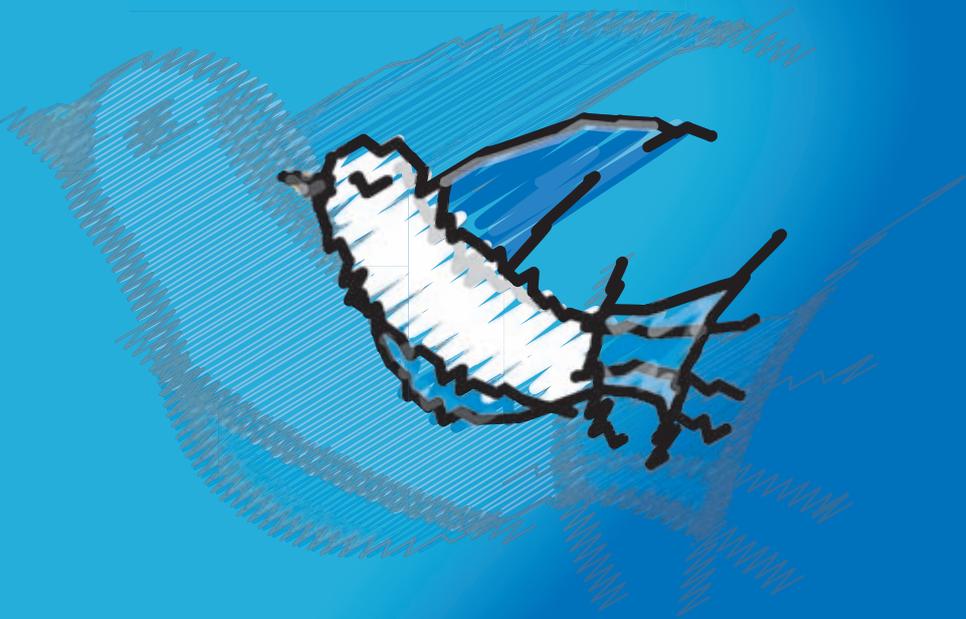


Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano



DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Derechos humanos, para vivir en paz



Régimen de Libertad
en el Sistema Acusatorio Colombiano
(Ley 906 de 2004)

Lectura constitucional

Alberto José Prieto Vera

Defensor del Pueblo

VÓLMAR PÉREZ ORTIZ

Secretario General

DARÍO MEJÍA VILLEGAS

**Directora del Sistema Nacional
de Defensoría Pública**

JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA

**Director Nacional de Promoción
y Divulgación de Derechos Humanos**

MAURICIO ALEJANDRO HERNÁNDEZ MONDRAGÓN

**Coordinador de la Unidad de Capacitación
en Investigación**

ALFONSO CHAMIÉ MAZÍLLI

**Coordinadora de la Unidad de
Control, Vigilancia de Gestión
y Estadística**

GLORIA MARÍA DÁVILA VINUEZA

**Coordinador de la Unidad de
Investigación Criminal**

JAIRO ACOSTA PARDO

Autor

ALBERTO JOSÉ PRIETO VERA

Corrector de estilo

RODRIGO NARANJO VALLEJO

Editor

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE

Diseño gráfico e impresión

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

BOGOTÁ. D. C., DICIEMBRE DE 2006

LOS CONCEPTOS SON RESPONSABILIDAD DEL AUTOR



C O N T E N I D O

	Pág
PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	11
UNIDAD 1	15
MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA	15
I. Libertad como derecho fundamental	15
II. La libertad personal como garantía	17
III. El principio de proporcionalidad en las afectaciones al derecho a la libertad	20
UNIDAD 2	21
RÉGIMEN DE LIBERTAD EN EL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	21
I. Antecedentes legales del actual Régimen de Libertad.....	22
A. Discrecionalidad en las decisiones sobre Libertad.....	23
B. Los métodos tradicionales para interpretar las normas restrictivas del derecho a la libertad.....	24
C. Captura en flagrancia en la legislación procesal anterior.	26
D. Captura con orden judicial en la ley procesal anterior.....	27
E. Detención preventiva en la codificación anterior	27
II. El Principio de proporcionalidad en la Ley 906 del 2004	28
III. Caracterización de la afirmación de la libertad.....	28
A. Excepcionalidad de la restricción de la libertad	28
B. Aplicación restrictiva	28
C. Necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad....	28
UNIDAD 3	30
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS RESTRICCIONES AL DERECHO A LA LIBERTAD	30
A. El concepto de principio de proporcionalidad.....	30
B. Evolución jurisprudencial del principio de	



	Pág
proporcionalidad en materia de derecho a la libertad.....	31
1. Sentencia C-327 de 1997	31
2. Sentencia C-774 del 2001	32
3. Sentencia C-805 del 2002	33
4. Sentencia C-591 del 2005	34
5. Sentencia C-673 del 2005	35
6. Sentencia C-730 del 2005	35
7. Sentencia C-822 del 2005	36
8. Sentencia C-456 del 2006	37
9. A manera de conclusión sobre la evolución jurisprudencial del principio de proporcionalidad.....	38
C. Consagración legal del principio de proporcionalidad	38
UNIDAD 4	39
APLICACIÓN JUDICIAL DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE LIBERTAD	39
A. Idoneidad.....	39
B. Necesidad.....	40
C. Proporcionalidad en estricto sentido	40
D. Aplicación práctica del test de proporcionalidad. (Caso de PORFIRIO RAMÍREZ ALDANA, “el aeropirata”).....	41
1. Hechos	41
2. Primera decisión de detención preventiva en centro carcelario	42
3. Segunda decisión que impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria	44
UNIDAD 5	47
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS FORMAS DE CAPTURA...	47
I. CAPTURA ADMINISTRATIVA	47
II. CAPTURA EN FLAGRANCIA.....	49
III. CAPTURA CON ORDEN JUDICIAL.....	51
UNIDAD 6	52
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	52
I. PROCEDENCIA LEGAL DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	52
II. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN Y LA CONTROVERSIA PROBATORIA	54
A. Derecho comparado	54
1. Derecho angloamericano.....	54
2. Sistemas universales de protección de los derechos humanos	54
3. Derecho español.....	55
B. Derecho colombiano.....	56
III. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN Y PROBABILIDAD DE EXISTENCIA DE CAUSALES	



	Pág
DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD	59
A. ANTECEDENTES DE LA FIGURA	59
B. LEY 600 DEL 2000 Y LEY 906 DEL 2004.....	59
IV. NECESIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	60
A. DERECHO COMPARADO	60
B. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	61
V. LÍNEAS DE INTERVENCIÓN DEFENSIVA EN AUDIENCIA PRELIMINAR DE SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	64
A. En relación con la procedencia de la medida de aseguramiento (art. 313 C.P.P.).....	64
B. En relación con la inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva.....	65
C. En relación con la proporcionalidad y necesidad de la medida de aseguramiento (Art. 308 y siguientes C.P.P.)	67
UNIDAD 7	73
REGULACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN LA LEY 906 DEL 2004	73
I. La distinción entre principios y reglas en la normativa del Código de Procedimiento Penal sobre proporcionalidad de la detención	77
II. Análisis de las hipótesis de necesidad de la medida previstas en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal. Peligro para la comunidad.....	80
III. El peligro para las víctimas	83
IV. Obstrucción a la justicia (riesgo para la investigación).....	84
V. No comparecencia (riesgo de evasión)	84
VI. Análisis del Proyecto de Reforma a la Ley 906 del 2004 sobre proporcionalidad de la medida de aseguramiento.	85
UNIDAD 8	93
PROPORCIONALIDAD EN LA SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA DE PERSONAS DECLARADAS AUSENTES	93
UNIDAD 9	96
CAUSALES DE LIBERTAD	96
I. Cumplimiento de la pena según la determinación anticipada que se haya efectuado, preclusión y absolución del procesado ...	96
II. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad	97



	Pág
III. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo, cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento	97
IV. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.....	99
V. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral	101
UNIDAD 10	104
HÁBEAS CORPUS	104
I. EL HÁBEAS CORPUS EN LA LEY 600 DEL 2000	104
II. DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS DE LA LEY 600 DEL 2000 SOBRE HÁBEAS CORPUS	105
III. PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE HÁBEAS CORPUS.....	105
IV. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PROYECTO ... DE LEY ESTATUTARIA DE HÁBEAS CORPUS.....	106
V. COMENTARIOS A LA REGLAMENTACIÓN PROPUESTA	107
UNIDAD 11	109
MECANISMO DE BÚSQUEDA URGENTE	109
1. Búsqueda urgente en la Ley 600 del 2000.....	109
4. Mecanismo de búsqueda urgente en la Ley 971 del 2005.....	109
1. PROPÓSITO DE PREVENCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	110
2. AUTORIDADES COMPETENTES	110
3. TITULARES DEL MECANISMO	110
4. CONTENIDO DE LA SOLICITUD	110
5. TRÁMITE	110
6. PROCEDENCIA	111
7. FACULTADES DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES.....	111
8. RESCATE DEL DESAPARECIDO	111
BIBLIOGRAFÍA	113



PRESENTACIÓN

La Defensoría del Pueblo, como institución a la que corresponde la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, dentro del nuevo orden jurídico preconizado por la Constitución de 1991 debe propender a la efectiva comprensión y realización de tales derechos, especialmente si ellos conforman un cuerpo de garantías comprometidas en los procesos judiciales en los que su afectación se hace palmaria.

Dignidad, igualdad y libertad son derechos y principios que, al sentir de algunos, son, al Estado Social de Derecho lo que libertad, igualdad y fraternidad, constituyeron para el Estado Liberal de Derecho.

A partir de dicha triada se estructura el entendimiento del restante cartabón de principios y derechos, siendo cada uno de tales derechos, reformulados a partir de los valores, principios y derechos que supone el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Y es precisamente respecto al derecho a la libertad y su efectiva realización en el proceso penal el escenario que comporta el mayor riesgo para su afectación, motivo por el cual la Defensoría del Pueblo ha considerado indispensable una lectura constitucional del derecho a la libertad a la luz de las nuevas previsiones constitucionales y legales establecidas fundamentalmente en el Acto Legislativo 03 del 2002 y la Ley 906 del 2004, instrumentos que adoptaron y desarrollaron el Sistema Acusatorio como modelo de enjuiciamiento criminal en Colombia.

Se parte entonces de la premisa según la cual dicho Sistema de procesamiento penal y la manera como fue concebido en la ley constituyen un avance significativo en materia de garantías judiciales, amén de ser la expresión del principio democrático para asegurar la efectividad del orden jurídico justo al que hace alusión la Carta.

La conceptualización de la libertad como derecho fundamental, como garantía y como principio; su ligamen necesario con el principio de proporcionalidad su consagración y desarrollo en los instrumentos internacionales y desde luego el entendimiento que se le debe dispensar a la luz de la ley 906 del 2004, con apoyo en la preceptiva, doctrina y jurisprudencia de los organismos internacionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia y especialmente, la manera como el derecho a la libertad se ha venido desenvolviendo en la práctica judicial, son solo algunos de los temas que se abordan en la presente obra.



Se propone, igualmente, contribuir a la formación de los operadores judiciales, jueces, fiscales, defensores, investigadores, agentes del ministerio público y, desde luego, defensores públicos, quienes tienen bajo su responsabilidad en cada caso en que intervengan velar por la efectiva realización de los derechos fundamentales comprometidos en la contienda procesal penal.

VÓLMAR PÉREZ ORTIZ

Defensor del Pueblo.





INTRODUCCIÓN

El régimen de libertad en la nueva codificación procesal penal colombiana implica, como otros temas trascendentes del derecho procesal penal, un cambio de paradigma, una lectura constitucional del proceso penal, debiendo acudir a métodos de interpretación de naturaleza constitucional, como el principio de proporcionalidad.

Este trabajo parte de la premisa según la cual el régimen de libertad, como derecho fundamental, principio y garantía, debe necesariamente vincularse al principio de proporcionalidad, como estructura de interpretación de los derechos fundamentales.

Esta afirmación se sustenta tomando como punto de partida el análisis de las reglas tradicionales de hermenéutica para resolver los problemas relacionados con la libertad en regímenes procesales anteriores, lo que comporta una retrospectiva del tratamiento del derecho a la libertad, análisis que, como se advertirá, resulta insuficiente, siendo necesaria su complementación mediante el principio de proporcionalidad.

Lo anterior involucra el estudio previo, tanto de la legislación anterior y de las reglas tradicionales para interpretar las normas que limitan o restringen el derecho fundamental a la libertad, como de los conceptos, criterios y fases que comprende el principio de proporcionalidad.

Una vez especificado conceptualmente el citado principio de proporcionalidad, se analizarán los supuestos que darían lugar a su aplicación en el proceso penal, relacionados todos con las restricciones al derecho a la libertad personal.

Se incluye una referencia al estado actual de la discusión normativa en materia de hábeas corpus y la legislación recientemente adoptada sobre mecanismo de búsqueda urgente.

Todos los temas se abordan desde la perspectiva constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial, esta última tanto la nacional como la de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

El estudio pretende ser una herramienta para los operadores judiciales, especialmente para los defensores públicos, a fin de contribuir a la optimización de su intervención en audiencias preliminares, mediante el entendimiento de las nuevas instituciones procesales y, de manera coetánea, el advenimiento de nuevos paradigmas de interpretación y argumentación.

Quienes cambian libertades esenciales por seguridades
transitorias no merecen ni la libertad
ni la seguridad.

Benjamín Franklin

ALBERTO JOSÉ PRIETO VERA

Defensor Público adscrito a la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá; Abogado de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Ciencias Penales y con Estudios de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma Universidad. Coautor de la obra en tres tomos titulada: *El Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Formador en Técnicas de Juicio Oral y Profesor Universitario.



UNIDAD 1

MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

I. Libertad como derecho fundamental

La libertad tiene una amplia gama de dimensiones, siendo la más importante su tratamiento como derecho fundamental o derecho humano de primera generación.

El artículo 28 del texto superior consagra imperativamente que *"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley."*

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

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

En la misma orientación, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente:

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

"2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

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



cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

"4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

"5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación"¹. (Negrilla del contexto).

La Convención Americana de Derechos Humanos regula el tema en términos similares:

"Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. **Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.**
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios"². (Negrilla del contexto).

El derecho a la libertad es entonces un tema relevante en el campo de los Derechos Humanos, pero también en la teoría de los derechos fundamentales viene

¹ Cfr. www.unhchr.ch

² Cfr. www.oas.org/juridico/spanish



a adquirir una entidad jurídica trascendente, como principio, y dentro de la temática del garantismo penal se estudia su condición de garantía fundamental.

En la órbita de los derechos humanos se ha ubicado al derecho a la libertad dentro de las más significativas conquistas de las revoluciones liberales, sobresaliendo dentro de los derechos civiles, de carácter preponderantemente negativo, es decir, un derecho de protección frente a la arbitrariedad estatal o privada, un límite a la esfera de intervención principalmente del Estado.

