la conducta, gravedad de la conducta, repercusión social; si se concluye que es más útil restringir el derecho que no limitándolo.

Estos subprincipios se aplicarán en forma consecutiva, es decir, si no se da la idoneidad no se mira la necesidad, de esta manera al pasar estos subprincipios se encuentra que la medida es razonable.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2.3.7. Problemas derivados de la prisión preventiva

La jurisprudencia de la Corte IDH y los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) han contribuido a delinear los contornos de los estándares interamericanos en materia de aplicación de la figura de la detención preventiva. Lo anterior, ha tenido lugar en un contexto de abuso en estas medidas en los países de la región, tal y como lo denunció en 2013 la CIDH en su *Informe sobre la prisión preventiva en las Américas*: “Como se desarrolla en este informe, el uso excesivo de la prisión preventiva es un problema complejo producido por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otras”⁵⁶.

Al mismo tiempo, el uso no excepcional de esta medida contribuye a agravar otros problemas ya existentes en la región, como los altos niveles de hacinamiento penitenciario, lo que genera una situación de hecho en la que se ven vulnerados otros derechos fundamentales de los reclusos, como el derecho a la integridad personal. En la absoluta mayoría de los países de la región las personas en prisión preventiva están expuestas a las mismas condiciones que las personas condenadas, y en ocasiones a un trato peor que éstas. Las personas en prisión preventiva sufren grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad; además padecen el impacto psicológico y emocional del hecho mismo de estar privados de libertad sin haber sido condenados, y por lo general son expuestos al entorno de violencia, corrupción, insalubridad y condiciones inhumanas presentes las cárceles de la región. Incluso los índices de suicidios cometidos en prisiones son mayores entre los presos en prisión preventiva. De ahí la especial gravedad que reviste esta medida y la necesidad de rodear su aplicación de las máximas garantías jurídicas. (Negrillas y subrayados agregados)⁵⁷.

⁵⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. (30, diciembre, 2013). 2013. OEA/Ser.L/V/II. pp. 1-132.

⁵⁷ *Ibíd.*

3. ANÁLISIS CUANTITATIVO Y CUALITATIVO DE LAS MUESTRAS DE AUDIENCIAS PRELIMINARES

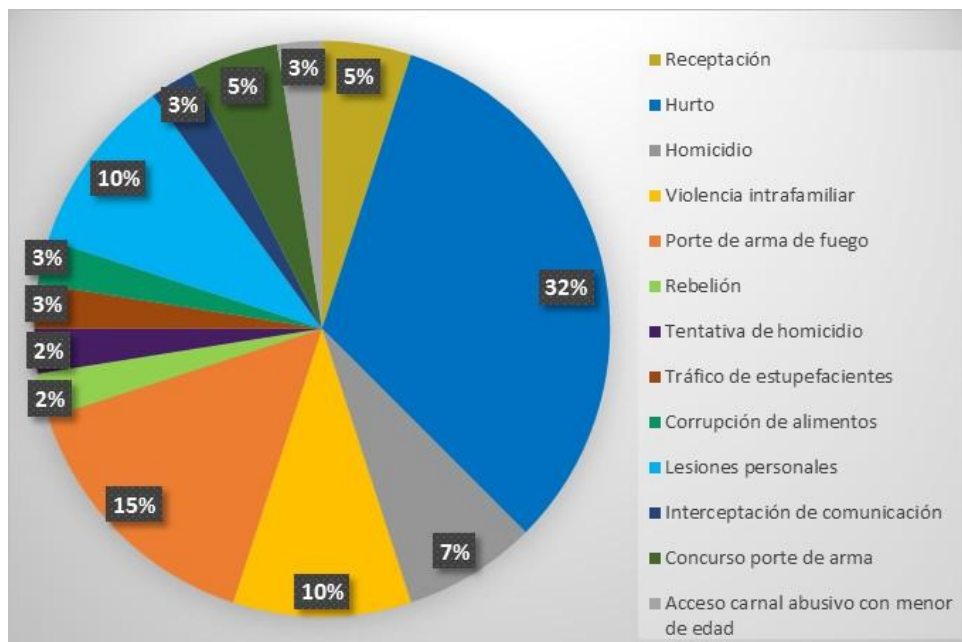
3.1. Resultados de las audiencias preliminares analizadas

Luego de estudiar una muestra de 50 audiencias preliminares (véase Anexo 3), se tienen en cuenta las siguientes variables de análisis: (a) tipo de delito del imputado, (b) tipo de medida de aseguramiento decretada por el juez y (c) tipo de causal empleada por el juez para motivar su decisión. Con estas tres se desarrollan los análisis cuantitativo y cualitativo, por cuanto aportan el contenido jurídico y debate necesarios para analizar cómo se afecta el principio de libertad personal en las audiencias preliminares a partir de la medida de aseguramiento.

3.1.1. Análisis cuantitativo y cualitativo de las audiencias preliminares

3.1.1.1. Cuantitativo

Figura 2. Delitos cometidos por las personas imputadas en las audiencias preliminares.



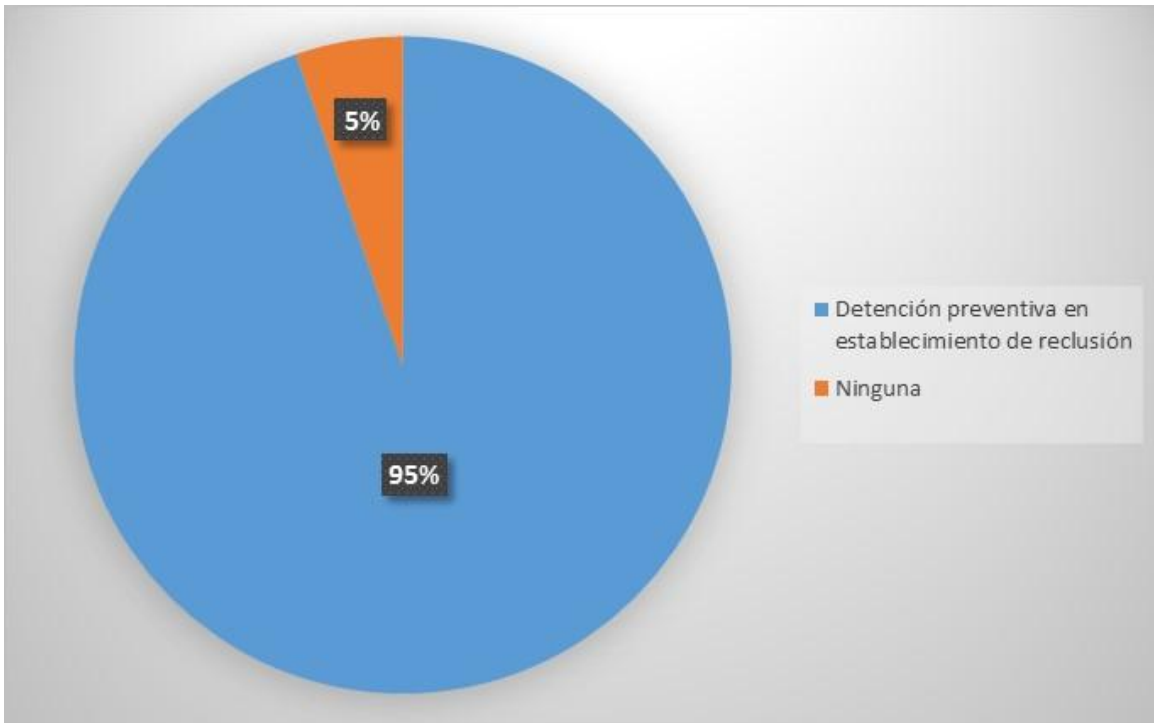
Fuente: información tomada de las audiencias relacionadas en el Anexo 3.

