

**PELIGRO PARA LA COMUNIDAD, CRITERIO PARA
IMPONER MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO**

Nombre de los estudiantes
Nathaly Arbeláez Jiménez
Stella María Gañan García

Presentado como requisito para optar al título de:

ABOGADO

Asesor temático:

Jorge Luis Tapias Restrepo

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

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	3
ABSTRACT.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. BREVE RESEÑA HISTORIA DE LA CAUSAL “PELIGRO PARA LA COMUNIDAD” EN LA REALIDAD JURÍDICA COLOMBIANA.....	10
2. FINES CONSTITUCIONALES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA	18
<u>2.1. Riesgo de Obstaculización</u>	<u>21</u>
<u>2.2. Riesgo de reiteración.....</u>	<u>22</u>
<u>2.3. Riesgo de fuga.</u>	<u>24</u>
<u>2.4. Ponderación del daño causado al bien jurídico y la restricción a la libertad como derecho fundamental – principio de proporcionalidad.</u>	<u>26</u>
3. RECORRIDO POR LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS CRITERIOS PARA IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA	29
<u>3.1 Derecho a la libertad en materia penal, desde la perspectiva de las decisiones de la Corte suprema de Justicia.</u>	<u>29</u>
<u>3.2. Principio de presunción de inocencia en las decisiones de la Corte</u>	<u>32</u>
<u>3.3. Medidas de aseguramiento desde la perspectiva de las decisiones de la Corte</u>	<u>35</u>
4. EL PELIGRO PARA LA COMUNIDAD, CRITERIO PARA IMPONER MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.	41
CONCLUSIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA.....	54

RESUMEN

El tema que ocupa el presente trabajo, lo constituye el análisis de la casual prevista por el legislador y desarrollada por la Corte Constitucional, “peligro para la comunidad ”, como requisito que se debe observar para imponer o abstenerse de hacerlo, medida de aseguramiento de detención preventiva, situación que ha ocupado el interés nacional los últimos años, por cuanto generalmente se acude a ella por parte del ente acusador, tratando de para sustentar la petición restrictiva de derechos fundamentales ante el Juez Control de Garantías, especialmente frente a lo establecido en el artículo 310 de la ley 906 de 2004, donde la exigencia para el fiscal es la demostración de que la comunidad está en peligro, los cuales generalmente se sustentan en presunciones futuras que en algunos casos lesionan o trasgreden la presunción de inocencia.

Palabras clave: Libertad, peligro para la comunidad, motivos fundados, presunción futura, presunción de inocencia.

ABSTRACT

The subject that occupies the present work, it constitutes the analysis of the casual one anticipated by the legislator and developed by the Constitutional Cut, "danger for the society", like requirement that must be observed to impose or to abstain to do it, measurement of assurance of preventive detention, a situation that has occupied the national interest in recent years, as it is generally resorted to by the prosecuting agency, trying to support the restrictive request of fundamental rights before the Judge Control of Guarantees, especially against the provisions of Article 310 of Law 906 of 2004, where the requirement for the prosecutor is the demonstration that the community is in danger, which are generally based on future presumptions that in some cases injure or transgress the presumption of innocence.

Keywords: Freedom, danger to the community, well-founded reasons, future presumption, presumption of innocence.

INTRODUCCIÓN

El tema principal que gobierna el presente trabajo está ligado al estudio de una causal contenida en la norma procesal penal vigente, en forma específica en el artículo 310 de la ley 906 de 2004, peligro para la comunidad, si bien es cierto existen unos elementos que el mismo legislador consideró se deben observar como criterios taxativos, ya que existe un margen de discrecionalidad que corresponden tanto al fiscal como al Juez de Control de Garantías, situación que en algunos casos puede derivar en una vulneración al principio de presunción de inocencia, por cuanto surge de apreciaciones del comportamiento futuro de una persona.

Estas valoración ex ante, generalmente atadas a la causa mediática, nacen según el caso de la inclusión en las audiencias de los medios de comunicación, inserciones deliberadas y en ocasiones atentatorias de derechos que surgen de un mal entendido principio de publicidad que gobierna las audiencias en un sistema de tendencia acusatoria como el implementado desde el año 2006 en la ciudad de Medellín.

Esto sustenta el objetivo general que se persigue con la presente argumentación, al verificar la suficiencia en un Estado de derecho de invocar una causal como la mencionada como único requisito para restringir el derecho constitucional a la libertad, especialmente porque al revisar las consideraciones positivizadas en el artículo 310 de la ley 906 de 2004, obedecen a motivos fundados sobre la posibilidad de atentar contra la comunidad, sin que se establezcan mayores circunstancias condicionantes del criterio del operador judicial, siquiera teniendo en cuenta en este punto específico la ponderación que irradia el código sustantivo y procesal penal desde los principios rectores.

Para desarrollar el objetivo antes citado, este trabajo consta de cuatro capítulos, en el primero de ellos se hace una compilación histórica sobre la institución de la detención preventiva en la legislación colombiana, especialmente frente a los criterios que se han observado a lo largo de su realidad judicial, para restringir el derecho fundamental a la libertad, mirando cómo ha evolucionado desde la misma Constitución de 1886 hasta nuestros días.

En el segundo capítulo se hace un recorrido doctrinal sobre los criterios que deben observar en la actualidad tanto el Juez de Control de Garantías como los intervinientes en la causa penal para restringir el derecho fundamental a la libertad, especialmente los contenidos incluidos a partir del artículo 306 y siguientes de la ley 906 de 2004 y el test de ponderación que se ligó como presupuesto adicional frente a la afectación de este derecho tan costoso cuya reivindicación aparece contenida en instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales, observados continuamente cuando de impugnar decisiones se trata en los tribunales de todo orden.

En el tercer capítulo, se realiza una compilación del estado del arte existente en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los criterios a observar por los operadores judiciales a la hora de restringir derechos fundamentales, especialmente cuando se impone en contra de un ciudadano una medida de aseguramiento de detención preventiva, acudiendo a la causal prevista en el artículo 310 de la ley 906 de 2014, esto es el peligro para la comunidad.

Finalmente el esfuerzo argumentativo se enfoca en establecer cuáles son esos elementos materiales probatorios que le permitan al Juez de Control de Garantías, y que debe sustentar el fiscal, para que prospere una medida de esta naturaleza por esa razón específica, lo anterior para entender qué debería considerar cada Juez como peligro para la comunidad desde su fuero interno, ya que allí

es donde realmente está el problema objeto de estudio, en los vacíos legislativos a la hora de valorar esos elementos probatorios.

La carencia de estudios sobre el tema, es lo que sustenta el presente trabajo, además de la necesidad de proporcionar a la comunidad en general y en especial a la comunidad académica de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, herramientas necesarias a la hora de entender esta forma de restricción, el alcance de la limitación por vía judicial al derecho a la libertad, y los criterios legales y jurisprudenciales que desarrollan la reserva judicial de las libertades públicas en la que se sustenta la reforma constitucional del artículo 250 y siguientes de la Constitución Política.

La pertinencia de ésta investigación y el impacto que se busca con la misma, está orientada a estudiar los criterios para la imposición de medidas de aseguramiento restrictivas de derechos fundamentales como la libertad, al seno de la jurisdicción ordinaria, lo anterior por cuanto los criterios vigentes por línea jurisprudencial que debe observar el operador judicial, son en su mayoría presunciones futuras, aspectos que debe sustentar con base en especulaciones de hechos que aún no se han materializado, lo cual podría incluso desnaturalizar la forma de entender el derecho procesal penal que se implementó a partir de la ley 906 de 2004, cuando se indica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las normas preexistentes del “acto” que se le imputa.

El presente trabajo es importante para la comunidad académica, porque pretende demostrar que los criterios utilizados por los operadores y que están vigentes en los artículos 308 y siguientes de la ley 906 de 2004, exigen para su configuración en el seno de una causa penal, el sustento de motivos fundados los cuales generalmente se convierten en especulaciones del fiscal,

especialmente cuando no es posible justificar el riesgo para la comunidad aludida en elementos probatorios objetivos.

Con el fin de cumplir de forma satisfactoria con los objetivos preestablecidos y previamente planteados en esta investigación, el enfoque metodológico se basará en los siguientes elementos:

Un paradigma hermenéutico, el cual según Gadamer (1977) en su obra *El inicio de la filosofía occidental*: “intenta demostrar cómo la hermenéutica, indica no sólo el procedimiento de algunas ciencias, o el problema de una recta interpretación de lo comprendido, sino que se refiere al ideal de un conocimiento exacto y objetivo, siendo la comprensión el carácter ontológico originario de la vida humana que deja su impresión en todas las relaciones del hombre con el mundo, pues el comprender no es una de las posibles actitudes del sujeto, sino el modo de ser de la existencia como tal”.

El análisis jurídico dentro del derecho interno, en especial lo concerniente al tratamiento legal y jurisprudencial asumido por la jurisdicción ordinaria al momento de imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva, junto a las normas correctivas y sancionatorias destinadas a castigar a los miembros de una sociedad que cometen delitos que guardan relación directa y próxima con los valores en los cuales se sustenta el estado de derecho.

Aunado a lo anterior, el método investigativo también conjugará elementos deductivos y de análisis de la información recolectada, lo cual puede verse desarrollado en los capítulos de la monografía que integran el grueso del estudio, y dentro de los cuáles se despliegan los diferentes temas que a su vez desarrolla cada uno de los objetivos, por medio de artículos bibliográficos.

Este es un estudio exploratorio y cualitativo, y bajo esta perspectiva después del análisis legal, jurisprudencial y doctrinal planteado como metodología, se procederá a indagar alguna de las

causas que están afectando la protección de la comunidad a través de la posibilidad de imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El método es cualitativo, por cuanto cobra especial valor las experiencias recogidas con los funcionarios de la rama judicial, los cuales evidencian diariamente la problemática aquí planteada, “Es una investigación que se basa en el análisis subjetivo e individual, esto la hace una investigación interpretativa, referida a lo particular ” (Hurtado Barrera, 2000), por ello se hace visible la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los tribunales superiores, entes colectivos que en los últimos años ha producido interesantes precedentes que matizan la realidad vivencial de la población en general, generando jurisprudencia especializada en materia de interpretación de las actuaciones de los trasgresores de la norma punitiva.

El enfoque se hará desde la perspectiva crítica, toda vez que se pretenden analizar los criterios que fueron establecidos en la ley 906 de 2004, lo cual sin duda en algunos casos puede ir en contravía de la presunción de inocencia, cuando la medida de aseguramiento de detención preventiva no se utiliza de manera racional y objetiva, ya que por ejemplo en el caso del peligro para la comunidad, los motivos fundados se construyen a partir de presunciones futuras, que en algunos caso rayan con la especulación.