La Corte Constitucional, de vieja data, se pronunció sobre el derecho fundamental a la libertad y la limitación razonable del mismo, con fundamento en los artículos 28 y 29 de la Carta:

“En este sentido, el legislador encuentra una limitación constitucional de sus atribuciones (C.P. arts. 29 y 93) en asuntos punitivos y de política criminal debiendo estar justificadas racionalmente las demoras o dilaciones temporales de la investigación y juzgamiento de las personas detenidas preventivamente. La mera elección de un plazo –igual al máximo de la pena– no justifica ni hace razonable la restricción indefinida de la libertad por el hecho de que el legislador así lo establezca en ejercicio de sus funciones...”³.

En este pronunciamiento la Corte enfatiza que el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad está constituido, en primer lugar, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las actitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás, y en segundo lugar, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente⁴.

II. La libertad personal como garantía

Cabe precisar que el derecho a la libertad, como ningún otro, viene a materializar aquella idea según la cual las garantías son predicables del procesado y eventualmente de las víctimas legítimamente constituidas dentro del proceso.

Sería un despropósito que se considerara la libertad de una persona como peligrosa; en este sentido tiene razón APONTE⁵ cuando afirma que el peligro no se debe a la condición de la libertad, se debe a los hechos concretos de una persona. La libertad, por ser una condición natural del hombre en sociedad, no puede ser vista como causante de un peligro.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993.

⁴ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos. Derechos de Libertad. 2004. P.18.

⁵ APONTE, Alejandro David. La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: Hacia una prevalencia del principio de libertad. En CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. P. 161.



En este contexto, la libertad como parte del conjunto de garantías debidas al justiciable "... significa la existencia de medios de protección que aseguren el pleno y efectivo ejercicio de los derechos de que goza el imputado".

"El vocablo *judiciales* implica que estas garantías se efectivizarán durante el desarrollo del proceso penal, es decir, conciernen a la regularidad del proceso, al normal desenvolvimiento de los actos procedimentales".⁶

Se parte de la idea, aceptada desde los clásicos, de que la garantía es una condición que se ofrece al individuo sometido al proceso penal y hoy día a las víctimas que concurren al mismo, pero no puede propugnarse garantía alguna de la sociedad o del propio Estado, que ostentan derechos, atribuciones, obligaciones o prohibiciones, pero nunca garantías propiamente tales.

En esta orientación resulta desafortunado que algunos jueces de garantías conciben el proceso penal y las medidas de aseguramiento que dentro del mismo se adoptan, como una garantía para la sociedad y el Estado, como si las garantías judiciales no fueran un atributo del procesado sino del Estado y, por ende, del ente investigador.

Tal proceder, como lo señala acertadamente ROXIN⁷, sitúa el conflicto procesal penal en una antinomia Estado-individuo, cuestión propia de los Estados totalitarios, siendo lo correcto en un Estado democrático que el juez, órgano imparcial, asegure la vigencia de ambos órdenes de cosas, partiendo de la idea de que las garantías procesales o judiciales corresponden prioritariamente al sujeto sometido al proceso penal, frente a los poderes, atribuciones y facultades que competen al Estado.

El tema del juez como órgano de control a quien está vedado inclinar la balanza a favor de los intereses del Estado y en desmedro de las garantías judiciales debidas al procesado encuentra en BOVINO⁸ un serio defensor, autor que enfatiza que el incumplimiento de los *deberes de los jueces penales* en materia de imparcialidad y protección de las garantías de la persona sobre quien recae la acción del Estado no solo involucra incumplimiento de la función judicial, sino que, además, comporta responsabilidad internacional del Estado ante los organismos internacionales de derechos humanos.

"Los tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano cualquiera de los poderes del Estado que afecte o

⁶ EDWARDS, Carlos Enrique. Garantías constitucionales en materia penal. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1996. P. 265.

⁷ Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. P. 258.

⁸ BOVINO, Alberto. El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos. Separata del Libro La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales.



restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial, exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda detención ilegítima. La detención será ilegítima en la medida en que no cumpla con todas y cada una de las exigencias jurídicas formales y materiales propias del encarcelamiento preventivo.

“... ”

“Es tarea propia de la función judicial la de resolver las controversias y peticiones planteadas por las partes en el marco del procedimiento, la de controlar el respeto de las reglas formales y, principalmente, en el ámbito de la justicia penal, la de proteger los derechos fundamentales del imputado que toda persecución penal afecta o pone en peligro”⁹.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se hace énfasis en la protección de las garantías debidas al procesado, no existiendo discusión en que el recurso efectivo contra el fallo constituye “un medio establecido a **favor del inculpado**”¹⁰ para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa”¹¹, y la Corte Interamericana¹² va más allá al afirmar que la noción de garantías a las que se refiere la misma disposición (art. 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos) son **derechos que le pertenecen exclusivamente al sujeto sometido al proceso penal**.

Las garantías suponen entonces límites al ejercicio de la persecución e investigación penal, límites a la manera en que se presentan y sustentan las peticiones ante el juez de garantías, fundados en el principio de legalidad y el debido proceso que ampara a la persona sometida a investigación y juzgamiento y a las víctimas.

El concepto de garantías lleva implícita la interdicción o prohibición constitucional de exceso, que significa que toda afectación a los derechos fundamentales del procesado o de la víctima debe ser proporcional a los fines constitucionales de la medida, proporcionalidad que implica también razonabilidad, idoneidad o necesidad y adecuación.

Esta concepción del principio de proporcionalidad como límite al ejercicio de actividades estatales de investigación fue enfatizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 del 2005, en la que expresó que el requisito de la necesidad de las medidas que afectan la libertad en el nuevo sistema procesal

⁹ Ibídem. P. 436.

¹⁰ Caso Guillermo José Manqueda. Informe 17/94 (9/2/94). Citada en GUERRERO PERALTA, ob. cit., p. 112.

¹¹ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. 2005. P. 112.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 8/87 y 9/87. Citada en GUERRERO PERALTA, ob. cit., p. 112.



penal, funciona a la manera de límite o “límites teleológicos constitucionales expresos” a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales¹³.

III. El principio de proporcionalidad en las afectaciones al derecho a la libertad

La libertad personal posee una dimensión de derecho fundamental, una caracterización como garantía o límite del poder persecutorio del Estado para investigar y castigar, y también está dotado de una naturaleza de principio, que supone que su limitación debe ser proporcionada, necesaria, adecuada y razonable.

El principio puede ser denominado como la afirmación de la libertad durante el proceso penal, la proporcionalidad en las restricciones al derecho a la libertad o, como tradicionalmente lo ha entendido la Corte Constitucional, la necesidad de las medidas de aseguramiento.

Como principio se trata de una entidad jurídica cuya metodología de comprensión debe abordarse desde la teoría de los derechos fundamentales, el equilibrio de los mismos y la ponderación cuando quiera que colisione con otros principios constitucionales.

“En desarrollo del principio de proporcionalidad, el juez de control de garantías obra como auténtico juez constitucional. Ello no solo por la labor de control en sí, que con base en este principio adelanta el juez en los distintos eventos, sino por la complejidad que alcanza su juicio basado en la metodología que subyace a dicho principio...”

“En el derecho procesal comparado y en la jurisprudencia internacional se ha desarrollado el principio de proporcionalidad y él ha guiado el juicio del juez en eventos especialmente problemáticos, como es el caso de las medidas de aseguramiento y de las medidas cautelares en general, o el de las intervenciones corporales o en las medidas que afectan el derecho a la intimidad o a la esfera de la personalidad. La aplicación de dicho principio exige la dogmática de la ponderación como método de interpretación judicial en general”¹⁴.

En los apartados subsiguientes se hará referencia explícita al principio de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, aplicando dicha metodología, de naturaleza constitucional, a las afectaciones al derecho a la libertad durante el proceso penal.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 del 2005. M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS H. En los copiadore de la Corte Constitucional.

¹⁴ APONTE CARDONA, Alejandro. Captura y medidas de aseguramiento: El Régimen de Libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa- y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006. P. 236.



UNIDAD 2

RÉGIMEN DE LIBERTAD EN EL ACTUAL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Como quiera que la restricción de la libertad, especialmente en las modalidades de captura y detención preventiva, comporta tensiones entre la actividad de investigación por parte del Estado y la presunción de inocencia, entre las finalidades de la pena (prevención general) y las finalidades de la detención cautelar, entre otras, ello implica la necesidad de fijar límites a las restricciones a la libertad, los cuales en ocasiones vienen dictados por una variedad de referentes de diversa índole¹⁵.

El Código de Procedimiento Penal Colombiano, además de aceptar la acentuada tendencia internacional y de derecho comparado a determinar la necesidad del aseguramiento cautelar de carácter procesal, prédica que guarda armonía con la norma constitucional (art. 250 numeral 1° C.N.), establece como norma rectora (art. 2° inc. 2°) y principio (art. 295) que toda restricción a la libertad del imputado debe resultar necesaria para garantizar la comparecencia del mismo al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad.

A su turno, el artículo 295, principio de afirmación de la libertad, concreta las características que deben tener las mencionadas medidas cautelares: excepcionalidad, aplicación restrictiva, necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, expresiones, todas ellas, que reflejan la instauración del principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal colombiano, si se armonizan las disposiciones citadas con el artículo 27 del C.P.P. sobre moduladores de la actividad judicial.

De este enunciado surgen diversas problemáticas que podemos sintetizar diciendo que el nuevo estatuto adjetivo expresa una contraposición de diversas nociones que de vieja data se discuten en el campo de la teoría del derecho, que comporta la superación de diversas concepciones hijas del positivismo

¹⁵ Los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto del sistema interamericano como del europeo, han expresado en múltiples oportunidades el concepto según el cual "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.". (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO SUÁREZ ROSE-RO. SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1997).



jurídico y el advenimiento de otras compatibles con el Estado Constitucional de Derecho. Por citar algunas, las siguientes:

- Discrecionalidad frente a proporcionalidad en la captura.
- Proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad.
- Inferencia razonable de autoría o participación o sospecha fundada frente a indicios graves o motivos suficientes para predicar responsabilidad penal en la medida de aseguramiento.
- Principios frente a normas legales (reglas).
- Ponderación frente a subsunción.
- Controversia probatoria frente a contradicción de la prueba en materia de libertad.
- Proporcionalidad de la Detención Preventiva.

Como el objeto de este trabajo se contrae al estudio del derecho a la libertad con fundamento en el principio de proporcionalidad, me ocupo fundamentalmente de este tema, sin dejar de lado las implicaciones que tienen sobre el mismo los restantes.

I. Antecedentes legales del actual Régimen de Libertad

En las codificaciones procesales tradicionales es recurrente la utilización de diversas herramientas para dirimir los asuntos relacionados con la libertad.

Es así como, en materia de orden judicial de captura, el legislador en las legislaciones anteriores dejaba librada a la discrecionalidad del funcionario judicial la posibilidad de decretar órdenes de captura y otras eventualidades que requieran una decisión sobre el encarcelamiento o la liberación de una persona que comparecía al proceso en determinadas condiciones.

Igualmente, los métodos de interpretación legal, bajo un derecho procesal tradicional, descansan en los textos de la misma u otras leyes, es decir, existe una preponderancia del método positivista de la subsunción, que consiste en que la solución al problema jurídico lo suministra la ley, y de no encontrar dicha solución en ella, la respuesta al problema corresponde a una decisión discrecional del funcionario judicial.

Esta concepción de los problemas relacionados con el derecho a la libertad personal y con otros derechos comprometidos en el proceso penal cambia significativamente en el nuevo esquema procedimental, introduciéndose conceptos de la nueva teoría del derecho, especialmente estructuras constitucionales de interpretación y argumentación, tales como el principio de proporcionalidad y la ponderación.



A. Discrecionalidad en las decisiones sobre Libertad

En los Códigos de Procedimiento Penal expedidos con anterioridad a la Ley 906 del 2004 era frecuente dejar librada a la discrecionalidad del funcionario judicial la expedición de la orden de captura, su cancelación o revocación en determinadas eventualidades. Especialmente se consideraba que era facultativo del fiscal librarla en aquellos casos en que el delito investigado estuviera sancionado con pena de prisión que superara un mínimo (dos o más años en el decreto 2700 de 1991 y cuatro o más en la (Ley 600 del 2000), coexistiendo tal posibilidad con la captura obligatoria en algunas legislaciones anteriores a las citadas¹⁶.

El elemento de facultad o discrecionalidad del funcionario judicial en la toma de decisiones relativas a la captura, la revocación de la orden, la continuación de la libertad o la liberación del procesado en determinados casos, es una nota común en las regulaciones sobre captura antes de la Ley 906 del 2004, lo que significa que se dejaba en manos de la discrecionalidad o subjetividad del funcionario judicial cuándo debía ordenar la restricción al derecho en casos de delitos graves (pena mínima superior a determinado cuántum), la cancelación de la orden (presentación voluntaria) o la liberación del procesado en otros (surgimiento de razones que harían imponible la medida de aseguramiento).

Desde luego la discrecionalidad está limitada por los fines superiores del Estado, especialmente si este ha adquirido la forma de Estado Social de Derecho, lo que significa que dicha discrecionalidad bien entendida significa la vigencia de la Constitución para su aplicación.

“Constituye –la discrecionalidad– simplemente el expediente de que se vale el legislador para obtener la realización de los fines del Estado cuando estima que la consagración de la categoría antónima de la facultad jurídica... pudiera llegar a significar precisamente la negación de los fines mencionados.

“La autoridad destinataria de la facultad jurídica no goza de otra discrecionalidad que aquella necesaria para determinar las condiciones de cuyo cumplimiento dependerá el nacimiento del derecho al beneficio, pero teniendo siempre como limitación las exigencias que plantean los fines del Estado”¹⁷.

¹⁶ Cfr. FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Manual de Derecho Procesal Penal. Ed. Leyer. 2001. P. 663: “Durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1938 (Ley 94 del 13 de junio), el cual rigió hasta el año 1971, todo delito que tuviera señalada pena privativa de la libertad obligaba al funcionario [de manera imperativa e ineludible], para efectos de indagatoria, a ordenar la captura del imputado. A esa captura también se le dio el apelativo de detención [que no tiene el sentido ni la connotación de hoy día].

¹⁷ MOHOR A., Salvador. La libertad provisional en el ordenamiento jurídico chileno. Ed. Jurídica de Chile. 2000. P. 21.



La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha enfatizado que la discrecionalidad gira en torno de los fines superiores del Estado y del modelo social y democrático que nos rige, afirmando que es perfectamente compatible con nuestra Constitución, de manera implícita, así no se consagre expresamente como en la Constitución española, la denominada *prohibición de arbitrariedad*¹⁸.

Conforme a las legislaciones anteriores, especialmente al decreto 2700/91 y a la Ley 600/2000, las situaciones en las cuales se podía ordenar o ejecutar la captura dependen de tres factores: Primero, de la prueba existente en contra del procesado; segundo, de la renuencia para comparecer una vez citado para adelantar alguna diligencia judicial; y tercero, de las circunstancias en que sea encontrada la persona y que permitan afirmar la existencia de la flagrancia o del motivo fundado que habilita la captura administrativa¹⁹.

B. Los métodos tradicionales para interpretar las normas restrictivas del derecho a la libertad

Como instrumentos que servían al juez para no caer en la arbitrariedad y ejercer en debida forma esa facultad discrecional, se podrían mencionar los métodos tradicionales de interpretación de la ley penal, las fuentes del derecho y los principios generales del derecho relativos al derecho a la libertad, como el *favor libertatis*.