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

La Figura 2 expone el porcentaje de los delitos cometidos por las personas imputadas. Como puede verse, el delito en que más se solicitó la medida fue hurto en sus modalidades de calificado y agravado, y con coautoría., seguido de porte de arma de fuego.

Esto significa que al analizar los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas se evidencia que en la mayoría de los casos de esta naturaleza el fiscal en las audiencias preliminares solicitó la imposición de una medida privativa de la libertad en contra de los imputados y que el juez de la causa aceptó lo deprecado por la Fiscalía, quedando evidente, según la gráfica anterior, que estos delitos suman un porcentaje del 47%.

Figura 3. Medidas de aseguramiento solicitadas por los fiscales



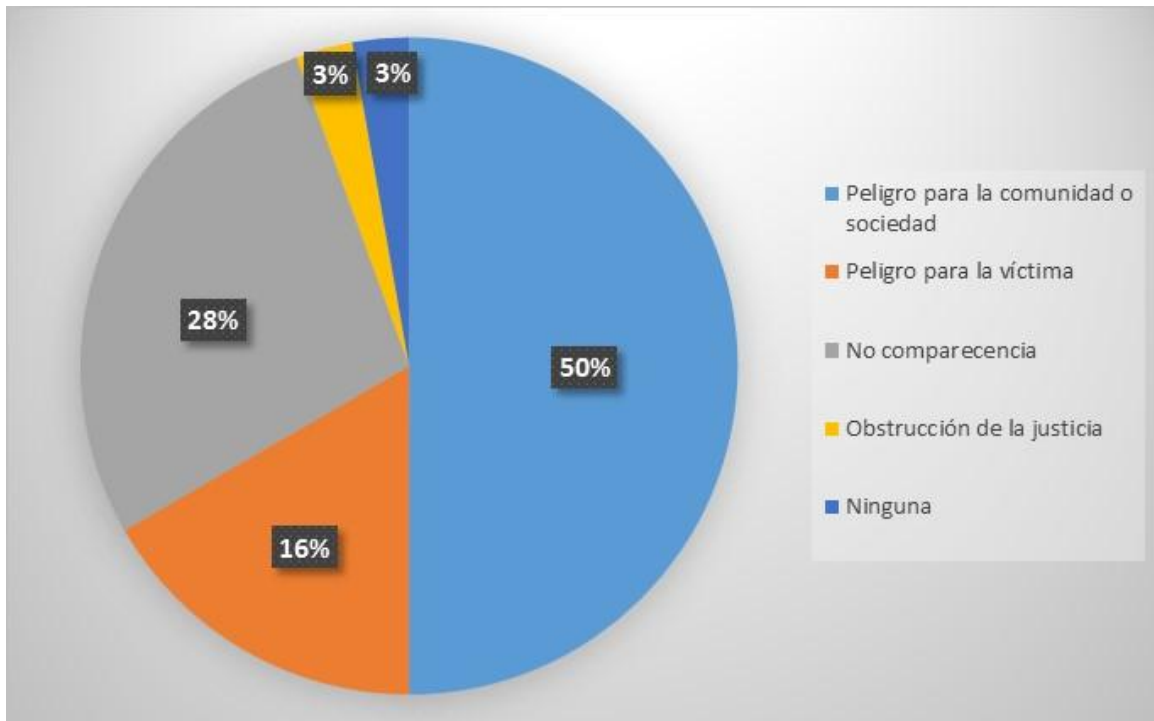
Fuente: información tomada de las audiencias relacionadas en el Anexo 3.

En cuanto al tipo de medida de aseguramiento solicitada por el fiscal, la Figura 3 ilustra el dominio de la Detención preventiva en establecimiento de reclusión con una cifra de 95%, lo que equivale a decir que prácticamente todos los fiscales solicitaron esa medida de aseguramiento

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

como detención preventiva en establecimiento de reclusión al Juez de Control de Garantías; esto, en cumplimiento a la política diseñada por el fiscal de turno, entre ellos, el actual fiscal en la aplicación de la Ley 1826, artículo 7.

Figura 4. Causales expuestas por los fiscales.



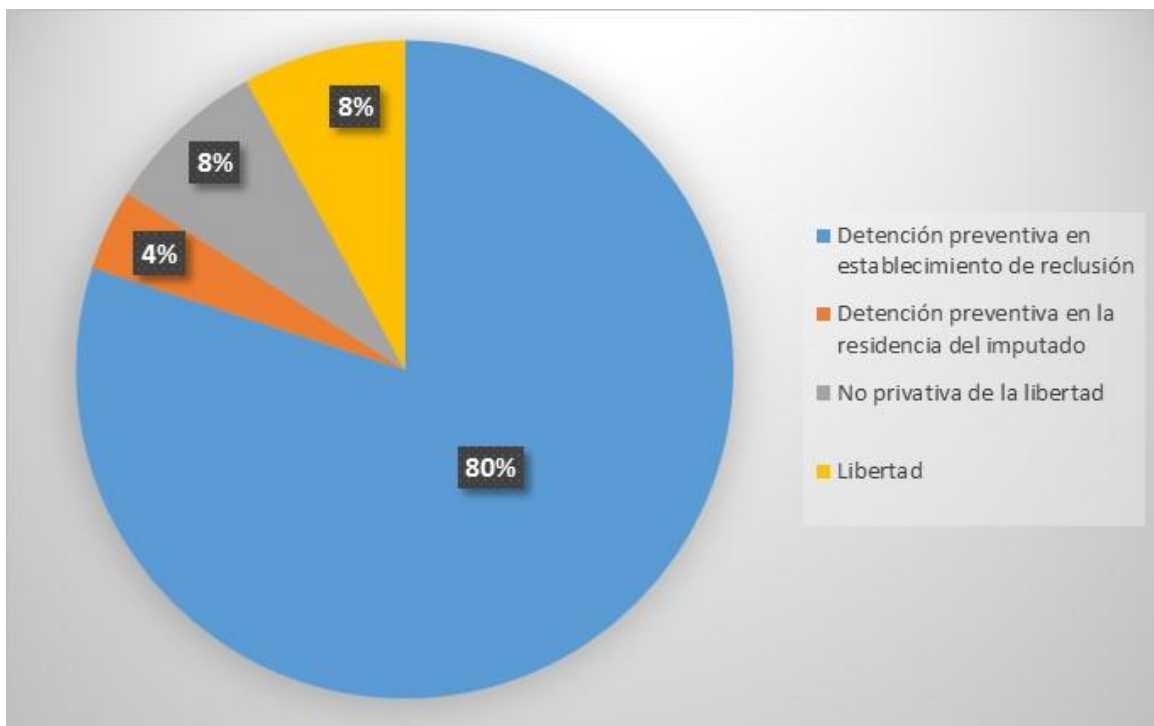
Fuente: información tomada de las audiencias relacionadas en el Anexo 3.

Al analizar la Figura 4, se evidencia que la causal que más fue utilizada para solicitar la imposición de la medida preventiva de la libertad por parte de la Fiscalía es *peligro para la comunidad* (art. 310, Ley 906 de 2004) con un 50%. Seguidamente, se utilizó la causal *no comparecencia al proceso* (art. 312), con un porcentaje del 28%, para luego, con un 16%, invocarse la causal *peligro para la víctima* (art. 311), quedando rezagada la causal *obstrucción de la justicia* (art. 309), con apenas un 3%.