1. BREVE RESEÑA HISTORIA DE LA CAUSAL “PELIGRO PARA LA COMUNIDAD” EN LA REALIDAD JURÍDICA COLOMBIANA

En la historia de la humanidad resulta remoto el origen de las prisiones, no así de la institución de la detención preventiva, la cual por lo menos en el Estado Romano, este instrumento no se implementó como una forma de castigar a los delincuentes, sino como una medida para custodiar a los procesados mientras se les dictaba una sentencia, por ello, esta medida se considera anticipada a la detención por cumplimiento de una sanción penal en sentido estricto.

En ese sentido (García 1982), en su obra al estudiar la evolución de esa institución en el derecho universal destacó:

La prisión desde la etapa primitiva, hasta finales del siglo XVI, pasando por el derecho técnico germánico, se ha utilizado fundamentalmente para guardar delincuentes, incluso con ulteriores fines antropofágicos, no como medio represivo en sí y ello es resultado de la concepción que obre el delito y delincente tiene la época: el hecho sancionable es un mal, y le culpable un “*perversus homo*” no susceptible de enmienda sino de castigo rápido y capital. En esta situación la cárcel custodia se impone frente a la prisión entendida y aplicada como pena. (García Valdez, 1982, pág. 11)

Lo cual ubica a esta institución de detención preventiva como una simple forma de resguardar al delincente mientras se adelantaba el juicio propio del modelo absolutista, la cárcel posterior no era vista como la medida necesaria sino por el contrario la pena de muerte se constituía en la mejor forma de finiquito penal y la real consecuencia frente al mal ocasionado con la actuación a la religión, al absoluto y al modelo de gobierno.

En la edad media por ejemplo, dos factores hacían improcedente la privación de la libertad, generalmente asociado al aspecto netamente económico, el primero, porque existía la esclavitud, y ahí el derecho penal era privado, el control de la libertad y de la sanción le correspondía al señor y dueño, era ilógico pensar en restringir la libertad a un esclavo cuando este desde su mismo

nacimiento carecía de ella, y segundo el Estado no intervenía ya que se quitaba mano de obra necesaria para cancelar los impuestos o tributos al señor feudal, a la iglesia y al monarca.

Entonces la detención se convierte en una medida costosa desde la perspectiva política y económica, así lo plantea (Mir Puig 2005) en su obra cuando señala:

Se necesitaba incrementar la mano de obra, la que escaseaba como consecuencia del crecimiento económico y de la falta de crecimiento demográfico generado por las guerras religiosas y los disturbios internos. La reforma protestante y el Calvinismo, aporta valoración moral altamente positiva al trabajo, dan origen a la aparición y proliferación por toda Europa de las llamadas “Casas de Corrección”, las que pretenden aprovechar la mano represada representada por la fuerza de delincuentes, mendigos y prostitutas. (Mir Puig, 2005, pág. 47)

En la doctrina moderna, “la prisión preventiva se caracteriza por ser la medida de carácter cautelar que más se aplica en el desarrollo del sistema procesal penal. Se aparta del contenido económico para la satisfacción del Estado y por el contrario este se especializa en asumir los altos costos financieros que implican la manutención y el cuidado de los privados de la libertad, amén de ser indirectamente el generador de la nueva problemática social del siglo XXI, “la ausencia de los páter - familia y el desamparo de otros ordenes y/o factores sociales” (Ferrajoli, 1995, pág. 353).

Hacia la mitad del siglo XVIII, aparecen dos grandes obras que habrían de cambiar las inclinaciones del pensamiento punitivo. La primera, la del Marqués de Beccaría; y, la segunda, la de John Howard. Hombres que darían comienzo a una filosofía penal que se enmarca en lo que se ha denominado el período correccionalista y moralizador del derecho penal, en el que, el primero de ellos; Beccaría, influiría en el aspecto de la humanización de la pena, y, Howard, en el aspecto de la humanización del régimen carcelario.

En cuanto se refiere a Beccaría, expuso una nueva teoría punitiva que fue sustentada en dos bases fundamentales que permiten construir una justificación armónica sobre la existencia de la pena

como consecuencia del delito: La primera de ellas, referente a la misión de la pena, que, no siendo otra diferente a la de mostrar las consecuencias del delito, permitiendo, disuadir de las conductas delictivas a los demás miembros de la sociedad; y la segunda, la de neutralizar y castigar al delincuente para brindar seguridad a la sociedad¹.

Situación que llevo al marco normativo latinoamericano y colombiano desde la misma constitución política de 1886 la cual en su articulado determinó entre otros aspectos frente a los derechos y garantías inalienables del individuo:

Artículo 23.- Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial.

Artículo 24.- El delincuente cogido in fraganti, podrá ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquiera persona. Si los agentes de la autoridad los persiguieren, y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión; y si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al dueño o morador.

Lo cual difiere de los contenidos hoy por hoy en el derecho de habeas corpus, en la obligatoriedad de definir la situación jurídica o presentación ante autoridad competente dentro del término establecido de las 36 horas y la reserva judicial de las libertades públicas, según la cual solamente los jueces de la republica son los únicos que pueden restringir derechos fundamentales.

Esta Constitución permitió la aparición de institución adjetivas y sustantivas en materia penal, dentro de las cuales es oportuno señalar el código procesal de 1938, ley 94 de junio 13, publicado

¹ En su libro "De los Delitos y de las Penas", Beccaría, en el capítulo 12, denominado Fin de las penas, sostiene lo siguiente: El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas las penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo".

en el diario oficial 23801, en cual es u articulo 379 frente a la institución de la detención preventiva planteaba:

ARTÍCULO 379. Cuando la infracción por que se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión, el procesado será detenido, si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la Infracción que se investiga, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción.

Una declaración de un testigo era suficiente para privar de la libertad a un ciudadano, incluso un indicio grave, el cual en la misma denominación procesal era definido como:

ARTÍCULO 216. Se entiende por indicio un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho.

ARTÍCULO 217. Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada.

ARTÍCULO 218. El indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos que haber existido el otro.

Algo similar a lo que hoy se exige frente a los motivos fundados, solamente que el servidor que pretende invocar esta vez no lo hace con base en hechos pasados sino tomando en cuenta presunciones futuras de posibilidad de afectar a la víctima con la conducta penal, lo cual nada tiene que ver con la responsabilidad del procesado, lo que podría constituir una vulneración a la presunción de inocencia, si se tiene en cuenta que ese criterio discrecional puede estar influenciado en algunos cosas por la realidad mediática que gobierna la actuación en el sistema procesal colombiano, o a situaciones de costumbre judicial donde se privilegia este instituto² y se obvia el test de ponderación exigido por la jurisprudencia constitucional.

² En ese sentido véase el estudio elaborado por el Ministerio de justicia sobre la racionalización de la detención preventiva disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/4detencionpreventiva.pdf>.

En el mismo sentido el decreto ley 409 de 1971 fijo algunas reformas a la situación de la detención, dentro de las cuales se destaca la necesidad de ser escuchado en diligencia de indagatoria previo a la definición de situación jurídica, en esencia se plantean unos presupuestos positivos para determinar cuándo se debe restringir la libertad, en ese sentido en este esquema procesal escrito de corte inquisitivo se consagraba:

ARTÍCULO 439. PRESUPUESTOS PARA DICTAR AUTO DE DETENCIÓN. Cuando la infracción por que se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 de este Código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga.

Si la infracción tiene pena de arresto y el procesado fuere merecedor del beneficio de excarcelación, dispondrá de cuatro días a partir de aquél en que se le notifique el auto de detención, a fin de constituir la caución que en aquél se le exija para continuar en libertad. Si no otorga la garantía se hará efectiva la orden de detención y ésta durará hasta cuando tal exigencia sea cumplida.

Para notificar la providencia podrá expedirse orden de captura si el procesado se muestra renuente a comparecer.

Esta norma fue derogada por el decreto ley 50 de 1987, el cual señala aspectos relevantes frente a la legalización de captura, presentación ante funcionario competente y términos para escuchar en indagatoria y resolver situación jurídica, incluso se empezó a plantear la posibilidad de privar de la libertad para resolver la situación jurídica, empezaron a diferenciar los requisitos formales de los sustanciales lo cual es una incursión a las garantías procesales ya contempladas en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la convención Americana de Derecho Humanos.

ARTÍCULO 414. REQUISITOS SUSTANCIALES: Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, los cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

ARTÍCULO 415. REQUISITOS FORMALES. Las medidas de aseguramiento se dictarán en virtud de auto interlocutorio en que se exprese:

1. Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente.

2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad como autor o partícipe.

Con posterioridad se promulgó ya en vigencia de la constitución de 1991 el Decreto 2700 de 1991, el cual aparecen instituciones como la detención domiciliaria, y la medida de aseguramiento cuando se trate de delitos de competencia de los jueces del circuito especializado es decir las conductas más graves, tal vez por la realidad de la seguridad y orden público por la que atravesaba el país, y dos novedades legislativas severas como era: *“Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión y cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión, por ningún lado se incluyen los criterios de peligro para la víctima como presupuesto de detención”*.

Esta norma fue derogada finalmente por la ley 600 de 2000, norma de contenido adjetivo que aún hoy en día continua vigente por ejemplo para los congresistas en virtud de lo señalado en el artículo 533 de la ley 906 de 2004³, concordante con el artículo 235 Numeral 3 de la Constitución Política⁴, y en la cual se introdujo por primera vez los fines de la restricción en esencia señaló:

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

ARTICULO 356. REQUISITOS. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

³ ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

⁴ ARTICULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.

Se le agregó un indicio grave de responsabilidad y tampoco se incluyó el aludido peligro para la comunidad, incluso en vigencia de la constitución de 1991 y del modelo de estado que esto deriva.

Ello lo señaló incluso la Corte Constitucional al analizar los nuevos fines que se buscaban desde la aplicación de la norma con la institución de la detención preventiva, en ese sentido señaló:

Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. Los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte. (Sentencia C744, 2001)

Criterios que determinó en la misma decisión indicando que la detención preventiva: “(...) *se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado...*”. (Sentencia C744, 2001)

Precedente que sin duda marco el punto de partida para lo que después fue institucionalizado en la Ley 906 de 2004, lo cual va en contravía de la tradición jurídica del estado colombiano, que

siempre ha tenido la influencia de las normas sustantivas y adjetivas del derecho continental europeo, por un sistema anglosajón de corte utilitarista justicia premial⁵.