Sobre los métodos tradicionales de interpretación ha de tenerse en cuenta que la interpretación denominada auténtica ya no solo cubre aquella que hace el legislador con autoridad para fijar el sentido o señalar el alcance de una norma legal, sino que la Corte Constitucional es el órgano jurisdiccional de cierre en materia de control constitucional y por lo tanto también interpreta con autoridad las normas legales.

Igualmente, la interpretación puede ser semántica (métodos gramatical, sintáctico, filológico y jurídico-terminológico) o lógica (métodos racional, histórico, sistemático y político), según se atienda el tenor literal de la norma o la lógica de la misma.

Dentro de los métodos de hermenéutica lógica sobresale el racional y teleológico, mediante el cual el intérprete busca la ratio legis de la norma, los fines de las instituciones procesales.

¹⁸ Ver, entre otras, la sentencia T-966 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad puede consultarse, entre otras, la sentencia C-318/95 (MP Alejandro Martínez Caballero). “[I]as atribuciones que se relacionen con la restricción de los derechos fundamentales, en especial con el derecho a la libertad, encuentran un límite en la *prohibición constitucional de la arbitrariedad (C.P., artículos 1°, 2°, 123 y 209)* y, por lo tanto, deben sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

¹⁹ BERNAL CUÉLLAR, Jaime, y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Ed. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la Tercera Edición. 1995. P. 84.



Asímismo, se destaca para los fines de esta exposición el método sistemático como una de las herramientas del fiscal o el juez en los anteriores ordenamientos para interpretar las normas sobre libertad y decidir discrecionalmente sobre la orden de captura o su revocación.

Una tercera clasificación de la interpretación la tiene como declarativa, restrictiva y extensiva, según los resultados a los que llegue el intérprete: si la norma declara y el juez aplica lo declarado, será interpretación declarativa; si la norma dice más de lo que debería decir y el intérprete restringe su aplicación, se denomina restrictiva; y, por último, si la norma no dijo todo lo que debió decir a juicio del intérprete, el resultado será una interpretación extensiva que haga decir a la norma lo que no dijo pero se extrae del espíritu del legislador, lo cual podría aplicarse en el campo penal y procesal penal solo en aras de favorecer a la persona.

A estas reglas de interpretación legal cabe aunar los principios de la libertad misma, entre los más sobresalientes el *favor libertatis*, que consiste básicamente en que, si existe duda respecto de una norma aplicable en materia de libertad, debe preferirse la norma extensiva del derecho a la libertad a aquella restrictiva del derecho.

GIOVANNI LEONE²⁰, refiriéndose al tema de la carga de la prueba y la presunción de inocencia, define el *favor libertatis* como un principio en virtud del cual *las normas restrictivas de la libertad no pueden constituir objeto de aplicación analógica*, lo cual se vincula desde luego con la máxima del in dubio pro reo.

Lo que se quiere significar al traer a colación esta serie de antecedentes legales, reglas de interpretación y principios sobre la libertad, es que ellos resultan insuficientes a la hora de resolver un caso sometido al juez de garantías, siendo consciente el legislador de esta limitación y regulando, en vez de reglas o normas de prohibición o de permisión, principios como el de proporcionalidad, a partir del cual se resuelven de mejor manera la tensión entre derechos fundamentales, sin dejar de lado, por supuesto, la utilización de las reglas y principios mencionados en precedencia.

La utilización del principio de proporcionalidad para resolver cuestiones relativas a las afectaciones a los derechos fundamentales implica el reconocimiento de que no todo el derecho puede encontrarse en la ley; que la aplicación o inaplicación irrestricta de determinada ley puede violar principios o incluso derechos fundamentales (antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, ahora la ley vale en el ámbito de los derechos fundamentales) y que el papel del juez cambia significativamente si la fundamentación de sus decisiones es el derecho constitucional y la teoría de los derechos fundamentales, una de cuyas manifestaciones es el principio de proporcionalidad.

²⁰ Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Decimoprimera edición. 2001. P. 163.



C. Captura en flagrancia en la legislación procesal anterior

En torno a la figura de la captura en flagrancia existió una interesante evolución de la figura desde su perspectiva constitucional, aunque también sobrevino en determinados momentos la involución de la institución a la luz de diversas interpretaciones, de suyo muy discutibles, ofrecidas por la Corte Suprema de Justicia.

Esta Corporación de Justicia sostuvo de manera pacífica durante algún tiempo que los requisitos de la captura se relacionaban con la actualidad y la identificación, entendiendo por la primera, que en el momento de la comisión del hecho o instantes después se encuentren una o varias personas presentes y se den cuenta de él; y, por el segundo, que la persona a quien se atribuyera el mismo fuera identificada o por lo menos individualizada por dichas personas²¹

Es de resaltar que para la Corte Suprema de Justicia no era requisito necesario que se produjera la captura de la persona sorprendida en flagrancia, sino que si se cumplían dichos requisitos de actualidad e identificación se configuraba la flagrancia y desde luego los efectos procesales de la misma, entre ellos la inoperancia de la confesión con fines de rebaja, y que no sería necesario, a la luz de ese entendimiento, librar previamente orden judicial de captura, sino que si la persona se consideraba en flagrancia por el cumplimiento de tales requisitos se procedería a capturar en dicho estado, sin que dicha aprehensión se reputara como ilegal.

Por fortuna, la Corte Constitucional vino a clarificar este asunto enfatizando la necesidad de la captura como requisito de la flagrancia, con la precisión conceptual y constitucional de los requisitos de la actualidad e identificación que habían sido desarrollados por la Corte Suprema de Justicia.

Respecto al requisito de la **actualidad**, enfatizó el órgano de cierre constitucional, que es necesario que las personas que presencian la comisión del reato se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación, y en cuanto a la **identificación** lleva a la aproximación del grado de certeza de que fue esa persona y no otra quien realizó el hecho, requisitos estos dos que deben aunarse a la **captura** de la persona²².

D. Captura con orden judicial en la ley procesal anterior

Como ya se examinó en un apartado anterior (supra I. A. Unidad 2), la captura con orden judicial en el sistema anterior a la Ley 906 del 2004 viene caracterizada, en primer lugar, porque no se trata *stricto sensu* de captura librada por un

²¹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación de 17 de agosto de 1999. M.P. JORGE CÓRDOBA POVEDA. En Régimen Penal Legis. 2004. Código Interno 6443-2.

²² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de enero 27 de 1994. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.



funcionario judicial imparcial, sino por el propio fiscal investigador que asumía también como juez al afectar derechos fundamentales producto de su propio trabajo de investigación.

En segundo lugar, apelaba a una institución muy propia del positivismo jurídico, como lo es la discrecionalidad en la toma de la decisión, por lo que el fiscal decidía muchas cuestiones relativas a cuándo y cómo dictar la orden de captura o revocarla, con base en una decisión discrecional.

El referente que la legislación le otorgaba al funcionario judicial era de naturaleza formal-objetiva, esto es, el funcionario judicial para decidir si libraba orden de captura en contra de una persona lo primero que debía mirar era la pena mínima descrita en el tipo penal y a partir de allí decidir, de manera enteramente discrecional, si impartía la orden de captura o citaba al procesado a la diligencia de indagatoria.

Bajo el esquema de la Ley 906 del 2004 este procedimiento cambia sustancialmente conforme se verá en un acápite subsiguiente. (Infra C. Unidad 5).

E. Detención preventiva en la codificación anterior

En los sistemas anteriores al acto legislativo 03 del 2002 y ley 906 del 2004, los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento venían dictados, en primer lugar, al referente de naturaleza objetiva, relacionado con la pena mínima descrita en el respectivo tipo penal, y la naturaleza del punible, siendo imprescindible, por ejemplo, aplicar el gravamen en determinada clase de delincuencia considerada per se por el legislador como grave; en segundo término, debía mediar un análisis probatorio tendiente a establecer la existencia de indicios graves de responsabilidad en contra del procesado.

A pesar de que desde 1997 la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el proyecto de Código de Procedimiento Penal promulgado en el año 2000 y la propia preceptiva de este ordenamiento procesal penal (arts. 2 y 355) establecieran los fines de la medida de aseguramiento como un principio por tener en cuenta con miras a la imposición de la misma, solo en el año 2001, con la sentencia C-774 del 2001, comienzan los funcionarios judiciales encargados en ese momento de imponer las medidas a analizar los fines constitucionales de las medidas como parte de los presupuestos para su imposición. (Infra B. Unidad 3).

La Ley 906 del 2004 viene entonces a condensar en su normativa toda la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, la preceptiva e interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos y, en general, el derecho comparado, para establecer un régimen de libertad perfectamente consonante con la Constitución Nacional y con el bloque de constitucionalidad.



II. El Principio de proporcionalidad en la Ley 906 del 2004

La Ley 906 del 2004 instauró el denominado, en derecho constitucional, principio de proporcionalidad, y dicho principio debe ser aplicado por los Jueces Penales, especialmente por los jueces de control de garantías.

Es necesario entonces establecer qué se entiende por principio de proporcionalidad, determinar cómo se articulan las normas del Código de Procedimiento Penal que consagraron dicho principio, especialmente respecto de la proporcionalidad de las restricciones a la libertad, y cómo deben aplicar los jueces penales, tanto los de control de garantías como los de conocimiento, el principio de proporcionalidad en las afectaciones a la libertad, para la resolución de los casos sometidos a su consideración.

III. Caracterización de la afirmación de la libertad

A. Excepcionalidad de la restricción de la libertad

Esta característica del principio de afirmación de la libertad tiene que ver con un derecho penal y procesal penal que funda sus presupuestos de validez en la dignidad humana, debiendo entonces el ejercicio del poder ser limitado y colocarse al servicio de finalidades superiores.

No puede entonces concebirse la limitación al derecho a la libertad sino dentro de un marco de atribución excepcional, siendo la regla general que el sujeto sometido a investigación, por virtud de la presunción de inocencia, se mantenga en libertad mientras dura el proceso en su contra.

B. Aplicación restrictiva

Este rasgo del principio de afirmación de la libertad significa que las normas que establecen la limitación al derecho a la libertad durante el proceso penal son de aplicación restrictiva, es decir, no pueden ser aplicadas analógicamente, y cualquier duda sobre su interpretación debe resolverse a favor de la afirmación de la libertad.

C. Necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad

Mediante estos caracteres del principio de afirmación de la libertad se quieren significar los subprincipios del principio de proporcionalidad en la afectación de la libertad.

La necesidad hace relación a que no existan medios diferentes de la medida restrictiva de los derechos, mediante los cuales se asegure de la misma forma la finalidad perseguida con la medida.

La adecuación implica, de una parte, la utilidad o aptitud de la medida de aseguramiento para cumplir los fines generales del proceso penal, y de otra un examen de los fines y los medios, de cara a ponderar cuál de los últimos resulta más adecuado para el cumplimiento de los primeros.



La proporcionalidad encierra, de una parte, un principio general que rige toda la actividad de la Administración y que se conoce genéricamente como *prohibición de exceso* o *prohibición de arbitrariedad*, y desde otro punto de vista, la aplicación práctica de dicho principio mediante la realización de test o juicios de proporcionalidad con base en la idoneidad, necesidad y ponderación de las medidas examinadas en determinado caso.

Del principio, concepto y test de proporcionalidad se trata pormenorizadamente en la siguiente unidad.





UNIDAD 3

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS RESTRICCIONES AL DERECHO A LA LIBERTAD

A. El concepto de principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad implica el análisis de dos cuestiones previas: que los derechos fundamentales no son absolutos y que se encuentran en un plano de equilibrio.

Partiendo de estas premisas, podemos afirmar que las afectaciones o restricciones a los derechos fundamentales son legítimas, aunque no de cualquier manera, sino que ellas deben respetar el bloque de constitucionalidad y el núcleo esencial de los derechos. Para determinar ese ajuste de tales restricciones a la Constitución se ha diseñado el juicio, criterio o test de proporcionalidad, al cual haremos mención en párrafos subsiguientes.

Una cosa entonces es el principio de proporcionalidad y otra el juicio o test del mismo. En cuanto principio, no es privativo del derecho penal y ni siquiera del derecho constitucional, sino que es una estructura que recorre todo el ordenamiento jurídico, particularmente valga tener en cuenta lo preceptuado por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, que a la letra dispone:

“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

En la misma orientación de considerar la proporcionalidad como un principio general del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional enfatizó:

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –...– busca asegurar que el poder público actúe dentro del marco del Estado de Derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales del Estado



de Derecho (art. 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (art. 4º C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (art. 5º C.P.)... ”²³.

El principio de proporcionalidad puede definirse como “... una estructura, un criterio estructural que sirve para articular las tensiones que se crean entre las disposiciones constitucionales o entre argumentos interpretativos materiales de los derechos fundamentales que entran en mutua contraposición”²⁴.

En cuanto juicio, test o metodología constitucional, este criterio estructural surge en Colombia paralelamente con los llamados test de igualdad, como uno de los pasos o fases que debían aprobarse para considerar la norma conforme a la Constitución y justamente en un primer momento fue denominado test de **razonabilidad**, cuyo tercer paso, se repite, era la razonabilidad del trato desigual, equivalente en la naciente jurisprudencia²⁵ a la proporcionalidad y sus tres subprincipios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

B. Evolución jurisprudencial del principio de proporcionalidad en materia de derecho a la libertad

1- Sentencia C-327 de 1997

La Corte Constitucional empieza a referirse al tema de la necesidad de la detención preventiva desde el año 1997 con la sentencia C-327, dentro del siguiente temperamento:

“... Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada [art. 28 C.N.] contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable...”

“... 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...”

*“... 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 pri-***

²³ Sentencia C-916 del 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2ª ed. 2005. P. 511.

²⁵ Sentencia C-022 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



vacación no solo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se deben 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..."²⁶ (Énfasis fuera de texto).

Esta sentencia y otras²⁷ que vienen a producirse posteriormente empiezan a trabajar el tema de la proporcionalidad y razonabilidad como limitaciones al legislador, en su amplio margen de configuración legislativa, sin dejar de lado que dicha razonabilidad y proporcionalidad se predicán también de los jueces al dar aplicación a las normas legales que permiten la restricción legítima al derecho fundamental a la libertad.

2. Sentencia C-774 del 2001

La Corte Constitucional en esta sentencia se refirió nuevamente y con mayor énfasis a la necesidad de la medida de aseguramiento como criterio necesario para su imposición, no siendo suficiente entonces la adopción de tales medidas únicamente con fundamento en el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la ley.

*"La propia Carta contiene elementos que, sin excluir otros que puedan resultar constitucionalmente admisibles, pueden configurar finalidades válidas para la detención preventiva. Así, por ejemplo, puede considerarse que la Constitución prevé, de manera implícita, como fin u objetivo de la detención preventiva, **la necesidad de afianzar la preservación de la prueba**, tal como se deduce del numeral 4º del artículo 250 de la Constitución, por virtud del cual es función de la Fiscalía "velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso"²⁸. Si a dicha entidad le corresponde velar por la seguridad de los testigos y de*

²⁶ Sentencia C-397 de 1997. Subrayado por fuera del texto original.

²⁷ Sentencias C-425 de 1997 y C-634 de 2000.