Lo anterior significa entonces que la causal correspondiente a obstrucción a la justicia es la menos utilizada. Ahora bien, dentro de la causal con mayor índice de solicitud por el fiscal y

aplicada por el juez de control de garantías se tiene como principales medios probatorios en la audiencia que la Fiscalía no aporta ningún elemento material probatorio que demuestre realmente la configuración de peligro para la comunidad, sino que se basa en conceptos subjetivos por ser un concepto que impacta la mente del juez a pesar de que el ente acusador no indica para qué tipo de comunidad es un peligro el procesado.

Figura 5. Medidas de aseguramiento decretadas por los jueces



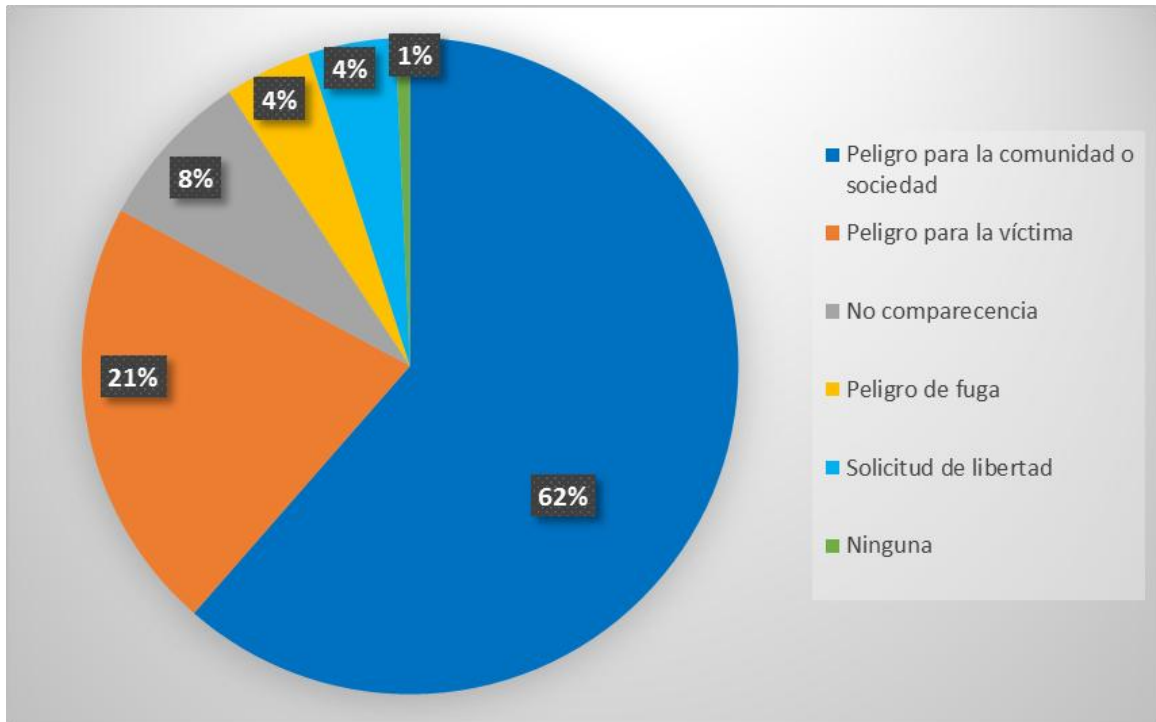
Fuente: información tomada de las audiencias relacionadas en el Anexo 3.

Respecto a las medidas de aseguramiento decretadas por los Jueces de Control de Garantías en contra de los imputados, con un porcentaje del 80% los jueces decretaron medida privativa de la libertad en los centros carcelarios La Figura 5 se muestra que los jueces solo en un 10% utilizaron otro tipo de medida diferente a la privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Lo anterior da cuenta de la utilización exagerada por parte de los jueces de la medida privativa de la libertad en establecimiento carcelario establecida en el artículo 307, literal A, numeral 1.

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Figura 6. Causales dictaminadas por los jueces



Fuente: información tomada de las audiencias relacionadas en el Anexo 3

Las causales que más fueron utilizadas por los jueces para decretar la privación de la libertad de los imputados fueron *peligro para la comunidad*, con un 62% y *peligro para la víctima* con un 21%, sumando ambos un 83%, como lo muestra la Figura 6. En un 8% de las audiencias el juez dictaminó detención por *no comparecencia*. Finalmente, la causal *obstrucción a la justicia* no tuvo ningún protagonismo, según las audiencias analizadas.

Esto significa que los jueces de control de garantías están utilizando el factor subjetivo para el decreto por la medida deprecada por la Fiscalía, dejando a un lado los principios constitucionales y procesales y reinando así los principios extraprocesales.

En conclusión, a pesar de que es evidente que la causal obstrucción a la justicia es una de las que diariamente se ve reflejada en el trámite procesal, debido a la demora y dilaciones procesales por parte de los funcionarios judiciales, los abogados y en ocasiones por el ministerio público, que de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

manera frecuente impiden el normal desarrollo del proceso solicitando el aplazamiento de las audiencias, esta causal no tiene importancia dentro del sistema penal de la Ley 906 de 2004, porque si así fuera serían los jueces quienes primero responderían penal y disciplinariamente por la frecuente utilización de la causal obstrucción a la justicia.

Con relación a la causal peligro para la comunidad, a pesar de que es evidente que la misma depende del factor subjetivo del juez y de lo esbozado por el fiscal en la solicitud de la medida, esta causal es la más utilizada por los jueces como fundamento y motivación para decretar la privación de la libertad en establecimiento carcelario de las personas, tal y como lo muestra la Figura 5, en un 62% de las audiencias analizadas los jueces tuvieron como fundamento esta causal para privar de la libertad a los imputados a pesar de la carencia de información objetiva que permitiera construir una verdadera hipótesis que el procesado fuera un peligro para la comunidad donde reside o vive.

3.1.1.2. Cualitativo

Ahora bien, respecto al análisis cualitativo, al analizar que la causal peligro para la comunidad fue la más decretada por el juez de control de garantías, como novedad, es posible afirmar que el juez está abandonando su papel de garante de los derechos constitucionales de los intervinientes y se convierte en un segundo fiscal acusador en contra del imputado. De esta manera se desvirtúa el papel neutral que los jueces de control de garantías deben conservar dentro del proceso en las audiencias preliminares.

Otra de las novedades que se ha venido observando es que varios jueces de control de garantías, de manera reiterativa hacen intervenciones y aportes en las audiencias de legalización de captura, imputación y de solicitud de medida privativa de la libertad a favor del ente acusador, que en forma directa perjudican al investigado, abandonando el juzgador su papel neutral dentro del proceso.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Finalmente, se debe indicar que los jueces de control de garantías, al momento de imponer una medida restrictiva de la libertad de las personas, no se fijan en el significado de comunidad, sino que subjetivamente interpretan el término de comunidad sobre el conglomerado de personas sin indicar para qué sociedad es peligrosa la persona procesada.

Escuchados los audios de las audiencias, se puede percibir que la mayoría de los jueces fundamentaron la imposición de la medida de aseguramiento en el peligro que el imputado representa para la comunidad. Sin embargo, solo algunos tuvieron en cuenta que ese riesgo conlleva el análisis de la posible reiteración de la conducta imputada o de posibles atentados que pudiera cometer el procesado contra los bienes jurídicos tutelados penalmente, mientras se decide sobre la responsabilidad penal. Por ejemplo, expresaron que la medida de aseguramiento busca no repetición de conductas.