Al hacer el recorrido previamente citado, varias conclusiones resultan importante destacar, la primera de ellas es que solamente hasta la ley 906 de 2004 se incluyó la causal del peligro para la comunidad como requisito sustancial para la imposición de una medida de aseguramiento, esta inclusión como se analizará más adelante obedece a modelos procesales que desconocen la tradición normativa colombiana y ubican un sistema de enjuiciamiento criminal impuesto por los norteamericanos como requisito para la aprobación y entrega de recursos en el plan Colombia⁶.

Nunca se tuvo en cuenta la necesidad de verificar, para imponer una medida de aseguramiento, la posibilidad real o potencial del daño causado a la comunidad del delito, y si bien es cierto esto parece altruista desde la perspectiva de la inclusión necesaria, desnaturaliza el mismo sistema acusatorio impuesto que es de partes, por cuanto la afirmación de la proyección y la posibilidad entonces de la privación de la libertad surgen de especulación futuras que nunca fueron tenidas en cuenta siquiera por el Constituyente de 1991, ya que solamente esta inclusión llegó después de la reforma del 2002, que permitió la implementación de un sistema penal la que como se ha dicho ya en dos oportunidades es ajeno a nuestra tradición judicial.

⁵ En ese sentido es pertinente observar el argumento del Raúl Castaño disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/2257/2187>.

⁶ Esta afirmación resulto la conclusión en el congreso americano de derechos humanos realizado en la ciudad de México donde tratadistas de todo el eje latinoamericano discutieron al bondades y desaciertos del sistema impuesto por los norteamericanos en se sentido ver: <https://noticias.terra.com.mx/mexico/politica/consideran-juicios-orales-una-imposicion-de-eu-por-tlc,82b83155603df310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>

2. FINES CONSTITUCIONALES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Los fines derivan en esencia del artículo 250 superior, de allí nace su influencia en la norma procesal y se deriva su obligatoria aplicación dentro del sistema penal acusatorio para los intervinientes del proceso penal, especialmente para el Fiscal quien debe asumir la carga probatoria con suficiencia, para justificar ante el Juez de Garantías la pertinencia de la restricción para el caso objeto de estudio, así se garantiza la presunción de inocencia y se da vida a los postulados esbozados en las decisiones de los tribunales internacionales creados para la protección de los derechos humanos.

Por ello, las medidas de aseguramiento como lo destaca Bedoya 2007 son:

Medios estatales de preservación y defensa social. Con ella se busca la preservación de la comunidad de los posibles ataques de la persona “peligrosa” y, además, con ella el Estado busca mantener intacta su facultad de poder ejecutar sanciones penales que llegue a imponer luego de un debido proceso. Las medidas de aseguramiento pueden entenderse entonces como medidas de prevención general y estatal en cuanto se busca proteger a la comunidad y garantizar la potestad sancionatoria del estado. (Bedoya Bedoya, 2007, págs. 87,88)

Para ese grupo de personas, están dirigidas las normas jurídicas, y la medida de aseguramiento ejerce sobre ellos una barrera, una defensa de posibles ataques futuros de los transgresores de la norma, por cuanto en una entidad de esta naturaleza, donde los efectivos no son tan numerosos como en otras formas de asociación colectiva, cualquier lesión a los bienes jurídicos, tiene múltiples repercusiones, ya que en ese limitado espacio geográfico, cualquier alteración al orden natural, deriva en situaciones que podrían desencadenar indisciplina, dando al lastre con el cumplimiento que debe caracterizar al personal que allí cohabita.

Dichas medidas, deben ser valoradas desde la perspectiva de la observancia de la dignidad humana, evitando excesos en la intervención estatal, por cuanto con ellas se limita un derecho fundamental, cuya titularidad esta en cabeza del ciudadano, y por ello sólo podrá ser limitado en la medida que

se cumplan con las finalidades previstas por la Ley y la Constitución y se cumplan con los requisitos contenidos en esas normas, lo anterior, por cuanto esa ponderación constituye un límite material del *ius puniendi*.

Así lo reconoce Granados 2001 cuando manifiesta:

La libertad junto con otros derechos fundamentales del sindicado se ven afectados tras la imposición de cualquier medida restrictiva de la libertad. Por lo tanto, el Estado, so pena de excederse en sus facultades y de enfrentarse a una medida flagrantemente inconstitucional o ilegal, debe aplicar un juicio de proporcionalidad entre la finalidad buscada y la naturaleza e intensidad de la medida. Dicho juicio el cual integra la idoneidad, necesidad de la medida, reviste de una gran importancia, dado que a través de él se reconoce la limitación al recurso del *Ius Puniendi* del Estado. (Granados, 2011, pág. 6).

Además, porque podría presentarse un conflicto entre la restricción a la libertad (en virtud de la limitación autorizada por la ley y los tratados internacionales⁷), y el derecho de la presunción de inocencia, *“encerrar a una persona en una prisión antes que se declare si es culpable o inocente, es violar y desconocer el principio de la presunción de inocencia; atentar contra el principio de la dignidad humana y desconocer el llamado principio de la libertad personal estatuidos en los artículo 28,12 y 29 de la Constitución Colombiana y artículos 2º, 3º y 4º del mismo código de procedimiento penal que se encuentra en vigencia”*⁸, por cuanto al estar autorizada la limitación en normas de rango constitucional, al hacerse efectiva podría afectarse la percepción de esta persona, por encontrarse en dicha situación puede tener la comunidad en la que ejerce sus funciones, con la innegable afectación al buen nombre, desprestigio institucional y señalamiento y estigmatización que ello trae consigo.

⁷ Art. 7º inc. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 9º inc. 3º del pacto internacional de derecho civiles y políticos. Véase además: art. 9º inc. 3º del PIDC.

⁸ SANDOVAL, Rafael. Medidas de aseguramiento y libertad provisional. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1999. Pág. 59

Por eso dichas medidas se consideran una excepción, por eso la libertad el Quijote la definía diciendo:

“la libertad SANCHO, es uno de los más preciados dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra y el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que le puede venir a los hombres (Vargas, 2009, pág. 17).

En ese estado de las cosas, se hace indispensable mencionar precisamente esos fines constitucionales y legales que hacen factible la aplicación de dicha excepción, y para ello, es oportuno referirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como fuente obligada de consulta:

Los fines son:

(...) la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, y al eventual cumplimiento de la pena, la protección de la actividad probatoria frente a cualquier acto de ocultamiento, destrucción, deformación o entorpecimiento, la protección de las víctimas y los testigos, y la protección de la comunidad del peligro derivado de la eventual continuidad de sindicado en la actividad delictiva (Sentencia C371, 2002).

Esos fines aparecen ahora presentes tanto en la jurisdicción ordinaria como en la penal militar y los ha dividido en tres grandes grupos como lo destaca el Profesor Miguel Ángel Pedraza⁹ y serán utilizados para nuestra argumentación: i. necesidad de la medida para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia (riesgo de obstaculización) ii. Necesidad de la detención porque el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima (riesgo de reiteración); y iii. Necesidad de aseguramiento por cuanto resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o al cumplimiento de la sentencia de condena (riesgo de fuga).

⁹ PEDRAZA Miguel. La detención preventiva en el sistema acusatorio. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2010. Pág. 87 y 88.

2.1. Riesgo de Obstaculización

El legislador dentro de su libertad de configuración normativa contempló que se debe entender por obstruir el libre ejercicio de la justicia y para ello se trae a colación el artículo 309 de la ley 906 de 2004, cuya naturaleza desde su promulgación, irradió de manera significativa la jurisdicción ordinaria tornándola más garantista, la citada norma consagra:

“Artículo 309. Obstrucción de la justicia. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación¹⁰”.

Con esta norma se busca proteger la actividad probatoria de la investigación, y por ende la buena marcha de la administración de justicia, en cabeza hasta este momento de los fiscales, al considerar que es indispensable mantener privado de la libertad al imputado, para que éste; no entorpezca, ni influya en el recaudo de los elementos materiales probatorios o de la evidencia física, incluso, para que no afecte las etapas iniciales de la actuación, en donde en muchos casos se torna necesaria su presencia, por expresa disposición legal, evitando la dilatación innecesaria de los procesos.

Guarda sustento en lo que en Alemania se denomina “*peligro de oscurecimiento*” y se enlaza con la obstrucción presumida del procesado por cuanto:

Este peligro existe legalmente si se da la sospecha de que el inculpado destruirá medios de prueba, los modificará, suprimirá, disimulará, o falsificará, de que influirá de forma ilícita en coimputados, testigos o peritos, de que motivara a otros a tales conductas, y por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedara dificultada” (Gomez Colomer, 195, pág. 107).

Lo cual constituye una presunción futura, los verbos rectores están conjugados de esa forma, por tanto, le corresponde al Fiscal como director de la petición, demostrar que el procesado tiene, por

¹⁰ ARBOLEDA Mario, Código Penal y Procedimiento Penal, Bogotá Editorial, Leyer 2012. Pág. 744.

ejemplo, la capacidad de general aquel mal en el desarrollo de la investigación y para ello, debe acudir a las características personales, sociales y económicas del imputado, de allí porque se supone que es un líder, un director un comandante que cuenta con poder derivado de su jerarquía en la institución, con lo cual puede llevar a influenciar en los posibles testigos, o incluso comprar conciencias, para que delante del juez se entregue una versión alejada de la verdad.

Al respecto del Pedraza 2010 en su obra plantea:

(...) dígase que el imputado que puede inducir testigos o que influye decididamente en la opinión de sus compinches es por lo general un “poderoso”, un “jefe”, un “cabecilla”, o una persona con poder de intimidación o de constreñimiento sobre otros, con capacidad suficiente para someter la voluntad de los demás llegado el caso en que su poder económico no se suficiente para dominar la conciencia ajena. Lo mismo cabe predicar para el evento de la manipulación del perito, de quien a pesar de presumirse su carácter recto, incorruptible y firme, puede verse amenazado por la fuerza intimidante del imputado que le manipula (Pedraza, 2010, pág. 90).

Lo que lleva a pensar que este requisito de obstrucción a la justicia, desaparece en la medida que el órgano encargado de recolectar los medios de prueba haya culminado su labor, por cuanto, estos elementos ya están en poder del fiscal, lo cual en los procesos penales es muy común que suceda, toda vez que los testimonios, que son en muchos casos los que sustentan por ejemplo una conducta como el hurto simple, son recolectados el mismo día de la denuncia, y con ello, después de abierta la investigación se llega a la imputación, lo cual haría difícil sustentar esta suposición en la medida que no es probable la afectación de la actividad probatoria cuando esta ya se llevó a cabo.

2.2. Riesgo de reiteración

Más adelante se hará hincapié sobre esta causal especialmente en lo atinente al peligro para la comunidad, no obstante, es importante desde ya sentar algunos criterios normativos y doctrinales sobre el particular, ya que para justificar la detención preventiva acudiendo a esta causal, es indispensable analizar la posibilidad de que el imputado continúe generando un daño a la

comunidad, lo cual cobra sentido desde el punto de vista constitucional, al matizar la afectación con los fines esenciales del Estado, acudiendo al principio de proporcionalidad.