²⁸ Subrayado por fuera del texto original.



sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes, ... en ausencia de estas circunstancias, y en aras de proteger la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y el derecho a la libertad personal (artículos 2º y 28 de la Constitución), es predicable la adopción de otro tipo de medidas menos lesivas de estos derechos fundamentales como disponer la vigilancia de las personas, o la incautación de documentos, entre otras (artículo 256 del decreto 2700 de 1991)...

"Igualmente, **la protección de la comunidad** en aras de impedir la continuación de la actividad delictual puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1º de la Constitución, según el cual el Estado colombiano se encuentra fundado en "la prevalencia del interés general", cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado "asegurar la convivencia pacífica" de la comunidad. **No obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana,** y por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del sindicado, el ejercicio de esta atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado". (Énfasis del contexto).

La sentencia en cita cobra cada día mayor vigencia entre los jueces de control de garantías y puede ser de utilidad para casos de libertad provisional que presenten vacíos legales, tal como la propia providencia lo dejó sentado al enfatizar que "... las citadas disposiciones [sobre plazo razonable en la detención: libertad provisional] encuentran un vacío legislativo consistente en que no existe un límite temporal para obtener la libertad provisional en dos eventos: el primero, en cuanto al término de detención que existe entre la calificación del mérito de la instrucción y la ejecutoria de la resolución de acusación, **y el segundo, consistente en el tiempo de detención que existe entre la celebración de la audiencia de juzgamiento y la sentencia definitiva...**", de manera que, de presentarse una detención preventiva que se torne irrazonable, una vez culminado el juicio oral y apelada la sentencia condenatoria de primera instancia, de no producirse prontamente la resolución de la apelación, la prolongación de la privación de la libertad se puede tornar irrazonable y desproporcionada, siendo procedente la libertad provisional, así este supuesto no se haya consagrado expresamente por el legislador.

3. Sentencia C-805 del 2002

Esta sentencia consagra de manera genérica los subprincipios del principio de proporcionalidad, afirmando que son tres los requisitos que debe cumplir una medida cautelar, especialmente aquellas de naturaleza personal:

a) La necesidad

Aparece sustentada en la presunción de inocencia y en el respeto a la libertad, por lo cual no puede quedar librada a la arbitrariedad o capricho, debe, por



el contrario, fundarse en su necesidad para *el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica*, además de no poder ser considerada como necesidad política ni estratégica, sino jurídica, esto es, relativa al logro de las finalidades del proceso penal y de la específica medida.

b) La proporcionalidad

En segundo término, menciona la C-805 el requisito de la proporcionalidad, afirmando que la medida debe ser adecuada entre otras que pueden ser consideradas, y que pueden apreciarse diversos criterios para definir dicha proporcionalidad, entre los que se encuentran la situación del procesado, las características del interés por proteger y la *gravedad de la conducta punible investigada*. En todo caso, la Constitución exige que se introduzcan criterios de necesidad y proporcionalidad al momento de definir los presupuestos de la detención preventiva.

c) La convicción

En tercer término se señala en esta sentencia el *criterio de la convicción* dentro del principio de necesidad o proporcionalidad de las medidas, aseverándose que trata de la *probabilidad de que el procesado sea autor de la conducta punible investigada*, que significa, en nuestro criterio, que la razonabilidad se introduce en el juicio de proporcionalidad, tal como lo hizo la Corte también en la C-024/94 analizada en un acápite precedente.

4. Sentencia C-591 del 2005

Sobre el papel del juez de control de garantías en el nuevo sistema, enfatizó la Corte:

"Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías²⁹. Destaca así que una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar: (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad, y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente, deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución..."³⁰.

²⁹ Ver Sentencia C-1092/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁰ Ver Sentencia C-592/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis.



A continuación se refiere la Corte, en este pronunciamiento, al test de proporcionalidad en los términos siguientes:

"De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no solo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental: (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad".

5. Sentencia C-673 del 2005

En otra oportunidad, la Corte Constitucional, refiriéndose a los datos del informante para posibilitar una orden de allanamiento acorde con el artículo 221 de la Ley 906 del 2004, expresó que "... constituyen un valioso elemento de juicio al momento de adelantar un examen no solo formal sino material sobre una medida de intervención en el derecho fundamental a la intimidad. En otros términos, le resultaría imposible al juez de control de garantías realizar un juicio de proporcionalidad sobre la mencionada medida, en el sentido de que si con esta se perseguía un fin constitucionalmente válido; si el propósito no podía ser alcanzado por otro medio menos gravoso para el derecho fundamental y si, finalmente, las ventajas obtenidas mediante la intervención compensan los sacrificios que esta implica para sus titulares. De igual manera, desconocer los datos del informante conducirá a que el juez de control de garantías no pudiese aplicar la regla de exclusión sobre la evidencia física y los elementos materiales probatorios recaudados durante la diligencia de registro y allanamiento"³¹.

6. Sentencia C-730 del 2005

Es necesario citar esta sentencia como parte de la evolución jurisprudencial de las afectaciones al derecho a la libertad, a pesar de que en ella solo tangencialmente se tratan temas relacionados con razonabilidad y proporcionalidad de la restricción a la libertad.

La Corte Constitucional consideró que la facultad excepcional atribuida a la Fiscalía General de la Nación para ordenar capturas, en la manera en que fue regulada por la Ley 906 del 2004 en sus artículos 2 y 300, resultaba amplia y ambigua, pues comprende una amplia gama de posibilidades que no se compatibilizan con la excepcionalidad de la figura.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-673 de 30 de junio del 2005. M.P.: Dra. CLARA INÉS VARGAS H. En los copiadorees de la Corte Constitucional. Exp. D-5452. P. 11.



"Ahora bien, la Corte constata que las expresiones "En las capturas (...) en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes" dejan un amplísimo margen de interpretación que no se compadece con el carácter excepcional fijado por el Constituyente derivado para la competencia que podría atribuirse a la Fiscalía General de la Nación para efectuar capturas según el Acto Legislativo 03 de 2002. La amplitud e indeterminación de las expresiones "existiendo motivos fundados" y "razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito", al tiempo que contradicen el principio de legalidad (artículo 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a "motivos fundados" los cuales siempre pueden existir, y a "motivos razonables" que comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado".

7. Sentencia C-822 del 2005

Más recientemente se produce este pronunciamiento, referido a actos de investigación o medidas que involucran intromisión en el cuerpo humano, mediante la cual la Corte efectúa más específicamente un test o juicio para determinar la proporcionalidad de una medida lesiva de derechos fundamentales, análisis que es perfectamente aplicable a cualquier medida lesiva de derechos fundamentales, y que consiste en dar respuesta a un test compuesto de tres escalas o niveles:

a) La idoneidad de la medida

En términos generales, significa que la ley, medida o acto, sea admisible, útil, compatible con la Constitución Nacional.

La Corte Constitucional se refirió a la proporcionalidad que debe regir las intromisiones en el cuerpo humano durante el curso de investigaciones penales, afirmando que la medida por aplicar debe ser adecuada, útil a los fines de la investigación, a lo que denominó **idoneidad**³².

b) La necesidad

Implica que no exista ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, o en términos similares "... *no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante...*"³³.

³² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 de 10 de agosto del 2005. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ Idem.



c) La proporcionalidad –en sentido estricto– implica que una intervención penal en la libertad o en cualquier otro derecho fundamental no debe afectar de manera significativa otros derechos fundamentales es decir, debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del otro derecho fundamental que se busca proteger con la medida.

Lo anterior quiere decir que la ley, medida, acto o conducta de la Administración debe examinar los beneficios y perjuicios de los derechos puestos en colisión, lo que implica una **ponderación**.

En materia procesal penal, la Corte afirmó (refiriéndose a las afectaciones a la intimidad producto de las intromisiones en el cuerpo humano con fines investigativos), que la medida es constitucional "... si al ponderar la **gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido**, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal, se concluya que la medida no es desproporcionada"³⁴.

8. Sentencia C-456 del 2006

Por último, una de las sentencias que en mayor medida se refieren a la proporcionalidad en materia de derecho a la libertad es la C-456 de 2006, mediante la cual la Corte estudia diversos aspectos relacionados de manera directa o indirecta con el principio de proporcionalidad, ya que afirma que el juez de control de garantías está en la obligación constitucional de hacer **en cualquier momento** un análisis racional, ponderado y adecuado frente a la medida de aseguramiento y en especial frente a las circunstancias fácticas que se le presenten de las cuales surja la imposición de la medida o su revocatoria o sustitución, toda vez que debe sopesar de una manera dinámica la necesidad de la medida frente a la afectación grave del derecho fundamental de la libertad del imputado.

Para la Corte "... *no resulta constitucionalmente admisible mantener vigente una medida restrictiva de la libertad, a pesar de que de la valoración de las circunstancias objetivas que se presenten de manera sobreviniente se imponga el cese de la efectiva privación de la libertad del sindicado o la sustitución de la medida por haber desaparecido los fundamentos que dieron origen a su imposición. De ser así, la medida resultaría arbitraria por carecer de los requisitos legales y por sustentarse en una finalidad y en un objetivo inválido e innecesario que no concurre con los mandatos constitucionales*".

Continúa afirmando que dicha necesidad de la medida también se vincula al tema de la valoración de los elementos probatorios y la oportunidad para controvertir aquellos que sustenten el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para la imposición, revocación o sustitución de la medida. Tal controversia probatoria, enfatiza la Corte, **debe ser dinámica y cambiante**, en favor de la defensa de la garantía constitucional del imputado a tener acceso a su libertad, es decir, **debe realizarse en el mismo momento en que se presentan**

³⁴ Ídem.



las circunstancias o surgen los hechos, lo que nos indica la idea de controversia probatoria semiplena en estas audiencias preliminares, con mayor énfasis si se trata de afectación del derecho a la libertad.

9. A manera de conclusión sobre la evolución jurisprudencial del principio de proporcionalidad

De lo expuesto se puede afirmar que “... *conceptos como el de orden público o interés general no pueden ser invocados, sin más explicación, para desconocer o desnaturalizar el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Las limitaciones a los derechos de libertad deben ser interpretadas de una forma restrictiva y estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que para enfrentar una situación problemática de orden público se debe escoger aquella opción que restrinja en menor escala los derechos de las personas. En este sentido la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustada estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Por ello, aunque existe cierto margen de apreciación para evaluar si una restricción es “necesaria en una sociedad democrática”, el ámbito de dicho margen queda limitado no solo por la naturaleza de la finalidad de la restricción sino también por la naturaleza de las propias actividades afectadas*”³⁵.

C. Consagración legal del principio de proporcionalidad

Como se observa, el principio de proporcionalidad, al ser una formulación que emana de la propia Constitución, se entiende consagrado en el ordenamiento jurídico, más aún si tiene expreso reconocimiento legal en los artículos 2º inciso 2º, 27, 295, entre otras de las muchas normas que hacen alusión expresa al mismo y a sus subprincipios de necesidad, razonabilidad y adecuación.

La Ley 906 del 2004, desde las normas rectoras y a lo largo de su normativa, utiliza la terminología propia del principio de proporcionalidad, como por ejemplo la necesidad de las medidas que se adopten en desarrollo de la investigación, la razonabilidad al adoptar las mismas y los actos de investigación, el motivo fundado para algunos de ellos, la inferencia razonable para otros, todo lo cual es precisamente una lectura constitucional del proceso a partir de una de sus más interesantes instituciones: el principio de proporcionalidad.

³⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. RED NACIONAL DE PROMOTORES DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de Libertad. Imprenta Nacional. Bogotá, 2004. P. 81.



UNIDAD 4

APLICACIÓN JUDICIAL DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE LIBERTAD

El test de razonabilidad o proporcionalidad debe ser entonces la óptima metodología de naturaleza constitucional para resolver los conflictos y tensiones derivadas de la interpretación y aplicación de las normas legales que consagran derechos fundamentales.

Es imperativo, entonces, acudir a la línea jurisprudencial sobre derecho a la igualdad, específicamente el test decantado por la Corte Constitucional para examinar la razonabilidad de los tratos desiguales³⁶, así como a las sentencias de constitucionalidad en virtud de las cuales la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, especialmente el análisis sobre proporcionalidad de las intromisiones en el cuerpo de la persona (C-822/05), necesidad de la detención (C-774/01), etc.

A. Idoneidad

En este primer nivel de análisis constitucional es donde se examinan los fines de la detención preventiva, las “razones tradicionales para detener”, a las que alude el derecho internacional de los derechos humanos, que tienen que ver, según la doctrina colombiana, con la defensa pública, la verdad y la justicia³⁷, vinculadas respectivamente con la necesidad de proteger la comunidad, proteger la investigación y atenuar el riesgo de evasión del imputado de las resultas del proceso y de la pena.

De manera general puede sostenerse que cada uno de los actos de investigación que afectan los derechos fundamentales debe tener su fuente en una finalidad constitucionalmente admisible. Así, por ejemplo, las medidas de aseguramiento únicamente pueden imponerse si se persiguen los fines anotados en el párrafo precedente; la afectación al derecho a la intimidad domiciliaria debe tener como finalidad la búsqueda de evidencias que demuestren las conductas punibles investigadas o personas a quienes pretenda el Estado capturar; toda

³⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-022/96, T-230/94, C-530/93, C-445/95, C-093/2001, SU-1219/2000.

³⁷ BERNAL CUÉLLAR, Jaime, y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Ed. Universidad Externado de Colombia. 1995. P. 80.



medida cautelar, así sea de orden real, debe ser proporcional y necesaria a los fines de tales medidas, etc.

Se entiende que una medida lesiva del derecho a la libertad es idónea si es útil a la investigación, apta para los fines del proceso y compatible con la Constitución.

Ejemplificando lo anterior, no es admisible constitucionalmente que se adopten medidas de aseguramiento con base en el derecho penal de autor (peligrosismo), ni con fundamento en la alarma social que pueda generar el presunto delito, pues tales finalidades no son compatibles con aquellas consagradas en la Constitución.

B. Necesidad

El tema de la necesidad del aseguramiento preventivo del procesado es el que ha sido objeto de mayor análisis por parte de la jurisprudencia, la doctrina y la propia ley, según quedó expuesto en otro acápite de este estudio (supra, unidad 3, capítulo III).

La detención preventiva no debe ser la *prima ratio*, conforme se observa en las solicitudes que presenta la Fiscalía a los Jueces de Control de Garantías, sino que debe ser la *ultima ratio*, debiendo examinarse antes todas aquellas medidas menos lesivas del derecho, más suaves, tenues o paliativas, mediante las cuales se pueda cumplir de la misma manera con la finalidad constitucional.

Por citar algunos ejemplos, resulta innecesario utilizar las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en los eventos en que, examinadas todas las circunstancias y derechos que fluyen del caso concreto, con una medida menos gravosa (detención domiciliaria) se cumple de la misma manera con la finalidad constitucional (v. gr. protección de la víctima).

También podrían citarse aquellos ejemplos en los que el destinatario de la medida ha sufrido mengua considerable en sus propios bienes jurídicos, como en aquellos casos en que su salud, después de cometido el delito, se encuentra en franco deterioro, debiendo incluso recluirse obligatoriamente en un centro asistencial, lo que impide fundadamente que vaya a colocar en peligro a la comunidad, a la investigación y, menos aun, que vaya a evadirse del proceso.