Los argumentos allí mencionados se orientaron a demostrar uno o varios de los criterios establecidos en el artículo 310 de la ley 906 de 2004 para establecer el riesgo de reiteración, entre otros: modalidad y gravedad de la conducta, el daño causado, el quantum de la pena, la utilización de armas o de vehículos en la comisión de la conducta punible, la existencia de sentencias condenatorias vigentes o investigaciones en curso, la vinculación a bandas criminales y el impulso criminal.

El peligro para la víctima, atendiendo a la modalidad, a la gravedad de la conducta y al peligro de fuga por ausencia del arraigo familiar o por el monto de la pena a imponer, fueron fines constitucionales que justificaron la imposición de la medida, pero en menor proporción.

Durante las audiencias escuchadas los jueces de control de garantías manifestaron que el fin que se persigue es la protección a la comunidad por tratarse de un delito pluriofensivo. Sumado a esto, los jueces coincidieron en afirmar, cuando resolvían sobre el tipo de medida de aseguramiento a imponer, realizar el análisis de idoneidad y lo explicaban en sus condiciones. Si bien es cierto en los audios de las audiencias que la mayoría de los jueces se refirieron a la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

idoneidad de la medida para proteger fines constitucionales, no explicaban cómo se materializaba dicho concepto en cada caso.

Otros jueces, al aplicar el principio de proporcionalidad confundieron idoneidad con necesidad y expresaron que la medida de aseguramiento era adecuada porque no procedía una menos grave o menos invasiva para alcanzar los fines constitucionales. Se escuchó, igualmente, que la mayoría de los fiscales indicó que la medida de aseguramiento era idónea para proteger bienes constitucionales o bienes jurídicos, pero sin referirse al caso concreto: la medida es útil, apta y adecuada para proteger a la comunidad, es idónea para proteger la sociedad, el interés general y asegurar la convivencia pacífica, la cual se está impidiendo con la continuación de la actividad delictiva, para contrarrestar el peligro a la comunidad. Por su parte, la medida de aseguramiento idónea es intramural para obtener el fin de protección a la comunidad, puesto que en caso de sentencia condenatoria se aseguraría el cumplimiento de la sanción y la justicia no quedaría burlada.

La mayoría de los defensores fundamentó la idoneidad de la medida en la protección de fines constitucionales y de bienes jurídicos tutelados por el tipo penal. Además, la proporcionalidad va a limitar la afectación a los derechos fundamentales en virtud de la actuación penal.

3.1.1.3. Cómo se afecta el principio de libertad

Es debido a la trascendencia que comporta la limitación de tan preciados y caros derechos fundamentales, que la intervención del legislador a través de la expedición de las disposiciones cautelares, está sometida así a una ponderación razonable entre, por un lado, el grado de dureza que representa para el aparato social la injerencia oficial y, por el otro, la categoría concreta de satisfacción y obtención del fin que aquella se propone.

Sea lo primero señalar que las diferentes medidas de aseguramiento tienen una doble connotación que de suyo plantea apreciables inconvenientes en el momento de brindar una justificación



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

medianamente aceptable a la razón misma de su existencia. La primera afectación al principio de libertad que presentan las medidas de aseguramiento, es que son verdaderas y auténticas restricciones de ineludibles derechos fundamentales que por su sola aplicación, comportan una restricción o por decir lo menos, una reducción en diferentes escalas de importancia, de privilegios de carácter constitucional, muy especialmente el de la libertad personal.

La segunda afectación que no puede perderse de vista en el análisis, es que nuestro legislador, aún con todas las dificultades que de su aplicación le sobrevienen a cualquier Estado con las características del nuestro, social y democrático de derecho, acude a las mismas de manera desproporcionada desde las audiencias preliminares, lo que afecta claramente el principio de libertad que posee todo procesado para que no se le afecte su derecho constitucional, consagrado en el artículo 29° de la Constitución Política en concordancia con el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, pues, al limitar este derecho inalienable de las personas desde las audiencias preliminares, evidentemente, está en contravía del principio de libertad que, por razón natural, tienen las personas, aduciendo como justificación para ello que requiere preservar también otros bienes jurídicos que resultan de igual manera relevantes, con asiduidad aplicables también a derechos y garantías de otras personas que componen el conglomerado social y cuya garantía depende de las limitaciones que esas medidas de aseguramiento logran llevar a efecto.

Ahora bien, al analizar las diferentes audiencias escuchadas, se extrae de las mismas que los señores jueces de control de garantías, al resolver las solicitudes de imposición de medida de aseguramiento no se refirieron expresamente al derecho a que la responsabilidad penal se defina en la audiencia de juzgamiento. Quienes mencionaron ese derecho en su motivación, una parte de ellos coincidieron en afirmar que dicha audiencia es preliminar y que durante la misma no se habla de responsabilidad por cuanto no se está en etapa de juicio. Otros señalaron que en esos momentos no se habla de responsabilidad penal y prima la presunción de inocencia, pues no se trata de una sentencia; los elementos que trae la fiscalía tienen vocación probatoria mas no se trata de una responsabilidad penal porque no es la etapa indicada, la responsabilidad se define en



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

una sentencia y no en estas audiencias preliminares; si bien los implicados aceptan cargos se tratarán como inocentes hasta que no se les condene.

Al realizar el test de proporcionalidad, uno de los jueces de control de garantías indicó que el imputado se presumía inocente hasta que se dictara sentencia condenatoria y en uno de los casos escuchados, el juez trató al imputado como responsable con fundamento en el número de anotaciones judiciales que esbozó la Fiscalía como elemento subjetivo en su contra.

Por todo lo anterior, es evidente que existe una afectación al principio de libertad desde las audiencias preliminares, especialmente desde la imposición de la medida restrictiva de la libertad.

La libertad en el derecho procesal penal debe entenderse como la no restricción del derecho de locomoción que tiene toda persona de andar libre por todo el territorio nacional y no ser privada de su libertad, según los artículos 24-28 de la Constitución Política, y artículo 295 del C.P.P, que ordena que la medida de aseguramiento debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable.

Debe agregarse, además, que el plurimencionado principio de libertad cumple también un papel de garante, para que las medidas cautelares se asomen en el curso del proceso penal, instituido como sistema penal acusatorio, pero apenas como excepciones a un estándar generalizado que privilegia la prevalencia de la libertad; esto por cuanto sí y solo sí las medidas de aseguramiento se someten a un rígido, exigente y estricto parámetro de razonabilidad en lo que hace relación con sus propósitos y a un ponderado análisis de ecuanimidad entre esos dos extremos, resultará que las limitaciones a la libertad personal deberán proceder solo de una manera ampliamente justificada y, por obvias razones, muy excepcional.

Si se hace una inferencia razonable de responsabilidad penal de manera caprichosa se está violando el principio de libertad y de igual manera la presunción de inocencia, pues ha de tenerse en cuenta que la proporcionalidad de las medidas de aseguramiento y más específicamente aquellas privativas de la libertad en el proceso penal, se halla ligada al principio de presunción de inocencia, más concretamente, la debida justificación de medidas como la prisión provisional,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

sobre la base de dicho principio, pues es concepto basilar de que se sustenta en el carácter preventivo y no sancionatorio, anticipatorio de la pena, adscrito a esa medida. La prolija jurisprudencia proferida sobre el asunto que concita nuestra atención por la Honorable Corte Constitucional, ha señalado en síntesis que:

Es importante precisar que la resolución de detención preventiva no conlleva en todos los casos la privación efectiva y material de la libertad individual. En realidad, bajo el supuesto de que el procesado se encuentra amparado por la presunción de inocencia incluso durante la etapa del juzgamiento, “la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal⁵⁸. Sentencia C-469 de 2016.