El legislador consagró lo que debe considerarse peligro para la comunidad, y estableció en el artículo 310 circunstancias tales como: (1). La gravedad del hecho, (2) La pena imponible, (3) la continuación de la actividad delictiva o la probable vinculación del imputado con organizaciones criminales (4) El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. (5) el número de delitos imputado y la naturaleza de los mismos, lo cual impone un trazo de perfil peligroso del imputado, el estudio de la gravedad del hecho imputado y el análisis de la pena en caso de ser condenado entre otros aspectos incluidos por vía de modificación legislativa.

La detención preventiva por motivos de peligrosidad del autor constituye una “necesidad penal¹¹”. Esto es una medida de aseguramiento que se toma por razones de defensa social para proteger a la comunidad de futuros delitos que vaya a cometer el futuro delincuente.

Por ello, al analizar la gravedad del hecho, o la posible pena imponible, el operador judicial deberá efectuar un juicio de proporcionalidad, poniendo en la balanza el daño causado con la conducta y la libertad, teniendo en cuenta la posible sanción que esta conducta podría generar en caso de llegar a un condena, dejando en manos del Fiscal, la carga argumentativa pero sobretodo probatoria al momento de solicitar la medida de aseguramiento de detención preventiva en la audiencia pertinente, con el fin de demostrarle al Juez de Control de Garantías, la causal referida, ya que no

¹¹ FERRAJOLI, Luiji. Derecho y razón, teoría del gigantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid. Editorial Trotta, 2001. Pág. 551 -555.

es suficiente con la mera enunciación, se hace indispensable soportarla con medios de prueba legalmente obtenidos los cuales permiten justificar la decisión que ha de tomar el Juez.

Al respecto la Fiscalía General de la Nación en el “*Manual de las Audiencias Preliminares*” escrito por Piedad Lucía Vanegas Villa, consagró para sus funcionarios:

Dada la gravedad de este tipo de decisiones en materia de afectación del derecho fundamental a la libertad, es lógico que el legislador exija que la necesidad de protección de alguno de estos intereses constitucionalmente relevantes debe tener soporte en “motivos graves y fundados”. Así pues, no basta con que el fiscal aduzca que el imputado podrá destruir evidencias, sino que debe aportar los medios de acreditación que sirven de fundamento a su aseveración, por ejemplo, que al momento de la captura amenazó a los testigos; que en procesos anteriores procedió violentamente contra ellos; que tiene acceso a las pruebas e intentó destruirlas cuando se enteró de que estaba siendo investigado, etc. (Vanegas, 2007).

Porque esos motivos fundados a los que se refiere la autora, son determinantes al momento de restringir la libertad, y quedan en la subjetividad del juez y en su percepción cuando el fiscal le solicita la restricción a la libertad, con lo cual no se quiere significar que surgen del arbitrio del operador judicial, sino de los elementos materiales probatorios con los cuales se sustenta esa aseveración, ya que de allí se deduce el peligro del sujeto activo, la posibilidad de afectación a víctimas o testigos, y el riesgo de reiteración.

2.3. Riesgo de fuga.

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

La falta de arraigo del imputado en la comunidad, significa esa carencia de vínculos familiares, sociales y laborales en la comunidad donde se desenvuelve y por ello sería viable pensar en la posibilidad de su ausencia en el proceso.

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

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

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

En el mismo sentido como lo reseña (Rodríguez 2007) en la doctrina latinoamericana ha dicho que algunos parámetros que deben analizarse al momento de decidir la existencia del peligro de fuga son:

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

Con lo cual se puede indicar que constituye una valoración de las condiciones personales del procesado, su actividad económica, su pasado, incluso su futuro, todo ello con el fin de determinar cuándo una persona debe ser detenida cuando se considera que puede abandonar las responsabilidades propias del proceso, lo cual en algunos casos podría entenderse como una

estrategia defensiva pasiva, no obstante el legislador así lo considero y la Corte Constitucional lo abalo cuando realizo el estudio constitucional de la medida¹².

2.4. Ponderación del daño causado al bien jurídico y la restricción a la libertad como derecho fundamental – principio de proporcionalidad.

La norma procesal ha indicado, que además de lo precedentemente analizados, se debe inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva, para entrar a imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva.

Esa inferencia razonable de autoría o participación surge del juicio de proporcionalidad, que busca por un lado garantizar el respeto al derecho fundamental y por el otro, la efectividad de la Justicia a la hora de reprochar un comportamiento que lesionó o puso en peligro determinado bien jurídico tutelado.

Por ello, a la hora de realizar el juicio de ponderación entre el daño causado y el grado de afectación al bien jurídico, es necesario acudir al principio de proporcionalidad y de esta manera determinar si la medida es necesaria, es decir si con esa medida que se escogió se cumple el fin constitucional que se pretende proteger y si se protege, adecuada o idónea; porque la medida sirve para el fin que se pretende proteger y es la menos invasiva de derechos fundamentales del imputado.

Para poder entender este principio de proporcionalidad es importante citar a los siguientes autores

BECCARIA, Cesare:

Los obstáculos que apartan a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsan a ellos. Por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas (Beccaria, 2007).

¹² Sentencia C-469 de 2016. ALBERTO ROJAS RÍOS

GARCÍA Herreros, Orlando:

(...) la falta de proporcionalidad. La desproporción entre los medios que el acto utiliza y los fines que persigue la ley al otorgar las facultades para realizarlo, es a nuestro juicio, causal de nulidad del acto” (García Herreros, 1997, pág. 206).

ALONSO Más, María José:

“En una primera aproximación, la proporcionalidad podría definirse como la necesaria adecuación entre los hechos determinantes y el contenido del acto administrativo, en relación con los fines del mismo” (Alonso Mas, 1998, pág. 426).

PERELLÓ DOMENECH, Isabel:

La formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del derecho penal, en el que prontamente adquirió relevancia, de forma particular en determinación con la regulación de la pena. (Perello Domenech, 1997)

Bajo la anterior perspectiva el principio de proporcionalidad tiene una función en la estructura del proceso interpretativo, para aplicar el elemento menos gravoso al caso concreto, por cuanto la existencia de dos circunstancias especiales como la restricción de la libertad y el daño causado, obligan a valorar de manera independiente cada afectación, buscando un equilibrio entre la medida y el fin perseguido con la misma.

Lo anterior porque;

(...) en el proceso penal generalmente las decisiones que deben adoptarse pueden representar afectación de intereses personales y es cuando el operador jurídico debe entrar a establecer y justiciar técnicas de contrapeso de los bienes jurídicos o valores y al ponderación de los intereses del proceso mismo, sin sacrificar los intereses individuales, de manera entonces que, so pretexto de lograr los fines estatales con el proceso, no se menoscaben las garantías y derechos personales, pues antes que ser represor, el Estado por disposición constitucional, está obligado a sacrificar la vida, honra y bienes de las personas (Rodríguez Llobet, 1997, pág. 179).

Esos derechos mencionados, no son absolutos, precisamente el mismo legislador y constituyente a partir de la creación de la figura de la detención preventiva o la prohibición de enajenación de bienes, los limita, y reserva la posibilidad de afectación al juez, actividad reglada en el código de procedimiento penal, que contiene una ritualidad procesal en la cual el fiscal como solicitante de

la afectación cumple con la carga argumentativa y probatoria, para justificar la limitación al derecho y el juez pondera, desde lo constitucional lo presentado, en procura de una decisión que dignifique la justicia y cumpla con los postulados del estado social y democrático de derecho, especialmente el de la dignidad humana.

Por que como lo dijera la Corte Constitucional:

“El juicio de ponderación conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente la misma, pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presente en cada asunto. De otro lado, es posible que una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, en dicha situación y dado el mayor peso que se reconoce a los principios en el ordenamiento jurídico, debe introducirse una cláusula de excepción en cuanto al carácter normativo de la regla jurídica, con motivo de la decisión del caso en concreto (Sentencia C818, 2005)

En la proporcionalidad entonces *“es lógico que deba existir equilibrio entre la limitación del derecho fundamental y la importancia del interés cuya tutela se pretende. Este aspecto fue en buena parte regulado por el legislador, toda vez que la medida de aseguramiento de detención preventiva, como Las audiencias preliminares en un sistema penal acusatorio se vio, solo procede frente a delitos considerados por el legislador como “graves” (Ferrajoli, 1995, pág. 90)”*.

3. RECORRIDO POR LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS CRITERIOS PARA IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

Por vía jurisprudencial se han desarrollado en los últimos años gran cantidad de postulados referidos en la ley 906 de 2004, las normas adjetivas de contenido sustantivo suelen ser revisadas con cierta regularidad por los órganos colegiados, generando precedentes que deben ser observados por las partes que cumplen su rol en el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano.

Partiendo de esa premisa, a continuación se compilan algunos pronunciamientos que se han tomado en el seno de la Corte Constitucional (en adelante la Corte) y que en gran medida han contribuido a entender lo que el operador jurídico debe entender a la hora de realizar su tarea de restringir de la libertad a un ser humano, situación que sin duda constituye una afectación al principio de presunción de inocencia, especialmente si la restricción se prolonga en el tiempo de manera injustificada.

3.1 Derecho a la libertad en materia penal, desde la perspectiva de las decisiones de la Corte Constitucional.

En reiterada jurisprudencia¹³, la Corte ha señalado que el derecho a la libertad no es absoluto, este puede ser restringido si se tiene presente el principio de legalidad como norma fundante y límite formal del “*ius Puniendi*”, bajo esa premisa es dable su afectación si se tiene presente el: “i) motivo previamente definido en la ley; ii) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; y iii) que se realice con la plenitud de las formalidades legales. El texto precisa así mismo que iv) la

¹³ En ese sentido ver sentencias C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptible” (Sentencia C816, 2004).

No surge entonces de la mera liberalidad del operador judicial o el servidor de policía su afectación, se debe cumplir con las exigencias previstas en las normas positivas, por cuanto este constituye un derecho muy costoso, solo limitado por las autoridades judiciales en virtud de lo concebido y conocido como reserva judicial de las libertades públicas (Villamil, 1999, pág. 382).

Desde esa perspectiva la restricción a este derecho en materia penal implica el cumplimiento de aspectos incluidos en las codificaciones y desarrollados por la jurisprudencia, criterios de ponderación que generan expectativas de valoración en relación con la vulneración a bien jurídico, mismo que puede ser de naturaleza personal y colectiva y cuya protección esta en cabeza de los tipos penales, mecanismo que el legislador encontró dentro de la libertad de configuración legislativa.