C. Proporcionalidad en estricto sentido

En este último nivel de análisis se examinan los beneficios de la medida con especial énfasis, los fines constitucionales de la investigación y los derechos de las personas que se persigue proteger, v. gr. las víctimas, y de otro lado, los costos o sacrificios que comporta la medida solicitada por la Fiscalía, *es decir, las razones que juegan en contra*, en palabras de la doctrina especializada, *los otros derechos que resultan afectados con la medida*, en palabras de la jurisprudencia constitucional colombiana, y *todas las circunstancias pertinentes para la resolución del caso*, en terminología del derecho internacional de los derechos humanos.



Lo que se persigue, examinado ese doble nivel de costo y beneficio, es efectuar una *ponderación*, es decir, culminado ese riguroso escrutinio de todas las razones a favor y en contra de la medida, escoger, dentro del catálogo de medidas que brinda el legislador en el artículo 307, literales A y B, la medida más indicada para el logro de la finalidad constitucional.

Esta selección de la medida más apropiada, examinados los costos y beneficios que comporta, es lo que se ha denominado dentro del análisis de la Ley 906 del 2004 *la gradualidad de la medida*, no interesando que el legislador haya establecido las medidas no privativas de la libertad únicamente para delitos con pena mínima inferior a cuatro (4) años, ya que de lo que se trata es de *ponderar o graduar* cuál medida resulta en mayor medida compatible con la Constitución (metodología constitucional), y no de aplicar criterios de *subsunción* de supuestos de hecho a los que se les atribuye una sanción establecida en la norma legal (método positivista).

En este último escalón de análisis (proporcionalidad *stricto sensu*, ponderación, gradualidad) juegan papel importantísimo las máximas o principios que ha acuñado el derecho penal de garantías, tales como el *favor libertatis*, o sencillamente, como lo entiende el máximo Tribunal de lo Constitucional de España, *“la obligatoria interpretación más beneficiosa de la ley a favor del sujeto gravado con la medida”*³⁸.

Un ejemplo que ilustra lo anterior es el análisis de la imposición de una medida de aseguramiento de prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m. (Numeral 9°, literal B, art. 307 C.P.P.), para una persona cuya única fuente de ingreso es su trabajo durante esas horas, considerando además que tal prohibición en nada contribuye al cumplimiento de ninguna de las finalidades constitucionales, porque se trata, por ejemplo, de un hurto agravado y calificado que se cometió a plena luz del día.

D. Test de Proporcionalidad aplicado a un caso concreto: Proceso contra PORFIRIO RAMÍREZ ALDANA (“El aeropirata”)

1. Hechos

Los hechos de este caso fueron suficientemente conocidos por la opinión pública.

El 12 de septiembre del 2005 el señor PORFIRIO RAMÍREZ ALDANA, en compañía de su hijo LISSINJAUER RAMÍREZ REINOSO (menor de edad), abordó una aeronave comercial de la empresa Aires que cubría la ruta Florencia-Bogotá, con el propósito de *“llamar la atención del señor Presidente Uribe”*, para obtener así el reconocimiento y pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le fueron irrogados hace aproximadamente cinco años por la fuerza pública

³⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El Proceso Penal. Lectura Constitucional. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1991. P. 278.



al llevar a cabo un allanamiento a su domicilio en el que se le causaron graves heridas con arma de fuego que lo dejaron en condición de parapléjico.

La Fiscalía le imputó al “aeropirata”, como fue denominado PORFIRIO RAMÍREZ por los medios de comunicación a partir de ese momento, los cargos de secuestro extorsivo agravado, apoderamiento y desvío de aeronave, y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

La defensa técnica correspondió a dos defensores de la Unidad Piloto de la Dirección Nacional de Defensoría Pública, en asocio con dos investigadores, uno de ellos de profesión médico, pertenecientes ambos a la Unidad Operativa de Investigación de la Defensoría del Pueblo.

Los hechos relevantes del caso, para efectos de la aplicación del test de proporcionalidad de la medida de aseguramiento, fueron desde un comienzo los siguientes:

- La gravedad de las conductas punibles, su pluralidad y naturaleza.
- Los derechos a la salud y a la vida en cabeza del imputado, en su condición de parapléjico.
- Los antecedentes que llevaron al imputado a la comisión de la presunta conducta punible.
- La forma en que se desplegó la conducta.
- El grado de peligro a los bienes jurídicos que comportó.
- El desenvolvimiento de los delitos.
- La entrega voluntaria a las autoridades del presunto secuestrador, previa concertación con un grupo de negociadores.
- La situación precaria de atención médica y asistencial al procesado dispensada por parte de la cárcel Modelo.
- La desmejora en las condiciones de salud del imputado mientras estuvo recluido en la citada cárcel.

Examinemos las dos determinaciones que se adoptaron para resolver sobre la medida de aseguramiento.

2. Primera decisión de detención preventiva en centro carcelario

En la primera audiencia de solicitud de medida de aseguramiento la Fiscalía solicitó detención preventiva carcelaria, y la juez sexta municipal con función de garantías de Bogotá la decretó con base en los siguientes argumentos:

“... de conformidad con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información, se cumplen los requisitos del artículo 307 en su literal a)... habla de medidas de aseguramiento privativas. Es así como la juez considera de conformidad con los elementos probatorios aportados, que el señor Ramírez se encuentra incurso en el artículo 308 numeral 2°:



el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, ¿por qué? A pesar de su invalidez fue capaz de portar elementos explosivos poniendo en peligro un grupo de personas que nada tenían que ver con sus conflictos internos, pues ha debido acudir a la autoridad correspondiente y no realizar esos actos tan reprochables para una sociedad... la medida tendrá que ser detención preventiva en un centro carcelario ya que se cumplen los requisitos del 308 numeral 2º y 310 de la misma obra, en su numeral 2º indica dicho precepto legal el número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos...³⁹.

De la lectura de esta providencia⁴⁰ debe anotarse que no se hizo alusión de manera precisa y concreta a los medios probatorios (elementos materiales, evidencia o información) que sustentaran probatoriamente la decisión judicial.

También es preciso destacar que la Fiscalía, al sustentar por primera vez ante la Juez 6ª de Garantías la solicitud de medida de aseguramiento, no indicó concretamente los elementos materiales probatorios, evidencia física e información que servían a su pretensión⁴¹, razones de peso para que con posterioridad fuera decretada su nulidad por parte del Juez 52 Penal de Circuito de Conocimiento⁴².

Si la providencia en examen no indicó ni evaluó los elementos materiales probatorios, evidencia física e información de la cual se servía para imponer el aseguramiento preventivo, menos aun indicó, evaluó y permitió la contradicción del recaudo probatorio que soportaba la proporcionalidad, razonabilidad, adecuación y necesidad de la medida de aseguramiento.

La mencionada decisión apela únicamente a argumentaciones (sin demostración) sobre la gravedad, reprochabilidad del comportamiento y otras reflexiones más propias de la pena que de la medida de aseguramiento.

No existió en dicha decisión judicial un ejercicio del test de proporcionalidad que determinara cuáles eran los fines constitucionales que se perseguían con la medida (idoneidad); si eran viables otros medios alternativos para cumplir con

³⁹ Decisión Judicial de 13 de septiembre del 2005. Juez 6ª Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá. En CD que contiene grabación de la audiencia. Récord 57:00 a 1:07.

⁴⁰ Según se observa en los diez (10) minutos que corren del récord 57:00 al 1:07 de uno de los CD que registraron la audiencia.

⁴¹ Cfr. récord 25:20 al 32:47 de la citada reproducción de la audiencia.

⁴² Sobre la decisión de nulidad de la medida de aseguramiento adoptada en este caso, **confrontar:** JUZGADO 52 PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ. Juez: Dr. EDUARDO CASTELLANOS ROSSO. Auto de 27 de septiembre del 2005. Decreta nulidad de la medida de aseguramiento. Radicado 2005-0006 contra PORFIRIO RAMÍREZ ALDANA. En CD de reproducción de audio y video de la audiencia de sustentación de apelación. **Sobre este mismo tema confrontar:** PRIETO VERA, Alberto José. Garantías Constitucionales en el proceso penal colombiano”, en El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomo III. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. P. 43 y siguientes.



dichas finalidades (necesidad); y por último, el análisis costo-beneficio, es decir resolver el interrogante de si existían otros derechos, razones o situaciones que hicieran costosa la medida o que operaran en contraposición o colisión con la medida perseguida (proporcionalidad *stricto sensu*).

3. Segunda decisión que impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria

La Fiscalía Delegada concurrió al Juez de Garantías para solicitar nuevamente la detención preventiva del imputado, y correspondió al Juez 5° de Control de Garantías de Bogotá.

La audiencia se desarrolló dentro de un profuso debate probatorio al que la Fiscalía hizo concurrir a cuatro (4) testigos con el fin de sustentar probatoriamente su petición, aunque solo uno de sus testigos tenía que ver con la necesidad de la medida de aseguramiento.

La defensa técnica solicitó se escucharan dos (2) testigos, un investigador y un médico, ambos al servicio de la defensa, mediante los cuales perseguía demostrar que la medida de aseguramiento de detención preventiva no era necesaria, y que se podían garantizar los fines de la detención con medidas no privativas de la libertad.

Mediante tales testimonios la defensa técnica pública puso a consideración del Juez los costos de la medida:

- Demostró que el estado de salud del imputado era ciertamente precario, mediante la autenticación de documentos médicos en ese sentido, exhibición de fotografías tomadas al imputado que revelaban el estado de sus heridas, un examen efectuado por un médico del Instituto de Medicina Legal, dos valoraciones médicas llevadas a cabo por el médico de la defensa.
- La situación precaria en que se encontraba el imputado en la Cárcel Modelo de Bogotá, sin la debida atención médica, sin lo mínimo que su delicado estado de salud requería.
- Aportó numerosas firmas de ciudadanos que reclamaban un tratamiento benigno al imputado, es decir, el presunto peligro a la comunidad por parte del procesado no era de tal magnitud como fue presentado por la Fiscal.

Evacuados los medios de convicción, la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención domiciliaria, y la defensa pidió que se asegurara al imputado con medidas no privativas de la libertad.

El Juez 5° de Control de Garantías se pronunció dentro del siguiente temperamento:

Respecto de los requisitos del artículo 318 C.P.P., dijo la providencia que, de los cuatro requisitos señalados por la norma, se cumple el del artículo 310 numeral 4°, y este basta para que se configure el peligro para la comunidad.



Para el Juez 5º, el imputado ciertamente constituye un peligro para la comunidad, por la manera en que se llevaron a cabo las conductas, el peligro que ellas entrañaron y la gravedad de los comportamientos.

Igualmente, se cumplen los requisitos del artículo 313 sobre procedencia de la medida de aseguramiento.

Se refirió al tema de la gradualidad de la medida de aseguramiento y citó el artículo 314 sobre sustitución de la medida para ser cumplida en la residencia del imputado, pues parecen cumplirse dos de las hipótesis de la sustitución: una, que para el cumplimiento de la detención sea suficiente con la reclusión en la residencia, y otra, que el imputado estuviera en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

Examinó el juez la finalidad de las medidas de aseguramiento para mirar si con la domiciliaria se superaba aquella de proteger a la comunidad del peligro que representaba el imputado, aclarando que *“... No es peligro potencial sino peligro específico, referido no a la personalidad del sujeto sino a sus actos, no al momento de la ejecución de los hechos, sino a todo el tiempo comprendido con posterioridad a los mismos.*

*“Se trata entonces de hacer una inferencia lógica y razonable acerca de las posibilidades [de] que su comportamiento futuro afecte a la sociedad”.*⁴³

Seguidamente el juez examinó la acción delictiva de principio a fin y los elementos probatorios aportados, y dedujo que en el plan de autor no observó plan de fuga, el imputado revela sensibilidad humana y es fácil de persuadir, su conducta es coyuntural y generada por una situación psicológica producida por su precario estado económico y su invalidez, además de que el dictamen psiquiátrico demuestra que el imputado padece problemas depresivos.

En cuanto al peligro para la comunidad en cabeza del imputado, dijo el Juez 5º Penal Municipal con función de garantías:

“... El juzgado califica al imputado como una persona de mediana peligrosidad, no por sus actitudes físicas sino por problemas psicológicos que según el examen de psiquiatría padece.

*“... Teniendo en cuenta que la peligrosidad del imputado obedece principalmente a factores de índole psicológica, como se infiere de la valoración psiquiátrica, el juez concluye que esta puede ser controlada con ayuda profesional de psiquiatras y psicólogos, sobre todo porque como quedó demostrado... el imputado es fácil de persuadir”*⁴⁴.

⁴³ JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE GARANTÍAS. Decisión Judicial de 4 de octubre del 2005. Proceso 2005-0006. Grabación 2 Archivo de audio o video de Windows Media. Récord 15:50 y siguientes.

⁴⁴ JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE GARANTÍAS. Decisión Judicial de 4 de octubre del 2005. Proceso 2005-0006. Grabación 2 Archivo de audio o video de Windows Media. Récord 22:45 a 23:45.



Se observa que este pronunciamiento judicial sí cumple con un análisis pormenorizado de todas las circunstancias pertinentes para resolver sobre una medida cautelar personal: examina cuidadosamente la situación de salud del procesado, la modalidad de la conducta, las circunstancias en que se cometió dicha conducta, el grado de peligro a que se sometió a la sociedad con la conducta desplegada y el grado de peligro futuro, todo con el fin de pronosticar razonablemente si la persona pondrá o no pondrá en peligro a la comunidad; y concluye, con base en una apreciación conjunta y razonada de los medios probatorios, que el procesado representa un peligro mediano para la sociedad y por lo tanto la medida aplicable deberá ser igualmente mediana, siendo la detención domiciliaria la medida adecuada para conjurar dicho grado de peligro.





UNIDAD 5

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS FORMAS DE CAPTURA

De antaño, la jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce principios de imparcialidad, razonabilidad, motivación y proporcionalidad de todas las afectaciones a la libertad, especialmente la captura, afirmándose que la protección inmediata al derecho a la libertad “... ha sido confiada a la rama judicial, como garantía de imparcialidad contra la arbitrariedad, impidiendo así que la autoridad acusadora acabe desempeñando el papel de juez y parte...”

“El reconocimiento de los derechos fundamentales y su limitación y restricción en la práctica suponen la intervención de una instancia imparcial, que mediante una decisión motivada, proporcional y razonada concilie los valores e intereses en pugna, permitiendo la judicialización del conflicto social y evitando la exacerbación de la violencia mediante el uso exclusivo de la coacción...”⁴⁵

A. CAPTURA ADMINISTRATIVA

El principio de proporcionalidad fue utilizado por la Corte Constitucional a la hora de interpretar con autoridad el artículo 28, inciso segundo, sobre captura administrativa, estableciendo como requisitos de dicho instituto, algunos subprincipios propios del principio de proporcionalidad.

Así, se considera como principal requisito de la captura administrativa **la razonabilidad**, entendiéndolo por ella el “motivo fundado” o razones objetivas para llevar a cabo la aprehensión.