Debe significarse que de ninguna manera se estaría en condiciones ni se pretende siquiera afirmar que el Estado en representación de la sociedad, no pueda limitar el derecho a la libertad personal, pues claro que puede hacerlo provisionalmente teniendo en cuenta las finalidades de la medida, pues que si la única justificación para realizar tal restricción es que el indiciado es un peligro para la víctima o para la sociedad, sencillamente debemos reconocer que nos encontramos en presencia de una afirmación que a más de ser temeraria y apresurada, es de un corte extremadamente peligrosista perteneciente al sistema penal inquisitivo, que por lo anteriormente expuesto no respeta ni en lo más mínimo el principio de libertad personal, pues, según lo que hemos venido afirmando, reiterativamente, en un modelo de Estado Social de Derecho como el nuestro, que debe garantizar a plenitud los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia, entre otras prerrogativas fundamentales, una persona solo puede ser reducida en su libertad en caso de ser estrictamente necesario, en atención a poderosas razones que lo justifiquen y a la luz de muy precisas circunstancias que deben analizarse para cada caso en particular.

Como se dijo, la necesidad es un indicador específico del principio de proporcionalidad, porque permite las medidas restrictivas solo en aquellos casos en que sean estrictamente requeridas por los fines invocados y, correlativamente, lleva a invalidar las sustituibles por otras menos gravosas e invasivas, dado que existen en la codificación adjetiva penal un conjunto de criterios de

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469. (31, agosto, 2016). Op. cit.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

determinación semántica de las causales de peligro para la comunidad y la víctima, con el objetivo concreto de reducir los márgenes de discrecionalidad del operador judicial, consistentes en varios elementos de hecho que reducen la vaguedad que utilizan los operadores judiciales y proporcionan un mejor nivel de seguridad y certeza a la hora de su aplicación, lo cual permite, por consiguiente, conocer taxativamente los motivos fundados que se tienen en cuenta para efectuar las afectaciones a la libertad personal del indiciado.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito

Informe final de investigación

4. ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ EN LA SOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO MEDIANTE LOS ESTÁNDARES DE ANÁLISIS

4.1. Perspectiva general

Para el análisis de la información recolectada durante la investigación, se tuvieron en cuenta dos aspectos fundamentales: la privación de la libertad de personas amparadas por el principio constitucional de la presunción de inocencia y la obligación que tienen todos los intervinientes en la actuación penal, de tratar como inocente al imputado que no ha sido vencido en juicio, considerando que el desconocimiento de estos aspectos por parte de fiscales, defensores o jueces podría llegar a afectar la libertad de una persona amparada por dicha garantía constitucional.

A continuación, se relacionan los resultados obtenidos a partir de las fuentes de información utilizadas como son: audios de las audiencias y observaciones de audiencias preliminares.

Dentro de los estándares subjetivos, un gran número de jueces de control de garantías del distrito judicial de Medellín, según la muestra de audiencias preliminares analizadas, al resolver las solicitudes de imposición de medidas de aseguramiento deprecadas por la Fiscalía, no utilizaron los principios procesales y constitucionales, sino que tomaron los principios extraprocesales que les permitieron concluir que era necesario imponer una medida privativa de la libertad intramural desconociendo ampliamente las otras diez medidas establecidas en el artículo 307 del CPP, lo que ha generado un claro desconocimiento de los informes de la CIDH y la Corte Internacional de Derechos Humanos, que, trasladado al ámbito territorial de la ciudad de Medellín se ve reflejado en el alto número de personas privadas de la libertad de manera transitoria en los establecimientos carcelarios y las estaciones de policía.

Ahora bien, es evidente entonces que esta situación la ha provocado la equivocada política criminal que se viene implementando en el seno de la Fiscalía tal como lo reconoce el Honorable Tribunal de la Sala Penal de Medellín en su comunicado de prensa con fecha del 20 de octubre de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2017, cuando ponen alerta, por disposición del Fiscal General de la Nación por intermedio de la Unidad Nacional de Fiscalía, una circular en que instaban a los fiscales a iniciar procesos contra los jueces de control de garantías que no impongan detención preventiva con base en el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017 y que se negaran a emitir medida preventiva de la libertad contra las personas. Esto evidencia, entonces, que muchas de las decisiones que los honorables jueces de control de garantías han emitido son por presiones externas para evitar ser investigados y ser removidos de sus cargos por no emitir medida preventiva de la libertad desde las audiencias preliminares.

Ante esto, es evidente que nace algo novedoso dentro de la sistemática penal, cuando los fiscales, en aplicación de la política criminal que diseña el Fiscal General de la Nación de turno, pretenden controlar a los jueces en sus decisiones y, de esta manera, lo obligan a salirse de la órbita jurídica e interpretación constitucional del Derecho para cumplir una circular que emite el señor Fiscal General de la Nación. Lo novedoso es que los jueces temen cumplir la Constitución y se ven obligados a dar cumplimiento a una circular emitida por dicho fiscal, siendo novedoso que el fiscal se convierte en poder legislativo y creador de normas de carácter jurídico, solo con la finalidad de privar de la libertad a las personas en contravía de los principios y garantías constitucionales, lo que obliga al juez a abandonar los principios procesales y constitucionales y remitirlos a utilizar principios no constitucionales, sino extraprocesales, para, de esta manera, dar cumplimiento a las directrices de la Fiscalía y evitar investigaciones en su contra que inicie el ente acusador cuando esto cumple objetivamente su función constitucional.

Dentro de otros criterios subjetivos que se han analizado, según las audiencias preliminares, se pudo establecer que algunos jueces afirmaron que la medida preventiva de la libertad que se impone en las audiencias preliminares no alude a la responsabilidad penal del procesado ni tampoco desdibuja el principio de inocencia, indicando que estas medidas restrictivas de la libertad, en su mayoría, no se dan por factores objetivos, sino subjetivos de política criminal del Estado, reconociendo que los jueces en muchas providencias abandonan los principios constitucionales, tomando criterios extraprocesales para tomar sus decisiones.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Analizadas las audiencias, se logró recolectar información de varios despachos judiciales, donde se extrae con facilidad que algunas de las decisiones que se han tomado en los juzgados de control de garantías en las audiencias preliminares, no dependen de los factores objetivos, sino que muchos son subjetivos por la aplicación de la política criminal del Estado que le exige a los jueces restringir la libertad a las personas de manera transitoria bajo el pretexto del peligro para la comunidad, el cual no es bien definido al momento que el fiscal impetra la solicitud bajo este criterio. Ahora bien, este aspecto para nada afecta el principio de inocencia, ya que el procesado no ha sido declarado responsable penalmente , pero por la aplicación de la política criminal del Estado se restringe su libertad desde las audiencias preliminares y solo basta que el ente investigativo solicite dicha medida con un mínimo de elementos con vocación probatoria, reconociendo entonces que se viene incurriendo en el error de privar de la libertad a unas personas en las audiencias preliminares, sin tener un mínimo de tipicidad de manera objetiva de la ocurrencia del delito y que el procesado sea el autor del mismo.

Analizado el test de proporcionalidad utilizado por los jueces, al momento de edificar sus fallos en las audiencias preliminares, se puede extraer que varios de ellos no emplean verdaderamente la terminología de proporcionalidad que indica la norma, porque se evidenció que existían otras medidas privativas de la libertad menos invasoras a la detención intramural que no fueron utilizadas por los jueces, a pesar de que se deprecó por los defensores o el ministerio público y los falladores hicieron caso omiso a las restantes medidas contempladas en el artículo 307 literal B de la Ley 906 de 2004.