En ese sentido la Corte ha señalado:

Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal.

En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro de la denominada libertad de configuración que le permite, en cuanto representante del pueblo, traducir en normas legales sus decisiones, adoptadas como respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política.

Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del

artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona "se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable" y que quien sea sindicado tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.

Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo (Sentencia C327, 1997).

Esto indica que en materia de restricción a la libertad personal, concebida y contemplada en el artículo 28 de la Constitución Política, los jueces de la República y excepcionalmente la Fiscalía son los únicos que pueden disponer de la restricción a este derecho, las razones y los motivos están taxativamente señalados en la ley y se debe realizar un ponderación frente a la afectación, de bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados con la conducta punible objeto de análisis y la reafirmación de la libertad que si bien es cierto no es absoluta no puede ser vulneradas de manera arbitraria.

En especial porque este derecho esta cobijado por una serie de garantías, en ese sentido la Corte ha señalado:

En el artículo 28 C.P. se estructuran como verdaderas reglas constitucionales, “encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental”. Así, de acuerdo con ese precepto “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (...)”. Con ello, se fijan límites precisos sobre los motivos y condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Lo anterior sin olvidar que la intervención judicial opera “tanto en el momento de disposición a través de una orden motivada, como en el momento del control de legalidad de una efectiva privación de la libertad”, con lo cual el juez se convierte en el más cierto garante de la libertad. Una condición que “se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones (...)” (Sentencia C239, 2012).

Lo cual muestra la importancia de su respeto, protección y sanción para quienes afecten esta garantía constitucional, de ahí a que se deba al momento de imponer una medida de aseguramiento tener presente varios aspectos, el primero de ellos es que esta constituye una limitación de carácter provisional, es decir no se puede extender en el tiempo por cuanto se afecta el debido proceso, constituye una afrenta al plazo razonable y su prolongación injustificada constituye una sanción que se asemeja a una pena y que existe un control legal y material de su afectación.

3.2. Principio de presunción de inocencia en las decisiones de la Corte

La presunción de inocencia como lo advierte la Corte, “adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado” (Sentencia C744, 2001).

Derecho que se estima lesionado cuando se restringe de la libertad a un ciudadano y esta se prolonga de manera injustificada en el tiempo, en la medida a que entre más tiempo pase desde la efectiva limitación al derecho sin que exista una resolución definida, más se asemeja a una pena y con ello se potencializa la afectación.

En especial porque se dispone en la ley y jurisprudencia que el ciudadano aunque sea privado de la libertad de manera provisional, aun goza de la presunción de inocencia, en palabras de la Corte:

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”. Es decir, el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena (Sentencia C289, 2012).

Lo cual hace indispensable preservar todas las garantías que tiene un ser humano que aún no ha sido vencido en juicio, aspectos como la prolongación indefinida del proceso, la injerencia permanente de los medios de comunicación en las audiencias algunos de ellos manipulan de forma sesgada la información mostrada, la presentación en público por parte de las autoridades judiciales como botines de guerra de las personas capturadas, suelen diluir la protección constitucional y limitar el derecho de una manera flagrante.

Frente a estos dos últimos aspectos, los medios de comunicación y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, suelen presentar a las personas que capturan sin ninguna clase de filtro y en muchos casos acompañados de editoriales que exacerbaban lo acontecido, mostrando aquel individuo que fue puesto a disposición de las autoridades aquel que se encuentra *subjudice*, como el peor criminal que debe ser castigado, una forma de disuasión¹⁴ a la usanza, olvidando que se trata de un ser humano que aún no ha sido vendido en juicio y con ello continúa gozando del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Este tópico fue desarrollado por la Corte en la sentencia T014 de 2013, dedición en sede de revisión de tutela en donde dispuso:

¹⁴ Tiene su fundamento en la idea que la amenaza de castigo por parte del Estado disminuye la criminalidad.

La jurisprudencia ha puesto de presente que el desconocimiento del principio de veracidad, en asuntos donde la información emitida sugiere que una persona tiene antecedentes penales o se encuentra vinculada a actividades ilícitas, conlleva la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, garantía prevista en el artículo 29 de la Constitución Política. Lo anterior resulta lógico si se tiene en cuenta que una noticia no puede adelantarse a los resultados de una investigación judicial, pues se presentaría un desbalance entre la equidad de la información emitida y la recibida que vulnera inevitablemente derechos como la honra y el buen nombre. En suma, resulta de gravedad extrema olvidar, en aras de un mal entendido concepto de la libertad de información, el impacto que causa en el conglomerado una noticia, en especial cuando ella alude a la comisión de actos delictivos o al trámite de procesos penales en curso, y el incalculable perjuicio que se ocasiona al individuo involucrado si después resulta que las informaciones difundidas chocaban con la verdad de los hechos o que el medio se precipitó a presentar públicamente piezas cobijadas por la reserva del sumario, o a confundir una investigación con una condena. No puede sacrificarse impunemente la honra de ninguno de los asociados, ni tampoco sustituir a los jueces en el ejercicio de la función de administrar justicia, definiendo quiénes son culpables y quiénes inocentes, so pretexto de la libertad de información (Sentencia T040, 2013).

Criterio jurisprudencial inobservado en muchos casos, que suele ser reivindicado vía decisión judicial lo cual constituye una carga adicional en relación con la afectación, especialmente porque la sociedad únicamente queda notificada del inicio de la actuación, del momento específico donde se captura al ciudadano, cuando se presenta en público, no así de las resultas de la actuación que en mucho casos deriva en libertades preliminares por violación a los derechos, procedimientos equivocados a la hora de la captura o porque el fiscal con el material probatorio obrante no es capaz de construir la inferencia razonable de autoría o participación necesaria para la restricción provisional de la libertad.

En todos los casos, como lo enseña la Corte se debe respetar la presunción de inocencia, una captura o detención preliminar, no significa que se derrumbe este derecho, solo la sentencia ejecutoriada puede lograr tal condicionamiento, “las medidas adoptadas durante el proceso deberán tener carácter preventivo y no sancionatorio” (Sentencia C003, 2017), por ello es deber de los servidores de policía, de los medios de comunicación y sobretodo del juez hacer prevalecer esa prerrogativa constitucional, restringiendo la privación de la libertad solo en los casos necesarios y con apego a los presupuestos contenidos en la ley.

3.3. Medidas de aseguramiento desde la perspectiva de las decisiones de la Corte

La corte ha desarrollado copiosa jurisprudencia en torno a los criterios que debe observar el operador judicial para imponer una medida de aseguramiento, esta restricción le corresponde únicamente al juez de control de garantías, situación que refuerza como ya se consignó, el contenido de la reserva judicial de las libertades públicas.

Al tenor de la corte, la detención preventiva solo puede ser impuesta como medida excepcional, cuando esta se torne, razonable, proporcional y adecuada de cara al asunto y a la afectación del bien jurídico protegido con el tipo penal imputado, al respecto se ha señalado:

Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. Los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte (Sentencia C744, 2001).

Criterio que debe ser considerado al momento de la restricción de la libertad de un ciudadano, por cuanto “la finalidad de la detención no es remplazar el término de la pena, y que la posibilidad del cómputo previsto en la ley, no genera el poder para la autoridad judicial de disponer de la libertad del sindicado hasta que se cumpla el tiempo que dura la pena, ya que de admitirse esa circunstancia, se vulneraría flagrantemente la presunción de inocencia y el debido proceso, ya que se cumpliría

anticipadamente una sanción sin haberse declarado judicialmente la culpabilidad del sindicado” (Sentencia C744, 2001).

Lo cual deriva en la excepcionalidad de la figura en caso concreto y definidos en la ley penal, medida preliminar que ha sido definida por la Corte como:

(...) una medida cautelar de tipo personal que adopta el juez en el curso de un proceso penal y consiste en la privación de la libertad de manera provisional, pues su objetivo es realizar los derechos y deberes constitucionales que, en sentido estricto, consisten en asegurar el cumplimiento de las decisiones que se adoptan en el proceso y garantizar la presencia del sindicado en el mismo para que sea más efectiva, de una parte, la investigación y el juzgamiento y, de otra, los derechos de las víctimas. La detención preventiva, tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y asegurar el resultado exitoso del proceso penal (Sentencia C425, 2008).

Lo cual sin duda muestra la finalidad de esta restricción, dejando claro que su aplicación debe ser limitada en el tiempo, estar orientada a garantizar aspectos puntuales del proceso penal, no se trata de una sanción ejemplarizante como a veces se concibe, sino solamente de algo precautelativo, cautelar, que busca lograr o garantizar la efectiva aplicación de justicia y por supuesto la protección a las víctimas, en ese contexto se ha construido una línea jurisprudencial a partir de las decisiones de la Corte, según la cual, la detención preventiva solo se puede imponer cuando en ella confluyan requisitos objetivos y subjetivos.

Frente a los primeros, los objetivos, son aquellos que se encuentran expresamente señalados en la ley adjetiva, por ejemplo el *quantum* de la pena, los segundos obedecen a tres situaciones concretas ya referidos en precedencia, riesgo de fuga, riesgo de obstrucción y el riesgo de reiteración, en palabras de la Corte:

En resumen, (i) la estructura de las medidas de aseguramiento prevista en la Ley 906 de 2004, en términos generales, resulta ajustada a las garantías constitucionales previstas en la sección anterior. (ii) El legislador incorpora a través de varias disposiciones los mismos fines de las medidas de aseguramiento previstos en la Carta, es decir, la garantía de comparecencia de los imputados, la

conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, y prevé elementos adicionales para hacer unívoca su interpretación.

(iii) Así mismo, establece un esquema de medidas de aseguramiento privativas de libertad, limitativas de la libertad e impositivas de otras obligaciones, todas con el fin de alcanzar los fines constitucionales citados. (iv) Debido a esta estructura, el esquema de medidas de aseguramiento es típicamente gradual, diferenciado y proporcionado en torno a las afectaciones a los derechos del investigado, en relación con dichos objetivos. (v) El legislador establece un mandato general de afirmación de la libertad y de su restricción únicamente en condiciones excepcionales, necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables.

(vi) La regulación procesal penal, además, fija reglas específicas sobre la procedibilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva bajo un estricto criterio de necesidad probada. (vii) En caso de no concurrir este requisito, el juez solo está habilitado para decretar medidas no privativas de la libertad. (viii) Por último, con arreglo al principio de proporcionalidad, la calificación jurídica provisional del delito no es suficiente para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia, pues siempre se requiere la necesidad de la medida en relación con dichos fines (Sentencia C469, 2016).