En segundo lugar, la Corte analiza el tema de la **necesidad** de la captura, entendiéndolo por tal la urgencia, la situación de apremio para prevenir la comisión del probable y fundado ilícito o el peligro inminente que de él se derive, así como la necesidad y urgencia de verificar la información que puede extraerse del capturado.

El requisito de la **proporcionalidad** en sentido estricto lo radica la Corte **en la gravedad** del hecho, lo que significa que estas aprehensiones solo son admisibles para una delincuencia particularmente grave en determinadas circunstancias temporales y espaciales.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-490 de 1992.



Sobre la vigencia de la captura administrativa existen en la actualidad tres posiciones:⁴⁶

Una primera tesis afirma que la captura administrativa no se encuentra vigente, conclusión que resulta de los cambios normativos, especialmente la Ley 906 del 2004 que no la previó expresamente, además de los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional, concretamente aquellos que declararon la inexecutable de la captura excepcional llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación, y la sentencia C-237 del 2005, en virtud de la cual se declaró la inexecutable de normas que facultaban a las autoridades administrativas para ordenar capturas, sin que en esa jurisprudencia se hubiera hecho alusión a la captura administrativa como una de las restricciones al derecho a la libertad.

Una segunda posición afirma que la captura administrativa es una creación de inspiración constitucional, al interpretar con autoridad el inciso 2º del artículo 28 de la Constitución, además de ser una figura aceptada con limitaciones por el derecho internacional de los derechos humanos, lo que significa que ese precedente judicial de la Corte para perder vigencia requeriría otra sentencia de constitucionalidad en que la Corte, examinando detalladamente las razones que dieron lugar al advenimiento de dicha figura, llegase en el momento actual a una conclusión diferente.

Una tercera posición admite la vigencia de la captura administrativa pero subrayando que ella es excepcional y que, de llegar a practicarse por parte de las autoridades de policía judicial, requeriría un análisis riguroso de las once razones que la Corte Constitucional consignó como presupuestos para su aceptación, lo cual la tornaría inaplicable, dado el estricto tamiz que debería surtir ante el juez de control de garantías.

En los términos de APONTE⁴⁷, esta última tesis apunta a una decisión pragmática: aceptar la vigencia de la captura administrativa pero sometida a un control estricto de constitucionalidad, tesis que resulta razonable ya que la discusión sobre la vigencia o pérdida de la misma de la figura comentada se torna bizantina si se tiene en cuenta que la única corporación llamada a zanjarla definitivamente es la propia Corte Constitucional y no parece fácil que se pronuncie pronto sobre ese aspecto, circunstancia que aconseja que las capturas que se ejecuten al amparo del artículo 28, inciso 2º, de la Constitución sean controladas de manera intensa o estricta por los Jueces de Control de Garantías con base en el test de proporcionalidad de once (11) requisitos contenidos en la sentencia C-024 de 1994.

⁴⁶ Un análisis pormenorizado de las formas de captura vigentes y especialmente de la vigencia de la captura administrativa se encuentra en SALCEDO DE RAMÍREZ, Emily. "La captura a la luz del nuevo sistema penal acusatorio". Revista Atenea # 8, año 3, abril-junio del 2006. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 34.

⁴⁷ APONTE CARDONA, Alejandro. Captura y medidas de aseguramiento: El Régimen de Libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, p. 60.



II. CAPTURA EN FLAGRANCIA

La principal reflexión sobre el tema de la captura en flagrancia, a la luz de la aplicación del principio de proporcionalidad a todas las formas de restringir la libertad, conforme al artículo 2º, inciso 2º, y 295, es si también esta forma de captura se somete a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, o si por el contrario el agente de Policía que realiza la captura y eventualmente el particular gozan de discrecionalidad para llevar a cabo la aprehensión sin atender estos aspectos.

La tesis tradicional (originada principalmente en CARRARA⁴⁸) sostiene sobre este punto que en los casos de flagrancia no le es exigible al agente del orden, y menos al particular, llevar a cabo análisis de proporcionalidad, sino únicamente atender a los supuestos legales de la flagrancia para posibilitar la aprehensión.

Una tesis que cobra mayor relevancia en la actualidad es que los criterios de proporcionalidad son aplicables también a la captura en flagrancia.

Dicha postura se sustenta en primer lugar en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica ha enfatizado reiteradamente lo siguiente:

*“47. Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual **nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad**”⁴⁹. (Resaltado del contexto).*

Aunado a lo anterior, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la captura arbitraria no se limita a la captura ilegal, sino que se refiere a que la restricción a la libertad debe ser necesaria, proporcional y razonable a los fines

⁴⁸ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Edición de 1957, p. 379: “El culpable que es sorprendido por la fuerza pública en el momento de consumir la violación de un derecho, debe ser arrestado indistintamente ya que el agente de la fuerza pública no puede juzgar si el título criminoso que resulta de ese hecho exige o no exige encarcelamiento preventivo”. En LONDÓÑO JIMÉNEZ, Hernando. De la captura a la excarcelación Temis. 3ª edición. Bogotá, Colombia.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO GANGARAM PANDAY. SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1994.



legítimos que persigue. Por ello, una captura no puede hacerse depender de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta (art. 7.2 CADH).⁵⁰

En segundo lugar, como sustento de esta tesis, la propia Corte Constitucional aseveró que "... a pesar de los requisitos que jurisprudencialmente se han considerado como característicos de una situación de flagrancia, subsiste en su valoración una cierta discrecionalidad del funcionario de policía que realiza la captura. Pero este acto discrecional de valorar el comportamiento de la persona para colegir que se amerita su captura no puede ser arbitrario, debe estar rodeado de razonabilidad y proporcionalidad.

" ...

"... De esta forma se limita una inadmisibile total discrecionalidad administrativa, que queda así moderada en función de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean la toma de la decisión.

"... **el principio de proporcionalidad** que debe existir entre los hechos acreditados y la decisión que con base en ellos se adopta —captura de una persona—, **debe ser adecuada a los fines perseguidos por el constituyente, es decir, que en lo posible, no se presenten excesos en los medios empleados**"⁵¹. (La negrilla es del contexto).

Esta tesis se aplica de alguna manera en el derecho norteamericano, en el cual no se puede detener sin orden previa de un juez, así se esté en presencia de causa probable o motivo razonable en los casos de delitos menores, salvo que el oficial de policía observe directamente la comisión del delito en flagrancia, o en algunos casos de violencia en el hogar o por manejar ebrio⁵².

Nuestra postura sobre el particular pasa por un análisis de dos institutos constitucionales, como son la captura en flagrancia, la cual tiene unas precisas finalidades constitucionales, y el principio de proporcionalidad.

Cuando se encuentren asegurados los fines constitucionales de la captura en flagrancia, los cuales para la fuerza pública se relacionan fundamentalmente con la identificación del infractor y el impedir la continuación de la actividad delincinencial, y para los particulares en un anhelo de solidaridad social por parte del constituyente y el legislador, los cuales persiguen que los ciudadanos colaboren en la defensa de los supremos intereses de la administración de justicia⁵³, es posible que la flagrancia ceda al principio de proporcionalidad, especialmente en los casos de delincuencia de menor intensidad.

⁵⁰ Cfr. Caso Levoyer contra Ecuador No. 11.992, informe 66/01. Comisión Interamericana.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994. Exp. D-350. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. P. 38.

⁵² FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Sistema Procesal Penal de EEUU. Guía Elemental para su comprensión. Ed. Ibáñez. 2006. P. 114.

⁵³ LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. De la captura a la excarcelación Temis. 3ª edición. Bogotá, Colombia.



La práctica judicial en la actualidad apoya esta tesis, en lo que se relaciona con delitos querellables, tales como lesiones en accidentes de tránsito y daño en bien ajeno, entre otros, en los cuales no se produce formalmente una aprehensión y no se acude al juez de garantías para el control formal y material de dicha actuación.

Ahora bien, existen otras eventualidades que harían irrazonable y desproporcionada la captura en flagrancia por delitos leves, v. gr. cuando ha cesado o disminuido de alguna manera el estado de flagrancia, por ejemplo, lesiones personales recíprocas en riña y los participantes en la misma se han reconciliado y no desean adelantar ninguna actuación penal; en casos de daño en bien ajeno en que se ha determinado a ciencia cierta el infractor y no hay peligro de huida ni de continuación de la actividad delictiva; casos de injuria y calumnia en que resultaría desproporcionada la utilización de la captura, etc.

III. CAPTURA CON ORDEN JUDICIAL

Corolario del principio de proporcionalidad para las capturas con orden judicial es la sustentación de la petición con elementos de convicción de los cuales se infiera razonadamente el riesgo de evasión, el riesgo para la comunidad y el riesgo para la investigación.

Igualmente, este tipo de captura solo opera para aquellos delitos que comporten detención preventiva y con la finalidad de formular la imputación y si es el caso asegurar al imputado con medida privativa de su derecho a la libertad.

Implica lo anterior que no es posible ordenar judicialmente la captura para delitos que no comporten detención preventiva desde la perspectiva tanto formal como material.

Resulta entonces desproporcionado e irrazonable ordenar la captura de quien ha recuperado la libertad por cualquier causa pero ella no se ha hecho efectiva, como en los casos en que se decreta la nulidad de la medida de aseguramiento en segunda instancia y se acude al juez de garantías a fin de hacer nugatorio el derecho a la libertad con el propósito de corregir el acto irregular antes de hacerse efectivo o materializarse el derecho a la libertad.

Tampoco es razonable solicitar orden de captura al juez de garantías con el fin de formular imputación e imponer la medida no restrictiva de la libertad.



UNIDAD 6

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

I. PROCEDENCIA LEGAL DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

El primer requisito que ha de cumplirse para imponer medida de aseguramiento es de naturaleza eminentemente legal y se relaciona con el acatamiento del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, al tenor del cual procede la medida de aseguramiento privativa del derecho a la libertad en tres supuestos:

A. Que se proceda por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

Ha considerado el legislador para efectos eminentemente formales (no sustanciales, los cuales se examinan en el tema de la necesidad), que por la gravedad que comportan los delitos de competencia de jueces penales de circuito especializados deben ser el primer criterio legal para predicar la medida de aseguramiento privativa del derecho a la libertad, sin que ello signifique de ninguna manera que no sea necesario examinar el tema de la proporcionalidad de la medida de aseguramiento, es decir, las finalidades sustanciales o constitucionales de la detención.

B. Que se trate de conductas punibles que tengan señalada en su extremo mínimo una pena superior a cuatro (4) años.

Existe disparidad entre dos disposiciones del Código de Procedimiento Penal: una que afirma que la detención desde el punto de vista legal se aplica a conductas que tengan señalada pena mínima de cuatro (4) años o más, y otra norma, según la cual dicha medida opera cuando el cuántum punitivo mínimo señalado en el tipo penal supera los cuatro (4) años.

La Corte Suprema de Justicia⁵⁴ interpretó estas disposiciones afirmando que debe tenerse como pena mínima para fines de detención preventiva aquella que supere los cuatro (4) años, es decir, se aplicará la medida de aseguramiento

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 20 de octubre del 2005. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Segunda Instancia Proceso 24.152. En www.ramajudicial.gov.co



de detención preventiva carcelaria o domiciliaria, siempre y cuando la conducta imputada supere los cuatro (4) años en su mínimo; de lo contrario, por ejemplo, si la pena mínima es de cuatro años sin superarlos, la medida por aplicarse, siempre y cuando se cumplan los otros dos requisitos, es la no privativa del derecho a la libertad.

Para efectos de determinar el mínimo de pena que consagra el tipo penal, ha de tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia⁵⁵ tiene una pacífica jurisprudencia según la cual, para efecto de establecer o fijar el mínimo de la pena descrita en el tipo (pena en abstracto) deben considerarse los denominados *fundamentos modificadores de la pena*, esto es, las circunstancias específicas de atenuación de la pena en abstracto, los dispositivos amplificadores del tipo y aquellas diminuyentes genéricas de atenuación punitiva, como la ira e intenso dolor (art. 56 C.P.), las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 57 C.P.), etc.

Para ilustrar lo anterior, si se imputa un homicidio simple, en grado de tentativa y por ira e intenso dolor, muy seguramente la pena mínima en abstracto será inferior a cuatro (4) años, a pesar de que el tipo penal de homicidio, insularmente considerado, supere dicho cuántum.

Si el delito que se imputa es un hurto agravado y calificado cuya cuantía según la propia imputación fáctica es inferior a un salario mínimo, a pesar de que la pena mínima prevista para el hurto agravado y calificado es de setenta y cuatro meses, debe tenerse en cuenta que la cuantía reduce el extremo mínimo punitivo a la mitad, a voces de lo descrito por el artículo 268 del Código Penal, con lo cual la pena que resultará será inferior a cuatro años, y por esa vía no procederá detención preventiva carcelaria ni domiciliaria.

C. Que el proceso se adelante por conductas delictivas de aquellas que afecten los derechos de autor en cuantía superior a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si examinados los requisitos formales de la detención preventiva, es decir, su procedencia estrictamente legal, no procede medida de aseguramiento privativa de la libertad; en cualquier caso debe abordarse el tema de la proporcionalidad y necesidad de las medidas no privativas que en todo caso se podrán imponer para asegurar los fines constitucionales de la medida.

No ocurre lo mismo cuando no se cumple el requisito de la inferencia razonable de autoría o participación en el punible, pues en este caso no procederá medida de aseguramiento alguna, así el delito sea de competencia de los jueces especializados y así la medida se muestre como necesaria, pues sin cumplirse la inferencia razonable ningún gravamen puede quedar en cabeza de la persona.

⁵⁵ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de julio del 2001. Proceso 7026. M.P.: Dr. Carlos E. Mejía Escobar y auto de segunda instancia de 29 de noviembre del 2001. Proceso 18915. M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo. En www.ramajudicial.gov.co



II. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN Y LA CONTROVERSI A PROBATORIA

A. Derecho comparado

1. Derecho angloamericano

Lo primero que debe destacarse es que el tema de la inferencia razonable, causa probable para detener, motivos o indicios fundados, tiene importancia en el **derecho angloamericano**, particularmente en los EEUU, conforme lo expone GUERRERO PERALTA citando a STEPHEN THAMAN: explica que existe audiencia preliminar al juicio oral para decidir, entre otros, el aspecto de la probable vinculación de la persona con el comportamiento presuntamente criminal, audiencia de causa probable para acusar, en la que se garantiza el contradictorio e incluso hay posibilidad de solicitar pruebas, incluidas las testimoniales y técnicas, que permitan valorar los fundamentos indiciarios de responsabilidad con que cuenta la Fiscalía⁵⁶.

Esta vista preliminar para determinar causa probable contiene entonces la posibilidad de cada parte de presentar evidencias con miras a demostrar que hay o no hay causa probable para adelantar el juicio, pudiendo la defensa contrainterrogar los testigos de cargo y presentar sus propias pruebas de afirmación de defensa o de refutación⁵⁷.

Se trata entonces de una audiencia preliminar en la que se discute probatoriamente si la Fiscalía tiene causa probable para convocar a juicio oral al investigado, lo que significa que aun en el derecho norteamericano no es el juicio el único escenario de contradicción probatoria, sino que es posible encontrar audiencias "preliminares" sometidas al principio del contradictorio.