En las audiencias analizadas no se mencionó por parte de la mayoría de los jueces de control de garantías la aplicación del principio de presunción de inocencia. Estos jueces manifestaron que al resolver las solicitudes de medida de aseguramiento deprecadas por la Fiscalía, consideraron que los derechos del imputado al principio de inocencia no se definen en las audiencias preliminares. Sumado a esto, la gran mayoría de los jueces afirmaron que la motivación de sus decisiones estaría inmersa en su decisión.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Al analizar las audiencias, la mayoría de los fiscales omitieron en sus argumentaciones referirse a los derechos constitucionales del imputado y fijaron sus discursos sobre las causales peligro para la comunidad, peligro para la víctima, la no comparecencia al proceso y dejando como último la obstrucción a la justicia sin desarrollar las causales antes descritas de manera coherente que permitiera llevarle conocimiento al señor juez de control de garantías de por qué un ciudadano que ha vivido toda la vida en un barrio y que ha cometido un error en un sector que no habita con frecuencia, ¿cómo se puede configurar el peligro para la comunidad por parte del procesado, si este no permanece en el mismo?

Según las audiencias, la mayoría de los defensores contractuales o públicos solicitaron al fallador que al momento de imponer una medida restrictiva de la libertad se analizara bien el test de proporcionalidad de la misma y se impusiera una medida menos invasora para el imputado, solicitando que, en caso de ser necesaria y menos peligrosista, se aplicara una de las medidas contempladas en el artículo 307 literal B de la Ley 906 de 2004.

4.2. Algunos casos particulares analizados en las audiencias preliminares

Al analizar las audiencias tomadas como muestra que en algunas como la 2017002906 el juez si realizó el test de proporcionalidad; esto, debido a los actos desplegados por el imputado contra su víctima. Dentro de este caso particular, el juez accede a la medida de aseguramiento en un caso de violencia intrafamiliar de un hombre contra una mujer, analizando que la misma fue proporcional y necesaria, porque, al no imponerse esta medida restrictiva desde las audiencias preliminares, se colocaría en peligro la vida de la víctima, debido a que su agresor convivía con ella en la misma residencia. Acertadamente, el juez realizó dicho test de proporcionalidad en este caso particular.

Por el contrario, al analizar otra audiencia, con radicado 20170088500, por el mismo tipo de delito, el juez aceptadamente realizó un test de ponderación de la medida deprecada por la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Fiscalía, que solicitó la imposición de la medida privativa de la libertad en contra de la aprendida. Al respecto, el juez no accedió a la medida porque la Fiscalía no llevó a conocimiento del juez elementos con vocación probatoria que estimaran que dejar en libertad a la imputada pueda seguir ocasionando actos violentos contra su núcleo familiar, pues no existen evidencias que permitieran inferir razonablemente que la procesada fuera un peligro para la supuesta víctima y para la comunidad.

En otro caso, como lo es el del radicado 201705863, cuya presunta conducta fue hurto calificado y agravado, a pesar de que el juez aplicó un criterio subjetivo, el mismo es válido en esta instancia procesal, y pese a que la Fiscalía no tenía elementos que estructuraran realmente la comisión de la conducta punible en cabeza del procesado, sí contaba con elementos hipotéticos de su probable participación. Debido a esto y a la falta de un arraigo del procesado, el juez ordenó la privación de la libertad del inculcado bajo el criterio subjetivo de falta de arraigo familiar.

En un caso más, con radicado 201717611, la juez constitucional determinó de manera aceptada que el test de proporcionalidad propuesto por la Fiscalía no era suficiente, ya que el ente acusador cimentó su petición bajo el concepto de peligro para la comunidad porque el procesado presenta antecedentes judiciales. La falladora, aceptadamente, realizó un test de ponderación y accedió a decretar la medida de aseguramiento, pero no en centro de reclusión como lo solicitó la Fiscalía sino en el domicilio del imputado por tener un arraigo positivo; además de ello, se cumple con todos los requisitos objetivos y subjetivos.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
5. CONCLUSIONES

Ahora bien, nuestro análisis se dirigió a constatar y verificar si las intenciones plasmadas por el legislador para el momento de la expedición de la norma que restringe tal derecho logran ser satisfechas en un primer momento por la Fiscalía General de la Nación, para el momento en que sus delegados solicitan ante el Juez de Control de Garantías la imposición de una medida de aseguramiento, si realizan de una manera razonada y sensata el análisis ponderado de la justificación de tan invasiva restricción, bajo el ropaje de la incipiente inferencia razonable de responsabilidad, y en un segundo momento, a realizar idéntico análisis bajo las mismas perspectivas, en relación con la justificación planteada por el Juez de Control de Garantías, cuando decide acceder o no a la pretensión de tal restricción.

Es claro que no se puede decretar una medida de aseguramiento sin sustentar en debida forma una inferencia razonable de responsabilidad penal, puesto que los criterios que deben guiar al Juez de Control de Garantías al momento de decretar la imposición de una medida de aseguramiento son los de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, que aparte de servir a la argumentación de justificar adecuadamente una medida tan invasiva de la libertad personal y adicionalmente tan drástica, contribuyan a mantener incólume el necesario equilibrio que debe prevalecer entre las prerrogativas que le son inherentes al derecho y de idéntica manera los límites del mismo.

De acuerdo con lo anterior, la proporcionalidad es el marco de referencia que debe seguir el Juez de Control de Garantías en sede de observar las condiciones para su imposición, así como también el principio de proporcionalidad ayuda en el propósito de justificar intromisión tan importante en los derechos del imputado y permite mantener la estabilidad del derecho afectado, entre sus alcances y sus legítimas restricciones.

Debe concluirse que una medida cautelar proferida por un Juez de Control de Garantías, como es la detención preventiva, que materialmente conlleva implícitamente la suspensión temporal del



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

ejercicio de la libertad personal, pierde su justificación, al estar desenlazada del criterio de proporcionalidad, desvirtuándose su esencia preventiva, pues así configurada se desdibuja su carácter de preventiva y adquiere visos punitivos, con la consiguiente afectación a la presunción de inocencia.

La privación de la libertad, solo admisible en virtud de la satisfacción de unos fines previamente determinados, conserva entonces su carácter preventivo únicamente de hallarse en aptitud de alcanzarlos y de suponer un gravamen para los derechos del proceso menor o equivalente a los bienes conseguidos o que se estiman conseguir. Si este criterio de moderación se desborda y la medida de aseguramiento excede o no está debidamente compensada y ante todo razonada en los objetivos que pretenden alcanzarse, la restricción pierde justificación y, por ende, su carácter preventivo y cautelar, para adquirir los rasgos de una sanción anticipada.

Solo se puede restringir la libertad temporalmente cuando haya una inferencia razonable de responsabilidad penal, pues, de no ser así, se tiene la obligación de proteger durante todo el curso del proceso la presunción de inocencia, siendo claro que en el ámbito general de las medidas de aseguramiento el principio de proporcionalidad es un criterio regulativo que controla y morigerar la actuación del Juez de Control de Garantías, con la finalidad de prever limitaciones o privaciones de la libertad y con el propósito de obtener fines no compensables con las afectaciones producidas o que comporten un sacrificio exagerado de los derechos del imputado en comparación con los bienes asegurados. No obstante, debe señalarse que al mismo tiempo determina también el tipo y grado de restricciones autorizadas a partir del objetivo invocado y el conjunto total de las condiciones que regulan su procedencia, en aras de mantener en un grado admisible y razonable las intervenciones efectivas a los derechos del imputado.