Lo cual muestra su carácter de excepcionalidad, su limitación con fines diferentes a los previamente señalados constituye una vulneración al derecho a la libertad, presunción de inocencia y muchas otras garantías ligadas de manera expresa al modelo de estado, una afrenta a la dignidad humana protegida desde el preámbulo de la Constitución y un regresismo desafortunado.

Corolario con lo anterior, la Corte ha fijado tres aspectos relevantes cuando se analiza la posibilidad de restringir del derecho a la libertad de manera preliminar por parte del operador judicial: criterio de convicción, necesidad y proporcionalidad.

En torno al criterio de convicción, parte de la probabilidad de que el procesado sea el autor de la conducta punible investigada, “en principio y por regla general, para que las decisiones del fiscal sobre medidas de aseguramiento se basen en motivos fundados, deben obrar en el acervo probatorio dos indicios relativos a hechos objetivos que indiquen con una alta probabilidad, más allá de la simple sospecha o de la mera constatación de una plausible vinculación de la persona con los hechos investigados, que la persona es responsable, es decir, que realizó una conducta

típica, antijurídica y culpable” (Sentencia C805, 2002). Si bien es cierto lo planteado en esta sentencia es referente de la ley 600 de 2000 se puede relacionar con factores de la ley 906 de 2004.

Lo anterior significa que del material probatorio obrante o evidencia física presentada de manera preliminar ante el Juez De Control De Garantías, se infiera de manera razonable que el imputado puede ser autor o partícipe del hecho que se le atribuye, no se trata entonces de una mera especulación o incluso un presentimiento, se trata de una preliminar convicción fundada en medios de conocimiento que permite vulnerar el derecho a la libertad, por cuanto existen razones suficientemente fundadas para pensar que a persona cuya conducta le es atribuida puede tener que ver en el hecho investigado y que surge de la noticia criminal o de la captura en flagrancia.

Frente al criterio de necesidad, la valoración del juez debe partir de la base de que esta restricción se justifica en sí mismo por la vulneración del bien jurídico y la protección de la comunidad preliminarmente resguardada por la gravedad de la conducta cometida, además porque “repugna al Estado Social de Derecho, al respeto por la libertad y la presunción de inocencia, así como a otros derechos constitucionales, que una persona investigada sea detenida preventivamente cuando ello no es necesario. Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica” (Sentencia C805, 2002).

De la siguiente forma ha sido considerado este criterio por la Corte:

Esta necesidad no es política ni estratégica sino jurídica, es decir, relativa al logro de los objetivos del proceso penal en general y a los fines de cada medida cautelar en especial. Es necesaria la medida cuando ésta es indispensable para alcanzar tales objetivos generales y fines específicos, a los cuales ya se ha referido esta Corporación (Sentencia C774, 2001).

El legislador puede establecer diferentes criterios de necesidad¹⁵ puesto que la Constitución no fija un parámetro único y puede modificar dichos criterios para atender cambios en la política criminal, siempre que respete la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia¹⁶ y no admita que la medida puede ser dictada por capricho o simple conveniencia. Así, por ejemplo, el criterio de necesidad, a la luz de la política criminal, puede ser más o menos exigente según la gravedad del delito y la importancia de los valores constitucionales involucrados (Sentencia C774, 2001).

Bajo esta premisa la necesidad de imponer una medida de aseguramiento se justifica cuando esta permite cumplir con los fines constitucionales, así la restricción se convierte en un imperante por cuanto la protección de los fines superiores así lo ameritan, la necesidad de proteger a la víctima, el recaudo probatorio y la posibilidad de aplicación de justicia material, son los soportes con que cuenta el operador judicial para limitar la libertad de un ciudadano, la necesidad de aplicación de la medida se justifica entonces en hechos concreto no en presunciones futuras como en ocasiones ocurre.

Finalmente, frente al criterio de proporcionalidad, plantea la ponderación existente entre los fines perseguidos con la limitación al derecho a la libertad y el derecho en sí mismo, cuando por ejemplo

¹⁵ “Por ejemplo, en el derecho comparado se aprecian diferentes criterios de necesidad. El artículo 144 del Código de Procedimiento Penal francés establece que la detención procede cuando, entre otras razones, sea el único medio para conservar las pruebas y los indicios materiales o para prevenir presiones sobre los testigos o sobre las víctimas, o para evitar un acuerdo fraudulento entre personas sospechosas de ser cómplices en los hechos; o sea necesaria para proteger a la persona de que trata la medida. Por su parte, el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal italiano establece que las medidas de aseguramiento proceden cuando: a) sean necesarias para preservar la integridad de la investigación, de situaciones de peligro concreto para la obtención o preservación de las pruebas, b) cuando el procesado ha huido o existe peligro de que huya o cuando el juez considere que el procesado huirá por la posibilidad de ser sometido a una pena superior 10 de prisión; c) cuando por las modalidades y circunstancias específicas del hecho, así como de la personalidad del procesado, haya un peligro concreto de que cometa delitos graves contra el orden constitucional o de delitos de criminalidad organizada o de delitos similares a los que dieron lugar a la iniciación de la investigación criminal”. Tomado literalmente de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-805-02.htm#_ftn38.

¹⁶ Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968 establece: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...". Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 precisa: "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 o por las leyes dictadas conforme a ella Tomado literalmente de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-805-02.htm#_ftn38.

no existe otra alternativa diferente que afectar la libertad la medida se torna proporcional, contrario sensu, cuando esta se puede garantizar de otra manera, por ejemplo si basta con cancelar el pasaporte para evitar que el procesado abandone el país y con ello logre su comparecencia al proceso, no se entiende entonces que se deba restringir la libertad, cuando una medida administrativa contribuye a preservar el fin previsto por la jurisprudencia y consignado en la ley.

En palabras de la Corte: “la medida debe ser proporcional a las circunstancias en las cuales jurídicamente se justifica. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, resultaría 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” (Sentencia C805, 2002).

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

4. EL PELIGRO PARA LA COMUNIDAD, CRITERIO PARA IMPONER MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.

La ley procesal colombiana contempla dentro de las causales para la imposición de una medida de aseguramiento, que la persona constituya un peligro para la comunidad, la ley 904 de 2004, modificada en varias ocasiones en este aspecto¹⁷, en torno a este tópico señala:

Artículo 310. Peligro para la Comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

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

Lo anterior es la codificación que contempla algunos aspectos taxativos que debe tener en cuenta el juez al momento de imponer la medida de aseguramiento y que debe sustentar el fiscal, estos numerales tienen algunos aspectos que sugieren la apreciación de comportamientos futuros y algunos regresismos a un sistema de derecho penal de autor, por cuanto se parte de la condición personal del sujeto activo y no de la realización misma del hecho criminal.

¹⁷ Este artículo ha sido modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015, por la Ley 1142 de 2007 y por la Ley 1453 de 2011.

Respecto a las circunstancias del artículo 310, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en muchas ocasiones al respecto:

Respecto al numeral 1 del artículo 310: “la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organización criminales” **la Sentencia C 241 de 1997**, magistrado ponente Dr.

Fabio Morón Díaz, se hace un referente Teórico en lo que se debe entender por CONCIERTO PARA DELINQUIR y COPARTICIPACION, pues no se puede caer en el facilismo de confundir estos dos conceptos al momento de acudir a esta causal para imponer la medida de aseguramiento:

“(...) señala la doctrina como esencial para que se configure el delito del concierto, se refiere a la disposición de los sujetos activos del delito, de trascender la mera comisión en un espacio y tiempo determinados, de uno o varios y específicos hechos punibles, caso en el cual se configura la coparticipación, pues el rasgo distintivo del tipo penal que se analiza es el carácter permanente de la organización que se dedica sistemáticamente a las actividades delictivas, la cual opera como una empresa organizada, que como tal se "especializa" en determinadas conductas. (...)”

En la **sentencia C 469 de 2016** donde se demandan los numerales 2 al 7, la corte expone:

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

La justificante de la medida de aseguramiento prevista en el artículo demandado y en los demás reseñados, como se expuso en los fundamentos de este fallo, es una regulación que sigue de forma casi literal el artículo 250 de la Constitución Política, según el cual, los fines de las medidas susceptibles de ser adoptadas dentro del proceso penal son, además de la garantía de la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de las víctimas, “la protección de la comunidad”.(...)”

Autores como Bernate (2014) han resaltado este aspecto al señalar:

La figura del peligro para la comunidad encuentra sus raíces en la filosofía de la Escuela Positivista del Derecho Penal, que entiende que la pena tiene una finalidad resocializadora, y que existen personas que, gracias a una predisposición constitucional, sumada a unas condiciones ambientales, representan un peligro para la sociedad, que tiene derecho a defenderse de ellas. En contraposición, la persona que no resulta peligrosa no requiere un tratamiento penitenciario, ni en la fase del proceso, ni en la de ejecución de la condena. En últimas, lo que representa peligro para la comunidad es una persona y no un hecho específico, y ello justifica la intervención del Derecho Penal, en aras de resocializar al individuo y neutralizar el peligro que representa respecto de una sociedad (Bernate, 2014).

Bajo esa premisa se torna complejo pensar que un ciudadano, una vez comete una conducta, necesita de manera preliminar una restricción a su derecho a la libertad de manera automática, especialmente si se tiene en cuenta como suele pasar en cada caso que se analiza esa posibilidad que constituye un peligro para la comunidad, denominación que sin más, sin sustento, pone en la palestra pública al individuo y lo convierte en el enemigo, en el que una forma de derecho penal de autor que juzga de manera preliminar al individuo por lo que es y no por lo que hace.

Este aspecto fue analizado por la Corte en la primera modificación incluida en la ley 1142 de 2007, destacando que las causales taxativas y la enumeración de requisitos allí contenidos no es suficiente para sustentar el peligro para la víctima o la comunidad, este debe además estar sustentado en criterios de proporcionalidad y necesidad, en ese sentido expuso:

La preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento y al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad. Empero, para evitar ambigüedad en su lectura e interpretación serán declaradas exequibles, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 *ibídem* (Sentencia C1198, 2008).

Lo anterior por cuanto,

No es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley, es imperativo además que aquéllos sean claros, precisos y unívocos, esto es, deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados (Sentencia C1198, 2008).

Es decir, el derecho a la libertad se vulnera cuando, la inferencia razonable de autoría y participación para efectos de justificar una medida de aseguramiento, no es clara, precisa y unívoca, especialmente cuando no está sustentada en elementos probatorios sólidos.