2. Sistemas universales de protección de los derechos humanos

En estos sistemas subyace también la idea de la controversia o contradicción sobre la inferencia razonable o la causa probable para detener, tal como lo señala GUERRERO PERALTA⁵⁸ al analizar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de febrero del 2001, y la recomendación del Comité de Derechos Humanos en el caso Drescher contra Uruguay, entre otras, en las cuales se consigna la necesidad del contradictorio sobre la causa probable o inferencia razonable para detener, con fundamento en el juicio justo, la igualdad de armas y la controversia frente a las razones que esboce el Estado para detener.

⁵⁶ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Ob. cit. p. 325. Citando a IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Detención y Prisión Provisional. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996. P 193-224. Autor que, a su vez, cita a THAMAN, Stephen. Detención y Prisión provisional en los Estados Unidos.

⁵⁷ FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Ob. cit. P. 117.

⁵⁸ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Ob. cit. P. 326.



3. Derecho español

En el derecho español, a raíz de la reforma introducida por la Ley Orgánica 13 del 2003, en su artículo 505, "... desde que el detenido es puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, este, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza.

"...

"2. La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al ministerio fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza.

"3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas antes indicadas en el apartado anterior.

"4. El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. **Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido**"⁵⁹.

Existe entonces controversia, tanto sobre los "motivos bastantes" para imputar responsabilidad, como para la necesidad de la medida, la fianza o la libertad, pudiéndose practicar medios de acreditamiento en la misma audiencia o en otra, dentro de las 24 horas siguientes sin rebasar 72 horas.

Oídas las alegaciones, el juez resuelve sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisional. Si ninguna de las partes lo instare, el juez resuelve necesariamente sobre la cesación de la detención de manera inmediata⁶⁰.

La LECrE funda esta disposición en el principio acusatorio y en el principio de contradicción, coligiéndose de ellos que la detención debe ser solicitada y la controversia se lleva a cabo ante un juez imparcial.

⁵⁹ LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL. Artículo 505. En www.juridicas.com/base_datos/balloon47

⁶⁰ CAMPOS SÁNCHEZ, Manuel. La reforma de la prisión preventiva. (Selección de Jurisprudencia). Ed. DM. Murcia, España. 1996, p. 14.



B. Derecho colombiano

Para dictaminar medida de aseguramiento la Fiscalía tiene una carga de sustentación consistente en que debe indicar al juez la persona y el delito, los elementos de conocimiento y la urgencia o necesidad de la medida (art. 306 C.P.P.).

El juez atiende la solicitud del fiscal e impone el aseguramiento preventivo siempre y cuando, de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos, todos ellos, legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, debiendo demostrarse además la necesidad de la medida, fundamentada en el riesgo de evasión, riesgo a la comunidad o riesgo a la investigación (Art. 308 C.P.P.).

De las mismas disposiciones emerge la posibilidad de someter a contradictorio la inferencia razonable, ya que ella no es cualquier inferencia sino que requiere que la evidencia física, los elementos materiales probatorios y la información, en primer lugar, hayan sido obtenidos, recogidos y asegurados legalmente, siendo este aspecto susceptible de ser cuestionado por la defensa.

Asimismo, el 306 le impone al fiscal, a la hora de solicitar la medida, la obligación de evaluar el material probatorio y someterlo a controversia, de lo cual surge clara la posibilidad de debate probatorio, restringido, desde luego, a la materia de que trata la audiencia, esto es, a los rigurosos requisitos de la medida de aseguramiento.

Lo que sí es cierto es que el legislador colombiano desvanece de alguna manera el peso específico de la medida, en lo que tiene que ver con la demostración de la vinculación de la persona con el delito, ya que habla de una inferencia razonable de autoría o participación (la Ley 600/2000 establecía dos indicios **graves**, es decir, dos inferencias razonables de alguna consideración), además de situar en el campo de la posibilidad (“... *inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga...*”), cuando en la anterior legislación era claro que, para dimanar medida de aseguramiento, el nexo causal de la vinculación de la persona con el delito era de **probabilidad**, basado en razones serias y estables.⁶¹

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M.P. Dr. LUIS CARLOS PÉREZ. Mayo 26 de 1971. Citada en PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit. p. 44. “El indicio es **grave** cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un **nexo probable**, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada o por la exterioridad reveladora de su composición. **Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto**”. Lo resaltado es del contexto.



En España parece aceptarse con mayor intensidad el grado de probabilidad de la vinculación de la persona con el delito, al consagrarse como primer requisito para dictar medida de prisión provisional “que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión...”, y, como segunda exigencia, “que aparezcan en la causa **motivos bastantes** para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”⁶².

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado sobre el punto admitiendo la posibilidad de controversia en la audiencia de petición de la medida de aseguramiento, sin distinguir que ella se excluya respecto de alguno o algunos de sus requisitos.

La Corte, en primer lugar, distingue entre contradicción de la prueba para condenar o absolver, esto es, aquella concentrada en juicio oral y sometida de manera pública a inmediación y contradicción, y controversia probatoria sobre la imposición de medida de aseguramiento, la cual versa, no sobre responsabilidad penal, sino sobre los requisitos de la medida de aseguramiento, entre los cuales se cuenta la inferencia razonable de autoría o participación en el delito con base en los elementos de convicción recogidos y asegurados legalmente.

“La prueba, de acuerdo con lo establecido por el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, tiene como fin “llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”, mientras que, en el caso del artículo 306, los elementos de conocimiento que se presentan y controvierten tienen como fin sustentar la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento, no demostrar la responsabilidad penal”⁶³.

Y prosigue la Corte indicando la naturaleza y alcance de dicha “contradicción” probatoria en audiencia de petición de medida de aseguramiento:

“La presentación, contradicción y evaluación de los elementos de conocimiento que prevé el artículo 306 no buscan establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado. La presentación de los elementos de conocimiento que fundamentan la medida de aseguramiento y la oportunidad de contradicción de estos, constituyen una garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho de defensa, el cual, como ya

⁶² LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL. Ob. cit. Art. 503, numerales 1 y 2.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1154 DE 2005. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, 15 de noviembre de 2005. Extracto.



lo ha dicho la Corte⁶⁴, se puede ejercer desde el inicio mismo del proceso y a lo largo de cada una de sus etapas, por los cauces señalados en la ley...”

En conclusión, es perfectamente admisible, desde la perspectiva constitucional y con apoyo incluso en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado, predicar el ejercicio del principio del contradictorio en la audiencia en la que se define la imposición de una medida de aseguramiento, controversia argumentativa y probatoria que se lleva a cabo sobre cualquiera de los requisitos de la medida de aseguramiento, entre ellos la inferencia razonable de autoría o participación.

Postura que se robustece con la argumentación de la Corte Constitucional en sentencia C-456 del 2006, en la que expresó:

“Para la Corte, el juez de control de garantías está en la obligación constitucional de hacer en cualquier momento un análisis racional, ponderado y adecuado frente a la medida de aseguramiento y en especial frente a las circunstancias fácticas que se le presenten de las cuales surja la imposición de la medida o su revocatoria o sustitución, toda vez que debe sopesar de una manera dinámica la necesidad de la medida frente a la afectación grave del derecho fundamental de la libertad del imputado.

...

.....

“La valoración de los elementos probatorios así como la oportunidad para controvertir aquellos que sustenten el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para imponer una medida de aseguramiento o para determinar que esta puede revocarse o sustituirse, debe ser dinámica y cambiante en favor de la defensa de la garantía constitucional del imputado a tener acceso a su libertad, es decir, debe realizarse en el mismo momento en que se presentan las circunstancias o surgen los hechos”⁶⁵. (Lo destacado no pertenece al texto).

⁶⁴ La sentencia C-799 de 2005 (MP: Jaime Araújo Rentería) revisó, entre otros, la constitucionalidad del artículo 8 inciso 1 de la Ley 906 de 2004. La Corte, respecto de los cargos contra dicho artículo, resolvió el siguiente problema: “Corresponde a esta Corte establecer, en primer lugar, si existe violación al derecho de defensa cuando la norma acusada determina que este derecho se podrá ejercer desde el momento en el cual se adquiera la condición de imputado (...)” La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma al determinar que el ejercicio del derecho a la defensa no se encuentra limitado de manera temporal y puede ejercerse, dentro de los cauces legales, antes de haber adquirido la condición de imputado dentro del proceso penal. El numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia lo establece de la siguiente manera: “3. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “una vez adquirida la condición de imputado” contenida en el inciso 1° del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, por los cargos examinados, sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 del 2006.



III. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN Y PROBABILIDAD DE EXISTENCIA DE CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

A. ANTECEDENTES DE LA FIGURA

La improcedencia de la medida de aseguramiento para aquellas eventualidades en que pudiera concurrir una causal de ausencia de responsabilidad conforme lo señala el todavía vigente en algunas regiones del país, artículo 356 inciso 3° del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 del 2000), es una disposición que tiene su origen en el decreto 1853 de 1985, ordenamiento que vino a responder al rigor de algunas disposiciones de la Ley 2ª de 1984, en los siguientes términos:

*“No procede la detención preventiva cuando exista **evidencia** de que el procesado obró en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal”.*

El Decreto 050 de 1987 consagró la misma disposición, salvo que cambió el término **evidencia** por el de **prueba**.

El decreto 2700 de 1991 continuó consagrando esta misma preceptiva, la cual aparece reproducida en la Ley 600 del 2000.

“Lo segundo –reglamentar la improcedencia de la medida de aseguramiento en aquellos eventos en que el procesado “pudo” haber actuado dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad– no hace más que reconocer y proteger el Principio de Libertad... en la medida en que se admite y acepta que la libertad de movimiento es un derecho fundamental que sólo debe ser limitado, coartado o desconocido en eventos y ante circunstancias excepcionales, de tal manera que si existe la más mínima posibilidad o probabilidad de que el imputado haya obrado conforme a derecho (justificación) o que no le fuese exigible otra conducta (inculpabilidad) habría de preferirse el reconocimiento y salvaguardia de su derecho a la libertad”⁶⁶.

B. LEY 600 DEL 2000 Y LEY 906 DEL 2004

La Ley 600 del 2000 en su artículo 356, inciso 3°, consagra que “no procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el procesado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad”.

El interrogante que se plantea es si, a la luz de las previsiones normativas de la Ley 906 del 2004, especialmente lo dispuesto en los artículos 306 y 308, en presencia de una posible o probable causal excluyente de responsabilidad,

⁶⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Ed. Leyer. 2002, p. 199.



puede abstenerse el juez de control de garantías de imponer medida de aseguramiento, por lo menos de aquellas privativas de la libertad.

Consideramos que si los elementos de convicción exhibidos, evaluados en la audiencia de petición de medida de aseguramiento o en la de revocatoria o sustitución de la misma, y controvertidos en esa misma sede, apuntan a una causal que ponga en duda la inferencia razonable de autoría o participación, como por ejemplo, en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor (causal 1ª, art. 32 del Código Penal), insuperable coacción ajena (causal 8ª ibídem), errores de tipo (causal 10ª, primera parte), no procede la medida de aseguramiento privativa de la libertad por cuanto se afecta dicha inferencia razonable de autoría o participación, integrantes, ambos, de la tipicidad del comportamiento.

Si se trata de las demás causales de ausencia de responsabilidad del artículo 32, de aquellas que en realidad la excluyen (pues no todas las consagradas en esa norma tienen como consecuencia dicha exoneración), tampoco nos parece viable la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria o domiciliaria, o procede su revocación o sustitución, no por carencia del requisito de la inferencia razonable de autoría o participación, sino por inobservancia de los requisitos de urgencia, necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad de la medida, ya que no cumpliría estos requisitos una tal medida que, en presencia de una probable causal de ausencia de responsabilidad, ordene sin mayor análisis la internación carcelaria o domiciliaria, con el argumento de que no se han probado, más allá de la duda, dichas causales de exclusión de responsabilidad.

Tal proceder no hace una verdadera ponderación de los intereses en juego, los cuales parecen inclinarse hacia la afirmación de la libertad y la presunción de inocencia.

En cualquier caso, el juez de control de garantías puede garantizar los fines constitucionales de la medida de aseguramiento, con otras medidas de mediana o leve afectación del derecho a la libertad, como aquellas consagradas en el artículo 307, literal B). del Código de Procedimiento Penal.

IV. NECESIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

A. DERECHO COMPARADO⁶⁷

En el derecho procesal penal de **Puerto Rico**, la ley consagra un derecho absoluto a la libertad bajo fianza y además no podrá imponerse fianza excesiva⁶⁸; en

⁶⁷ Italia: Art. 272 CPC de 1988: Indicios de culpabilidad, ineludibles exigencias de la investigación y peligro de fuga (pena superior a 2 años). Portugal: Art. 192 Código Procesal de 1987: Adecuación y Proporcionalidad.

⁶⁸ Sección 11 del artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. En CHIESSA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen II. Ed. Forum. 1995. P. 330.



el derecho norteamericano la enmienda octava prohíbe igualmente la imposición de fianzas excesivas.

En el **derecho procesal penal alemán**⁶⁹ los límites están señalados por la propia ley con fundamento en criterios de necesidad o proporcionalidad (fuga o peligro de fuga, peligro de oscurecimiento de la investigación, gravedad del hecho, peligro de reiteración y principio de proporcionalidad).

GÓMEZ COLOMER⁷⁰, en un estudio sobre el procedimiento penal alemán, agrupa las afectaciones al derecho a la libertad dentro de lo que el ordenamiento procesal denomina *medidas coercitivas que afectan el derecho a la libertad personal*, y enumera entre ellas la conducción coactiva, el mandato de búsqueda y captura, la detención provisional, la prisión provisional, la libertad provisional, el internamiento en hospital psiquiátrico, las medidas de identificación y registro personal, la retirada provisional del permiso de conducir y, finalmente, determinadas medidas coercitivas personales que pueden adoptarse contra terceros, fundamentalmente contra testigos.

En los países latinoamericanos también ha existido una interesante evolución sobre el punto de la razonabilidad de la medida de aseguramiento⁷¹.

B. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos posee de vieja data una línea jurisprudencial en la que se destacan diversos temas.

Entre los más importantes temas que aborda el Tribunal de Estrasburgo sobresalen el plazo razonable de la detención preventiva⁷², juez imparcial que decida sobre la medida⁷³, desvanecimiento de las razones que se consideraron inicialmente para detener⁷⁴, detención preventiva en procedimiento de extradición⁷⁵,

⁶⁹ Art. 112 Ordenanza Procesal del 19 de diciembre de 1964: Sospecha fundada de comisión de delitos castigados con pena superior a 6 meses, peligro de fuga, sospecha de destrucción o falsedad de pruebas.

⁷⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch Ed. S.A. Barcelona. 1985, p. 100.

⁷¹ La evolución jurisprudencial de los Tribunales y la Corte en Argentina intensifica la problemática de la detención cautelar y subraya el paulatino reconocimiento de la razonabilidad de la detención preventiva fundamentalmente a partir del análisis de la exageración de la caución y las fórmulas genéricas como “los graves perjuicios a la comunidad”, todo lo cual se puede confrontar en CARRIÓ, Alejandro D. La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional: Una relación cambiante y difícil. Ed. Abeledo Perrot. 1986. Argentina. P. 100.