Refulge entonces otro principio que se encuentra en la misma génesis del sistema penal acusatorio, como es la necesidad de las medidas que limitan o privan de la libertad a la persona, y podría asegurarse sin temor a equívocos que es un indicador del principio de proporcionalidad, además de que el criterio de necesidad comporta que una medida de aseguramiento únicamente



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

es constitucionalmente legítima si solo ella puede cumplir el fin superior que se persigue, esto es, si no puede ser reemplazada por otra medida cautelar diferente y a la vez menos lesiva e invasiva para los derechos del imputado, pues resulta repugnante y contrario al Estado Social de Derecho, así como al respeto por la libertad y la presunción de inocencia, y a otros derechos constitucionales, que una persona investigada sea detenida preventivamente cuando ello no es necesario.

Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en los conceptos subjetivos o simples juicios de conveniencia del fiscal o del Juez de instancia; muy por el contrario, nuestra Constitución Política exige que la medida de aseguramiento se instituya en motivos que justifiquen a plenitud su necesidad, en el caso concreto, a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica, debiendo agregarse en aras de la verdad, que esta necesidad de ninguna manera puede ser política y ni siquiera estratégica, sino única y exclusivamente jurídica, es decir, dirigida en consecuencia al logro de los objetivos del proceso penal en general y a los fines de cada medida cautelar en particular.

De otro lado, no cabe duda alguna de que en un sistema social de derecho como el que nos rige, la carga de la prueba, tratándose del proceso penal, corresponde al Estado, representado este por la Fiscalía General de la Nación. Y es que un sistema penal acusatorio como el que actualmente se consagra en la Ley 906 de 2004 necesariamente se encuentra atravesado por el Principio Acusatorio, bajo cuya influencia corresponde a la fiscalía formular la imputación cuando estima que posee los elementos suasorios iniciales suficientes, para inferir de una manera razonable que existe una posible autoría del indiciado en determinados hechos con suficiente entidad penal.

También es claro y diáfano que, debido a su connotación adversarial, también se le permite a la defensa desarrollar su particular argumentación en sede de desvirtuar las inferencias razonablemente efectuadas preliminarmente por el ente de acusación. No obstante, puede asimismo construir tal forma de controvertirlas a través de un comportamiento pasivo o inercial, cuya legitimidad reposa, precisamente, en el hecho de que la carga de demostrar la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

responsabilidad penal compete a la Fiscalía, en tanto que el indiciado se halla prevalido como imperativo constitucional del principio de presunción de inocencia que, entre otras cosas, no hace más que reproducir normas internacionales de dicho principio, aparejado de su correlativo principio del *in dubio pro reo*.

Debe indicarse que si bien no es admisible desde algunos puntos de vista la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba en la medida de aseguramiento, la jurisprudencia ha morigerado el concepto en el entendido de la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca, porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria y la argumentación necesarias, allegando los elementos materiales con vocación probatoria, evidencias físicas e información legalmente obtenida de manera preliminar suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el indiciado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o investigado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión de resistencia.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. 1a ed. Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. 1a ed. Informe sobre la actividad litigiosa de la nación, 2013. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

BARRERA, José. Pertinencia legal y jurisprudencial de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad bajo la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Tunja entre los años 2010 a 2012. Tesis de Magíster en Derecho Penal y Criminología. Bogotá, D. C.: Corporación Universidad Libre. 2016. 109 p. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/F19RSe>>

BEDOYA, Luis. La Argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio. 1 ed. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación, 2007. 150 p. ISBN 978-958-8374-00-0. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/UEQhVV>>

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTES A, Eduardo. Las formas propias del artículo 29.

CAMARGO, Eduardo. El debido proceso en el sistema penal colombiano: el alcance de la Ley 906 de 2004. En: Revista Republicana. Enero-Junio 2010, no. 8. p. 15-49. p. 16

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Magistrados ponentes. Sentencia C 805/ 02. Bogotá, D.C, 1 de octubre de 2002.

CHICUNQUE, Wilson y CAÑAVERAL, Carmen. Medida de aseguramiento, ¿excepción o regla? Especialización en Derecho Procesal Penal y Criminalística. Santiago de Cali: Universidad



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

San Buenaventura Cali. Facultad de Derecho, 2015. 33 p. Disponible en Internet:
<<https://goo.gl/VQ1bni>>

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Magistrado Ponente. Sentencia No. C-301/93. Santafé de Bogotá, D.C., agosto 2 de 1993.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Constitución Política de Colombia. Edición Especial. Bogotá D.C.: Corte Constitucional, 2015. 121 p. ISBN 2344-8997. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/4nEUEen>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774. (25, julio, 2001). Detención Preventiva. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., 2001. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/Df96mE>>

COLOMBIA. Providencia del Tribunal Superior de Bogotá. Medida de aseguramiento impuesta a Andrés Felipe Arias Leiva, exministro de Agricultura y Desarrollo Rural (detención preventiva intramural). Magistrado: Orlando Fierro Perdomo. Bogotá, D.C., 2011. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/TgK84c>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-695. (9, octubre, 2013). Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “o que no cumplirá la sentencia”, contenida en el numeral 3° del artículo 308 de la Ley 906 de 2004 (“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”). Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D.C., 2013. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/cEQm1G>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 (27, enero, 1994). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 56 (parcial), 57 (parcial), 62 (parcial), 64, 70 (parcial), 71 (parcial), 78, 79, 81 (parcial), 82, 84, 102 (parcial), 105 (parcial) del Decreto Ley 1355 de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

1970, y los artículos 111 y 118 del Decreto Ley 522 de 1971. Magistrado Sustanciador Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., 1994.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-106 (10, marzo, 1994). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 375 (parcial), 387 (parcial) y 388 del Decreto 2700 de 1991. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, D.C., 1994.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 025. (4, noviembre, 1994). Proceso T-39.968. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. Bogotá, D.C., 1994.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163. (20, febrero, 2008). Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 1142 de 2007. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., 2008. p. 10.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318. (09, abril, 2008). Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, “Por la cual se reforman parcialmente las leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. Magistrado Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., 2008. p. 2.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469. (31, agosto, 2016). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 310 (parcial) de la Ley 906 de 2004, modificado por los artículos 24 de la Ley 1142 de 2007, 65 de la Ley 1453 de 2011 y 3 de la Ley 1760 de 2015. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., 2016. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/RHkQAZ>>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2004). Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2004. no. 45658. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/byZBTA>>

COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 13. (28, julio, 2016). Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la proporcionalidad de la detención preventiva. Bogotá, D.C., 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. (30, diciembre, 2013). 2013. OEA/Ser.L/V/II. p. 1-132. Disponible en Internet: < <https://goo.gl/xeGkL6>>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los numerales 2°, 3° y 7° del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, “por el cual se expiden las normas de procedimiento penal”. M.P. FABIO MORÓN DÍAZ, Sep 6 de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi Vs. Ecuador. (7, septiembre, 2014). 2014. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). p. 1-150. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/YUYeVM>>

DEFINICION.DE. Definición de Libertad. Disponible en <<https://definicion.de/libertad/>>

GALVIS, Gustavo. Libertad e igualdad. En: Vanguardia.com. Bogotá D.C. 27, junio, 2014. col.