Este aspecto es analizado a profundidad por la agencia nacional de defensa jurídica del estado, la cual consciente del creciente número de demandas que diariamente llegan a los juzgados administrativos, encuentra que el concepto de peligrosismo incluido en la normativa procesal vigente se contrapone a los presupuesto de las normas internacionales ratificados por Colombia, algunos aspectos relevantes del informe son los siguientes:

Un problema recurrente que se observa en la interpretación de la Ley 906 de 2004 es la utilización del peligrosismo contenido en la Constitución y el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal como fundamento de la imposición de medidas de aseguramiento intramurales. Como ya se ha visto, en la legislación colombiana, este aspecto representa un enfrentamiento severo con las nociones del bloque de constitucionalidad dado que la interpretación internacional recalca el carácter estrictamente cautelar y no punitivo de la medida. Tanto de los precedentes de la Comisión como de la Corte Interamericana en el caso *López Álvarez*³⁴ (parr. 69), se refieren a este punto (Agencia

Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2014, pág. 56).

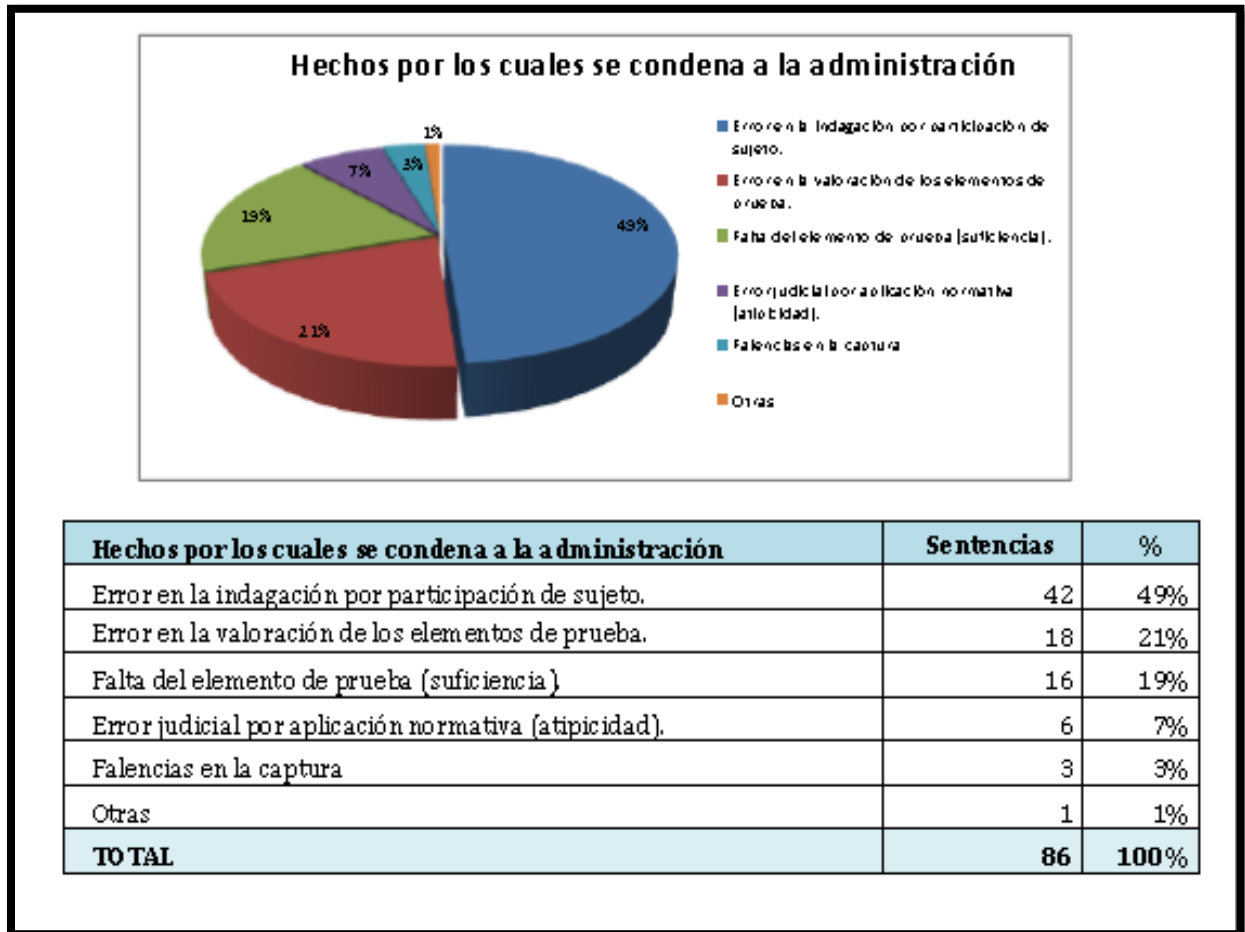
La Corte Interamericana de Derechos Humanos en ese sentido señaló:

(...) la Corte ha sido más categórica al enfatizar "la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo" (Sentencia Corte Interamericana, 2009)

Señalando incluso la contrariedad manifiesta que puede tener estas disposiciones internacionales de protección de derechos humanos, que interpretan el sentir de los Estados al ratificar instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dejando claro que "el derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, el bloque de constitucionalidad, se contraponen a la legislación interna en esta materia y, en consecuencia, aquí debe primar el examen sobre la presunción de inocencia frente a los criterios vagos de la legislación colombiana. Nuestra recomendación en este punto sigue siendo la utilización del informe ya citado" (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2014, pág. 57).

En ese sentido las cifras hablan por sí solas, la inadecuada aplicación de la medida de aseguramiento por parte de los operadores judiciales, especialmente cuando analizan la peligrosidad para la comunidad ha dejado innumerables demandas, donde en la mayoría de los casos, la insuficiencia del soporte probatorio para vincular o sostener una acusación en juicio termina con una absolución y con ello la necesaria demanda contra el Estado por vulneración al derecho a la libertad, que se hace visible una vez se solicita la restricción a la libertad, esta es concedida por la causal de peligro para la comunidad o la víctima, y después el juez no tiene otro camino que absolver por cuanto no se demostró más allá de toda duda razonable su autoría en el hecho endilgado.

Dentro de las causales para condenar administrativamente al Estado como lo destaca el informe de la agencia de defensa técnica están:



(Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2014)

Es decir una inadecuada valoración fáctica y probatoria de los hechos jurídicamente relevantes que permiten de manera preliminar sustentar la inferencia de autoría o participación con base en la cual el juez de control de garantías puede restringir el derecho a la libertad, las causales objetivas no son suficientes como ya se destacó, y los criterios contenidos en la normativa da si bien es cierto

permiten identificar algunas causales para tener en cuenta en la audiencia, su sola enumeración no permite imponer una medida de aseguramiento.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el derecho a libertad en un Estado como el nuestro suele ser un derecho muy costoso, su restricción debe ser excepcional y sustentada en “motivos fundados”, los cuales son contemplados por el legislador en el articulado ya compilado, pero no es definido lo cual deja un amplio margen de discrecionalidad tanto a la fiscalía como al juez de garantías, al respecto Zuluaga (2014) señala:

La inexistencia de parámetros estrictos para la comprensión y tratamiento de los motivos fundados, abre las puertas a la discrecionalidad de la FGN en la fundamentación y ejecución, especialmente, de medidas que no requieren orden judicial previa. A lo anterior contribuyen diferentes problemas relativos al tratamiento y control de los motivos fundados, es decir, a la motivación de las diligencias de investigación. Por un lado, es cuestionable la limitación al derecho de defensa por medio de la restricción de la contradicción a las diligencias del fiscal en la indagación preliminar. Por otro lado, de la mano de las restricciones al derecho de defensa, también es dudosa la legitimación que se ha consolidado en la jurisprudencia de la Corte del secreto presumarial (carácter reservado) de las audiencias de control a las medidas que no requieren autorización judicial previa (Zuluaga, 2014).

Motivos fundados que han sido considerados por la Corte como:

(...) hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención. El motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituyen motivo fundado (Sentencia C024, 1994).

Constituyen una articulación sistémica de situaciones y hechos sustentados en elementos de convicción, que le permiten al juez tomar una decisión en torno a la restricción de la libertad, no son como suele evidenciarse presunciones futuras basadas en meras especulaciones del fiscal, se trata de razones fundadas en los medios probatorios, lo anterior es importante porque “para que una autoridad judicial pueda privar de la libertad a un individuo es necesario que existan motivos fundados que, ponderados, prevalezcan sobre el interés de garantizar la libertad en el caso concreto. Sólo una vez efectuada dicha ponderación, puede la autoridad judicial adoptar la

resolución a través de la cual se puede privar a la persona de su libertad, mediante las formalidades que consagra la ley, bien se trate de una sentencia condenatoria, de una medida que ordene una detención preventiva, o una captura” (Sentencia C580, 2002).

(...) se debe considerar, de forma detenida, ponderada y racional, la primera parte de esa misma disposición, en lo referente a la frase “para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad...”. Ello, pues no es posible considerar, como lo dice dicha normativa transcrita, que la libertad por sí sola pueda constituir un peligro para la comunidad. Por esa razón, se considera que es necesario siempre observar los actos concretos de las personas para estimar su eventual peligrosidad, punto sobre el cual, además, surgen hoy consensos. Hay que tener en cuenta, igualmente, que la consagración abstracta del peligro como circunstancia para decretar medida de aseguramiento, no es común en el derecho procesal penal comparado. Éste es un aspecto central, como tantos otros, si es que se van a tomar en serio las diversas normas que en el nuevo Código hacen referencia al denominado “bloque de constitucionalidad” (Rama Judicial, 2005).

Como consecuencia de lo anterior, se dejan sentadas las bases que debe valorar el juez al momento de imponer una medida de aseguramiento, conforme al manual para jueces de control de garantías del doctor Alejandro Aponte:

1.- Fáticas: Vale decir, que de conformidad con el 308 ya antes citado y en concordancia con los elementos materiales probatorios y evidencia física recogida, o de la información obtenida legalmente, se puede inferir razonablemente (ésta es prueba mínima) que el imputado es autor o partícipe del hecho que se imputa.

2.- Legales: Se debe considerar, además de los requisitos constitucionales ya antes enunciados y plasmados en el citado artículo 308, lo observado en el 313 de la misma obra, pues de no cumplirse los condicionamientos constitucionales y los legales del 313, no sería posible la procedencia de al menos la detención preventiva. En este evento es importante tener en cuenta que el juez debe acoger todo lo relacionado con los dispositivos amplificadores del tipo o circunstancias que modifiquen los hitos punitivos a efecto de decidir sobre la procedencia o no de la medida de aseguramiento que corresponda.

3.- Constitucionales: Con el nuevo sistema acusatorio implantado en Colombia a través del acto legislativo 03 de 2002, se hace imperativo para todos los intervinientes en el proceso penal, incluyendo de forma prominente al Juez de Control de Garantías, el que al momento de decidirse sobre una petición de medida de aseguramiento, debe hacerse un severo examen constitucional sobre la misma, habida cuenta que el constituyente derivado decidió de forma expresa constitucionalizar el tema de la medida de aseguramiento y así lo desarrolló en el artículo 2º del acto legislativo precitado.