HERNÁNDEZ, Roberto, FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar. Metodología de la investigación. 5 ed. México D.F.: MCGRAW-HILL, 2010. 613 p. ISBN: 978-607-15-0291-9. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/jUuGQh>>

LAVERDE, Javier. La ponderación en la medida de aseguramiento de detención preventiva en el procedimiento penal militar. Tesis de Magíster en Procedimiento Penal. Bogotá D.C.:



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Posgrados, 2016. 73 p. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/oJosHn>>

NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10, diciembre, 1948). París, 1948. Resolución 217 A (III). p. 1-63. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/LURHnL>>

NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16, diciembre, 1966). 1966. Resolución 2200 A (XXI). Disponible en Internet: <<https://goo.gl/D5dVPW>>

PAREJA, Johana. Hacinamiento en calabozos de la policía de Medellín es del 575%. En: El Tiempo. Bogotá D.C. 18, julio, 2017.

ROBAYO, Filadelfo. La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal. Tesis de Magíster en Derecho Procesal Penal. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada. 2013. 40 p. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/hxde1Z>>

VANEGAS, Piedad. Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio. 1 ed. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación, 2007. 128 p. ISBN 978-958-8374-01-7. Disponible en Internet: <<https://goo.gl/JFFLRc>>

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Magistrada Ponente. Sentencia C 591/ 05. Bogotá, D.C, 9 de junio de 2005.

VÉLEZ, Luis. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: el menosprecio de la libertad y la consolidación del autoritarismo penal. En: Estudios de Derecho –Estud. Derecho–. Junio 2010, vol. 67 no. 149. p. 115-136.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

VILLANUEVA, Gustavo. Funciones no declaradas de la detención preventiva, 2006. Disponible en Internet: <<http://gustavovillanueva.blogspot.com.co/2006/04/>>



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación
ANEXOS

Anexo 1. Requisitos para la selección de audiencias proporcionados por la Oficina de Servicios Judiciales.

REQUISITOS

Código único de investigación completo.

Nombre completo del indiciado/imputado.

Número de cédula del indiciado/imputado.

Delito.

Fecha de la diligencia(s) solicitada(s).

Juzgado que realizó la diligencia(s).

Parentesco con el indiciado/imputado (parte en el proceso).

Aportar CD o DVD virgen.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Anexo 2. Formato para el registro de información de las audiencias preliminares.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

AFECCIÓN AL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL EN AUDIENCIAS PRELIMINARES
MEDIANTE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

| DATOS GENERALES AUDIENCIAS PRELIMINARES | |
|--|--|
| FECHA AUDIENCIA: | RADICADO PRIMERO (SPOAS): |
| JUZGADO N°: | DELITO: |
| ¿ACEPTÓ CARGOS? | ANTECEDENTES: |
| INDICIADO(S): | |
| MEDIDA DE ASEGURAMIENTO | |
| ¿EL FISCAL PIDIÓ MEDIDA DE ASEGURAMIENTO?: | TIPO DE MEDIDA: |
| FINES: | PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ: |
| VARIABLES DESCRIPTIVAS | |
| ESTÁNDAR 1 | ESTÁNDAR 2 |
| SISTEMA DE PONDERACIÓN (PROPORCIONALIDAD, NECESIDAD, RAZONABILIDAD Y ADECUACIÓN) | ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE USÓ EL JUEZ PARA DECRETAR LA MEDIDA (CAUSALES SUBJETIVAS) |
| ESTÁNDAR 3 | |
| FUNDAMENTOS LEGALES Y TEÓRICOS, NACIONALES E INTERNACIONALES, QUE APLICA EL JUEZ PARA DECRETAR LA MEDIDA | |
| OBSERVACIONES: | |

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Anexo 3. Cuadro con audiencias preliminares: delito, medida y causal pertinentes.

| Audición no. | Delito | Medida pertinente | Causal pertinente |
|---------------------|---|---|--|
| 1 | Hurto calificado y agravado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Decreta las cuatro causales. |
| 2 | Violencia intrafamiliar agravada. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la víctima. |
| 3 | Hurto calificado y agravado; porte de arma de fuego | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la víctima. |
| 4 | Tentativa de homicidio. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad y peligro para la víctima. |
| 5 | Homicidio agravado y porte de arma de fuego. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad. |
| 6 | Coautoría de hurto calificado y agravado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad. |
| 7 | Coautoría de hurto calificado y agravado; porte de arma de fuego. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |
| 8 | Homicidio agravado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad y no comparecer a la justicia. |
| 9 | Coautoría de hurto calificado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |
| 10 | Coautoría de hurto calificado y agravado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad y peligro para la víctima. |
| 11 | Hurto calificado y agravado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito

Informe final de investigación

| | | | |
|----|--|---|--|
| 12 | Rebelión y porte de arma de fuego. | Ilegalidad de la captura y ordena la libertad de los imputados. | No impuso medida de aseguramiento. |
| 13 | Hurto calificado y agravado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |
| 14 | Tráfico de estupefacientes. | Detención preventiva en la residencia. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |
| 15 | Corrupción de alimentos | Medida no privativa de la libertad | No privativa de la libertad |
| 16 | Receptación | Ninguna. | Ninguna. |
| 17 | Hurto calificado y agravado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |
| 18 | Violencia intrafamiliar. | Medida no privativa de la libertad. | Peligro para la víctima y no comparecer a la justicia |
| 19 | Hurto calificado. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |
| 20 | Receptación | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad o sociedad, peligro para la víctima y no comparecer a la justicia. |
| 21 | Lesiones personales (navaja y cuchillo) | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la sociedad |
| 22 | Interceptación de comunicación | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Protección para la víctima |
| 23 | Hurto calificado y agravado, porte de arma | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 24 | Porte de armas | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 25 | Concurso porte de armas | Detención preventiva en | Protección para la |



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

| | | | |
|----|---|---|---|
| | | establecimiento de reclusión. | comunidad |
| 26 | Lesiones personales | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 27 | Homicidio y porte ilegal de arma | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 28 | Hurto agravado y calificado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 29 | Hurto agravado y calificado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 30 | Lesiones personales | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 31 | Receptación artículo 447 | No privativa | Medidas reglas de conducta |
| 32 | Lesiones personales | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Protección para la comunidad |
| 33 | Hurto calificado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 34 | Hurto calificado y agravado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 35 | Hurto calificado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 36 | Tráfico porte de armas y transporte | Detención preventiva en la residencia. | Peligro para la comunidad |
| 37 | Corrupción de alimentos (licor adulterado) | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Protección a la comunidad (no volver a vender licor, observar buena conducta y presentarse cada mes al tercer piso) |
| 38 | Receptación | Libertad | Libertad |
| 39 | Lesiones y hurto | Detención preventiva en establecimiento de | Protección a la víctima y Peligro para la comunidad |



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

| | | | |
|----|---|--|---------------------------|
| | | reclusión. | |
| 40 | violencia Intrafamiliar | Recoger las cosas, Mandar por ellas o con un policía, No puede ingresar donde ella se encuentre. (No privativa) | Protección a la víctima |
| 41 | Hurto calificado flagrancia | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Protección a la comunidad |
| 42 | Acceso carnal abusivo con menor de 14 años | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 43 | Concierto para delinquir, extorsión, desplazamiento forzado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 44 | Concierto para delinquir, extorsión, desplazamiento forzado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 45 | Hurto de vehículo | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 46 | Violencia intrafamiliar | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Protección a la víctima |
| 47 | Tráfico de estupefacientes | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 48 | Corrupción de alimentos. | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |
| 49 | Lavado de activos, cohecho por dar u ofrecer | Libertad | Peligro para la comunidad |
| 50 | Hurto calificado y agravado | Detención preventiva en establecimiento de reclusión. | Peligro para la comunidad |