Asimismo se destacó que: “en estas circunstancias, el juez de control de garantías está en la obligación constitucional de hacer un análisis racional ponderado y adecuado frente a la medida de aseguramiento, esto significa, que siempre tendrá que sopesar la necesidad de la medida frente a la afectación grave del derecho fundamental de la libertad del imputado, persona a quien eventualmente se le va a restringir parcial o totalmente dicho derecho. Observamos que esta nueva función de los jueces de garantías y de conocimiento, recae en nuestras cabezas, por cuanto es el derecho penal la normatividad más invasiva de la libertad de las personas y, en este sentido, se justifica la mayor exigencia al momento de la argumentación para imponer o no las medidas a que hace alusión nuestra legislación penal” (Rama Judicial, 2005).

Situación que con la legislación actual parece que se contrapone en la medida que en las reformas subsiguientes existen retrocesos complejos que plantearon la dificultad en la apreciación, incluyendo aspectos futuros contrarios a la nueva forma que relacionar el estado con los particulares partiendo del derecho penal de acto.,

Esta problemática fue resaltada por uno de los creadores del sistema acusatorio, el abogado Jaime Granados al señalar.

En nuestro criterio, dichas reformas significan un verdadero retroceso en lo que atañe a la excepcionalidad de la detención preventiva, cambiando por completo la filosofía original de la reforma que introdujo el sistema acusatorio, bajo la cual se quería hacer prevalecer la libertad y la presunción de inocencia como principal garantía del procesado (Gradados, 2015).

Además la implementación de estos criterios contraría los estándares internacionales fijados para la imposición por vía excepcional, en un pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁸ citado por Granados indicó:

En relación a este caso, el Tribunal observa que el demandante estuvo en prisión durante un año, ocho meses y quince días antes y durante su proceso. Durante este periodo, los tribunales examinaron al menos diez solicitudes de puesta en libertad presentadas por él, rechazándolas siempre por razón de la gravedad de las acusaciones y el riesgo de que el interesado se diera a la fuga, entorpeciera la acción de la justicia y presionara a los testigos. Sin embargo, las decisiones judiciales se limitaron a enumerar estos motivos, sin apoyarlos en modo alguno en razones pertinentes y suficientes (Gradados, 2015).

Dilucidaciones que permiten señalar que la restricción a la libertad por el peligro a la víctima no es suficiente la enumeración taxativa de las causales contempladas en las normas procesales (art 310, 311), es necesario sustentar probatoriamente la existencia de motivos fundados que permitan inferir razonablemente que el autor de la conducta puede atentar nuevamente contra el bien jurídico o contra la víctima misma, el señalamiento de la causal como presupuesto de la detención contraría el derecho internacional vulnerando con ello la libertad del ciudadano que aun en ese estado goza de la presunción de inocencia.

El problema surge entonces al utilizar la medida de aseguramiento como la única alternativa para mantener el orden social, poniendo en tela de juicio la presunción de inocencia, contrariando incluso el derecho internacional, pues nuestra legislación ha adoptado, entre otros, los siguientes tratados internacionales:

¹⁸ Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 10 de marzo de 2009. Caso Bykov Vs. Rusia.

a) LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, que dispone que: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa’

b) EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, establece en su artículo 14.2, que: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’.

c) LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en su artículo 8° establece: ‘Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.’

El problema evidenciado surge entonces de una inadecuada política criminal, bajo el entendido de que se utilizan aspectos sin ponderación, lo cual además de cuestionar la inferencia razonable exigida, también pone en riesgo al Estado en relación con las cuantiosas demandas que constantemente se están incoando en la jurisdicción administrativa.

La libertad es un derecho fundamental de aplicación inmediata que reafirma la presunción de inocencia de una persona mientras esta no sea condenada, y con este tipo de disposiciones (como lo es el artículo 310 de la ley 906 de 2004) se evidencia una vulneración frente a tal derecho, pues no resulta muy sensato limitarlo teniendo como fundamento una presunción futura. Del mismo modo el fiscal no tiene o no goza de poderes de adivinación para saber que una persona va a atender con presunciones futuras contra la vida de otra, o sí va poner en riesgo la seguridad de la comunidad, el análisis de esos aspectos deben ser más profundos, caso contrario se vulnera el derecho a la libertad que tanto ha costado en la necesaria evolución de la humanidad.

CONCLUSIONES

El derecho a libertad es un derecho fundamental, inalienable y aunque no es absoluto, solamente puede ser restringido por autoridades judiciales, esta premisa refuerza la fundamentación teológica del Estado de derecho y potencia la reserva judicial de las libertades públicas como garantía del respeto de la dignidad humana.

Así mismo debe entenderse que la privación de la libertad debe ser excepcional, por tal motivo toda norma que tenga como propósito limitarla debe ser interpretada restrictivamente, teniendo en cuenta los criterios de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y adecuación.

Las causales para la restricción de la libertad si bien es cierto están taxativamente señaladas en la ley adjetiva, no son suficientes *per se*, para imponer una detención preventiva, es necesario analizar en cada caso concreto la inferencia razonable de autoría y participación, sustentada en elementos de prueba o medios de conocimiento.

Además de lo anterior, los motivos fundados permiten señalar la proximidad de afectación futura a un bien jurídico, respondiendo siempre al test constitucional obligatorio, estos es; la necesidad, adecuación, conveniencia y proporcionalidad en la aplicación de la medida de aseguramiento.

Incluir como está en la actualidad, requisitos de tipo penal para restringir la libertad (caso de los delitos contra menores de edad) va en contravía del derecho internacional de las decisiones de los órganos colegiados de protección de derechos fundamentales), que han señalado en sus decisiones que no basta con la enumeración taxativa de tales presupuestos, sino que es necesario hacer un análisis constitucional de la necesidad de restringir el derecho frente a la protección de los fines del proceso penal.

El fiscal no cuenta con una bola de cristal para saber quién atentara en un futuro contra la vida, pensar de esa manera y sustentar medidas en meras especulaciones carentes de respaldo probatorio, resulta nocivo para el Estado de Derecho y desvirtúa el criterio incluido en el artículo 29 constitucional que señala que en Colombia prima el derecho penal de acto sobre el derecho penal de autor.

El análisis de la presente monografía está enfocado al peligro para la comunidad que representa el procesado dentro de determinada actuación penal. Este peligro para la comunidad, expresado en el artículo 310 de la ley 906/2004, no se puede confundir con los presupuestos expresados en el artículo 311 de la misma ley, porque el peligro para la víctima supone otros presupuestos, y es evidente que en la práctica suelen confundirse de manera arbitraria por parte de la fiscalía al momento de argumentar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2014). *ESQUEMA DE DECISIÓN ADECUADA PARA IMPONER LA MEDIDA CAUTELAR DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD*. Bogota D.C.: Imprenta Nacional. Obtenido de https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla9_250814.pdf
- Alonso Mas, M. J. (1998). *La solucion justa en las relaciones administrativas*. Valencia: Toran lo Blanch.
- Beccaria, C. (2007). *De los delitos y de las penas*. Bogota: Sika.
- Bedoya Bedoya, C. A. (2007). *Control de Garantias y principio de proporcionalidad en el proceso penal acusatorio ley 906 de 2004*. Medellin: Biblioteca juridica DIKE.
- Bernate, F. (2014). Peligro para la comunida. *Ambito juridico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-141104-peligro-para-la-comunidad>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Garcia Herreros, O. (1997). *Segunda Edicion Actualizada*. Bogota: Universidad Sergio Arboleda.
- Garcia Valdez, C. (1982). *Estudio de derecho penitenciario*. Madrid: Tecnos S.A.
- Gomez Colomer, J. L. (195). *La detencion preventiva en el proceso penal acusatorio*. Barcelona: Bosch.
- Gradados, J. (2015). EL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN COLOMBIA. Madrid. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>
- Granados, J. (2011). *Derecho penal Contemporaneo*. Bogota.
- Hans Georg, G. (1977). *verdad y metodo*. Salamanca: Gedisa.
- Hurtado Barrera, J. (2000). *Metodología de la Investigación Holística*. Caracas: Supal -IUTC.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal Parte General* (Septima ed.). Barcelona: Rippertor.
- Pedraza, M. (2010). *La detencion preventiva en el sistema acusatorio*. Bogota: Ediciones Juridicas Andres Morales.
- Perello Domenech, I. (1997). *El principio de la proporcional y la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Jueces para la Democracia.
- Rama Judicial. (8 de Mayo de 2005). *Conversatorio Interinstitucional - Medidas de Aseguramiento*. Bogota D.C.

Rodriguez Llobet, J. (1997). *Prision preventiva (límites constitucionales)*. San Jose: Litografía Mundo Gráfico S.A.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sentencia C003 (Corte Constitucional 18 de Enero de 2017). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-003-17.htm>

Sentencia C024 (Corte Constitucional 27 de enero de 1994). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-024-94.htm>

Sentencia C1198 (Corte Constitucional 4 de Diciembre de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1198-08.htm>

Sentencia C239 (Corte Constitucional 22 de marzo de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-239-12.htm>

Sentencia C289 (Corte Constitucional 18 de Abril de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-289-12.htm>

Sentencia C327 (Corte Costitucional 1997). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-456-06.htm>

Sentencia C371 (Corte Constitucional 14 de Mayo de 2002).

Sentencia C425 (Corte Constitucional 30 de Abril de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-425-08.htm>

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

Sentencia C580 (Corte Constitucional 31 de julio de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-580-02.htm>

Sentencia C744, 744 (Corte Constitucional 25 de julio de 2001). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-774_2001.html#1

Sentencia C744 (Corte Constitucional 25 de julio de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>

Sentencia C774 (Corte Constitucional 25 de Julio de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>

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

Sentencia C816 (Corte Constitucional 30 de Agosto de 2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-816-04.htm>

Sentencia C818 (Corte Constitucional 09 de Agosto de 2005).

Sentencia Corte Interamericana, Jorge, José Y Dante Peirano Basso vs Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de Agosto de 2009). Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

Sentencia T040 (Corte Constitucional 28 de Enero de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-040-13.htm>

Vanegas, P. L. (2007). *Las Audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio*. Bogota: Imprenta nacional.

Vargas, P. (2009). *Medidas de aseguramiento y libertad provisional*. Bogota: Doctrina y Ley.

Villamil, E. (1999). *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley.

Zuluaga, J. (2014). De los motivos “fundados” para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano. *Revista Nuevo Foro Pena*, 10, 167 - 209. Obtenido de <file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-DeLosMotivosFundadosParaLaAfectacionDeDerechosFund-5234928.pdf>