⁷² STEDH de 27 de junio de 1968.

⁷³ Sentencias del TEDH de 16 de julio de 1971, 4 de diciembre de 1979 y 2 de marzo de 1987.

⁷⁴ Sentencias (2) del TEDH de 27 de junio de 1968, una (1) del 26 de junio de 1991 y una (1) de 26 de enero de 1993.

⁷⁵ STEDH de 22 de marzo de 1995.



entre otros de los asuntos que han sido examinados de manera recurrente por el Tribunal.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos descuellos la siguiente línea jurisprudencial, la cual ha sido reiterativa:

“47. Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”⁷⁶.

El Comité de Derechos Humanos, a su turno, acentuó el examen de todas las circunstancias relevantes de cada caso para efecto de medir la razonabilidad y necesidad de la detención:

“Ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia. La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. El Estado Parte no ha demostrado que esos factores se hallaran presentes en este caso, y al parecer la principal razón de la detención durante nueve semanas fue la incapacidad de las autoridades para obtener pruebas suficientes para proceder al juicio sin la cooperación del propio autor”⁷⁷.

Lo anterior es reiterado en *Mukong contra Camerún*, en la siguiente línea de argumentación:

“9.8 ... Queda, sin embargo, por determinar si otros factores convertirían en “arbitraria” a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 una detención y una reclusión legítimas en otros aspectos. La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994.

⁷⁷ Comunicación No. 305/98. Observaciones del 23 de julio de 1990, párr. 5.8. Se discutía si mantener detenido a un abogado, quien se negó a revelar información confidencial de un cliente, aun cuando el cliente consentía en la divulgación de tal información, no fue razonable y, por eso, fue arbitrario. En [www.unhcr.ch/tb/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.39.D.305.1988.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tb/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.39.D.305.1988.Sp?Opendocument)



"arbitrariedad" con el de "contrario a la ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las "garantías procesales". Como ha advertido el Comité en una ocasión anterior, ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia *Ibíd.*, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/45/40), anexo IX.M, **comunicación** No. 305/1988 (Hugo van Alphen c. Países Bajos), observaciones aprobadas el 23 de julio de 1990, párr. 5.8. La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. En este caso el Estado parte no ha demostrado que se hallara presente ninguno de esos factores. Se ha limitado a afirmar que la detención y la reclusión del autor estaban claramente justificadas, es decir, constituían restricciones permisibles de la libertad de expresión del autor, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 19. En concordancia con los argumentos expuestos en el párrafo 9.6 *supra*, el Comité decide que la detención del autor en 1988-1989 y en 1990 no fue ni razonable ni necesaria en las circunstancias del caso, y constituye en consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto⁷⁸.

A su turno, la Comisión Interamericana ha dejado sentado concretamente sobre el punto de la **gravedad de la conducta imputada** y la pena imponible, lo siguiente:

*"... tanto el argumento de la seriedad de la infracción como el de la seriedad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad"*⁷⁹.

Si se examina el criterio de proporcionalidad que debe inspirar la detención preventiva, haciendo abstracción del retribucionismo propio de la pena, se llega a la conclusión, con la Comisión, de que el análisis de la gravedad o seriedad de la conducta y la pena que tiene dispuesta atentaría seriamente contra los presupuestos constitucionales e internacionales de la detención preventiva de naturaleza cautelar, es decir, en este punto de la investigación prima el concepto de fines procesales de la detención sobre los fines sustanciales o referidos a la pena.

⁷⁸ Comunicación No. 458/1991. Párrafo 9.8. En www.acnur.org/biblioteca

⁷⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Jiménez vs. Argentina (1996). En GUERRERO PERALTA, ob. cit. p. 334.



Este criterio guarda armonía con aquel exhibido en el caso A.C. Australia, en el que el Comité de Derechos Humanos destacó la importancia de que la decisión sobre la detención debe ser individualizada y tomar en cuenta **todas las circunstancias pertinentes**⁸⁰.

V. LÍNEAS DE INTERVENCIÓN DEFENSIVA EN AUDIENCIA PRELIMINAR DE SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

A. En relación con la procedencia de la medida de aseguramiento (art. 313 C.P.P.)

1. En lo atinente a lo exigido por el artículo 313 numeral 2 debe aclararse que el mínimo de pena de los delitos investigables de oficio debe exceder de cuatro (4) años, según la precisión que hizo recientemente la Corte Suprema de Justicia⁸¹ respecto de la contradicción que existe entre la norma mencionada anteriormente y el artículo 315, por lo que al defensor público le incumbe hacer cumplir a favor del usuario la interpretación de estos preceptos.
2. El Defensor Público igualmente debe velar por que al momento de decidir sobre la imposición de medidas de aseguramiento, particularmente las privativas de la libertad, el juez considere todas aquellas circunstancias modificadoras del mínimo de pena establecido en la ley para el respectivo delito, tales como las circunstancias específicas que atenúan la punibilidad, por ejemplo, la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico (art. 268 del Código Penal), la tentativa, la participación, la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema (art. 56 C.P.), la ira o intenso dolor (57 ibídem) y, en general, todos los fundamentos reales modificadores de la pena en tanto atenúen la responsabilidad y por ende disminuyan el extremo mínimo punitivo de la pena en abstracto.

La Corte Suprema de Justicia ha recordado insistentemente que para efecto de determinar el mínimo de pena con fines de medidas de aseguramiento, especialmente la detención preventiva, es necesario analizar si concurren las mencionadas circunstancias que disminuirían o atenuarían la pena mínima en abstracto⁸².

⁸⁰ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Pág. 294.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 20 de octubre del 2005. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Segunda Instancia Proceso 24.152. En www.ramajudicial.gov.co

⁸² Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de julio del 2001. Proceso 7026. M.P.: Dr. Carlos E. Mejía Escobar y auto de



B. En relación con la inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva

1. **Descubrimiento mínimo de elementos probatorios.** La línea de la defensa pública ha de orientarse siempre por la presunción de inocencia (art. 29 C.N.) y la afirmación de la libertad (art. 295 C.P.P.), lo que implica, en primer lugar, exigir, con base en la interpretación constitucional (sentencia C-1154 del 2005) y la ley (art. 288 numeral 2° C.P.P.) que la Fiscalía efectúe un **mínimo descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información** que presente como sustento de la petición de imposición de la medida, e igualmente verificar que respecto de dicho material probatorio la Fiscalía efectúe una evaluación, y la defensa pueda controvertir dichos elementos de convicción.
2. **Estrategia defensiva en caso de deficiencia fáctica, jurídica o probatoria de la sustentación o de la decisión.** Lo anterior no significa que la Defensa deba asumir un comportamiento activo o proactivo cuando nota que no se cumplió con el descubrimiento mínimo de elementos de conocimiento, no se indicaron dichos elementos, no se evaluaron y no se permitió su controversia, ya que en este caso, como en aquellos en que la Fiscalía no sustente suficientemente desde el punto de vista argumentativo su petición, la mejor estrategia será guardar silencio y atacar vía apelación la legalidad de la medida, por violación directa de la ley procesal (arts. 288, 306 y 308 C.P.P.) y ausencia de motivación de la decisión judicial (además de los anteriores, el artículo 162 C.P.P. y el 55 de la Ley 270 de 1996).
3. **Exclusión, inadmisibilidad, carencia de confiabilidad o eficacia probatoria.** Igualmente se debe orientar la intervención defensiva hacia el análisis de las situaciones de **exclusión de evidencia y elementos probatorios, confiabilidad y eficacia de los mismos**, por ejemplo, en relación con la “prueba” ilícita, la prueba de referencia, la cual puede ser atacada o fundamentada desde su inadmisibilidad por no cumplir con la inmediación y por ser imposible su controversia, hasta su poca confiabilidad o fragilidad para forjar el conocimiento del juez y por ende su decisión judicial sobre la medida⁸³.
4. **Desconocimiento de garantía de no autoincriminación.** El defensor público debe oponerse a la medida de aseguramiento cuando ella quiera cimentarse en la palabra del indiciado al momento de su captura o en actuaciones posteriores y ese conocimiento quiera llevarse por conducto del policial que realizó la captura, o aquello consignado en un informe de

segunda instancia de 29 de noviembre del 2001. Proceso 18915. M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo. En www.ramajudicial.gov.co

⁸³ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Manual del Defensor Público en el Sistema Acusatorio Colombiano. 2005. Pp. 71-72.



captura o cualquier de policía judicial, o mediante una declaración cualquiera sin el lleno de los requisitos legales, ya que en dicha eventualidad se trata de **información ilegal por desconocimiento de un privilegio constitucional y legal.**

5. **Exclusión anterior de los elementos de prueba.** En los casos en que la petición de medida de aseguramiento esté precedida de un control de legalidad de captura o de allanamientos y registros, si los elementos de prueba fueron excluidos por el Juez de Garantías, debe el defensor oponerse a que los mismos sean utilizados nuevamente, esta vez con finalidad de medida cautelar.
6. Cadena de custodia del material probatorio. Cuando los elementos materiales probatorios y evidencia física no hayan sido **“recogidos y asegurados”** legalmente, conforme las voces del artículo 308 C.P.P., el defensor público deberá oponerse a cualquier medida, y especialmente a las de aseguramiento que pretenda fundarse en dichos elementos de prueba.
7. **Probabilidad de existencia de causales de exclusión de responsabilidad (art. 32 C.P.).** Si los elementos de convicción exhibidos, evaluados en la audiencia de petición de medida de aseguramiento y controvertidos en esa misma sede apuntan a una causal que ponga en duda la inferencia razonable de autoría o participación, como por ejemplo, los eventos de caso fortuito y fuerza mayor (causal 1ª, art. 32 del Código Penal), insuperable coacción ajena (causal 8ª ibídem), errores de tipo (causal 10ª, primera parte), **no procede la medida de aseguramiento privativa de la libertad por cuanto se afecta dicha inferencia razonable de autoría o participación, integrantes, ambos, de la tipicidad del comportamiento**⁸⁴.

En otros términos, es irrazonable predicar autoría o participación de conductas que, con grado de probabilidad, no ingresan ni siquiera en la órbita del derecho penal por no tratarse de acciones finalísticamente entendidas, o en el peor de los casos, aparecer como conductas atípicas.

8. Si se trata de las demás causales de ausencia de responsabilidad del artículo 32 (causales de justificación e inculpabilidad), de aquellas que en realidad la excluyen (pues no todas las consagradas en esa norma tienen como consecuencia dicha exoneración), el defensor público debe develar lo innecesario y desproporcionado de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria o domiciliaria, no por carencia del requisito de la inferencia razonable de autoría o participación, sino por inobservancia de los requisitos de urgencia, necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad de la medida, ya que no cumpliría estos requisitos una tal medida que, en presencia de una probable causal

84 Cfr. PRIETO VERA, Alberto José. “Los recursos en las audiencias preliminares y previas al juicio oral.” En El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomo III. 2006.



de ausencia de responsabilidad, ordene sin mayor análisis la internación carcelaria o domiciliaria, con el argumento de que no se han probado, más allá de la duda, dichas causales de exclusión de responsabilidad⁸⁵.

El Defensor velará entonces por el cumplimiento de la afirmación de la libertad y la presunción de inocencia, pues si a ellas se aúnan circunstancias que harían permisible, justificada o adecuada socialmente en grado de probabilidad la conducta imputada, resulta desproporcionada e irrazonable la utilización de la medida cautelar en estos eventos.

En cualquier caso, el defensor público pedirá en últimas al juez de control de garantías que garantice los fines constitucionales de la medida de aseguramiento, con otras medidas de mediana o leve afectación del derecho a la libertad, como aquellas consagradas en el artículo 307, literal B). del Código de Procedimiento Penal⁸⁶.

C. En relación con la proporcionalidad y necesidad de la medida de aseguramiento (Art. 308 y siguientes C.P.P.)

1. **El principio de proporcionalidad en las afectaciones a derechos fundamentales.** El defensor público debe conocer a plenitud la mecánica de este principio en el ordenamiento jurídico colombiano, pues los términos de necesidad, ponderación, adecuación y razonabilidad que aparecen como principios orientadores en el tema de la libertad (arts. 27 y 295), son en realidad subprincipios del principio de proporcionalidad, el cual es considerado por la Corte Constitucional como status o metodología de control constitucional de las afectaciones a los derechos fundamentales.
2. **Juez de constitucionalidad.** En esa misma orientación el defensor público debe tener en cuenta que en materia de afectaciones a los derechos fundamentales se encuentra ante un juez de constitucionalidad, de tutela, de garantías, cuya obligación al resolver cada petición se fundamentará en la metodología del principio de proporcionalidad.
3. El numeral 1° del artículo 310 C.P.P. impone que se verifique probatoriamente **la continuación de la actividad delictual o en su defecto la existencia de una organización criminal**, siendo necesario que dicho concepto se extraiga de la jurisprudencia constitucional, en la cual se afirma que la mera participación criminal a título de autor o partícipe no implica la existencia de una organización, ya que ella supone una ver-

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ En apoyo de esta tesis, recuérdese que el legislador procesal penal del 2000 consideró razonable en su artículo 356, inciso 3° (Ley 600), que “no procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el procesado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad”, lo cual puede ser un argumento adicional en defensa de esta postura.



dadera empresa o *societas sceleris* con capacidad de asumir a futuro delitos de manera indeterminada⁸⁷.

4. **Número de delitos y naturaleza de los mismos.** En cuanto al número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos (numeral 2° del art. C.P.P.), no se trata de que en todos los casos en que se presenta concurso de delitos o la imputación de más de un delito sea automática la imposición de la medida, sino que debe examinarse si esa pluralidad de imputaciones conduce de manera razonable a aumentar el peligro a la comunidad, analizando todas las circunstancias pertinentes, ya que si la sumatoria obedece a la realización de una única finalidad sin acrecentar el peligro a la comunidad, individualmente considerados los comportamientos, no cabe predicar peligro a la comunidad con fundamento en este numeral.

El mismo razonamiento se predica respecto de la naturaleza de los delitos, ya que no basta su gravedad sino si ella y todas las demás circunstancias pueden llevar a concluir que el procesado en libertad pondrá en peligro a la comunidad.

5. **Comportamiento anterior.** 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, es un supuesto que debe ser cuidadosamente examinado por el defensor público a la hora de intervenir oponiéndose a su inadecuada y desproporcionada aplicación, ya que no se trata de que el juez únicamente aplique automáticamente la medida solicitada por la aparición formal de uno cualquiera de estos supuestos de hecho, sino que el juez se debe detener en el análisis de dichas circunstancias a la luz de la naturaleza de los delitos por los que se impuso la acusación, la medida o se concedió el subrogado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de tales supuestos, pues no todos esos supuestos tendrán en muchas ocasiones la vocación inequívoca de desvirtuar la afirmación de la libertad.

Por ejemplo, si la persona está siendo imputada por hurto agravado y calificado y le aparece una medida de aseguramiento por inasistencia alimentaria y otra por daño en bien ajeno, no se puede colegir de allí peligro a la comunidad, por cuanto los comportamientos son totalmente disímiles y no denotan peligrosidad o proclividad hacia determinada delincuencia de parte del imputado.

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de 20 de mayo de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.



6. **Sentencias condenatorias.** El defensor tendrá en cuenta en primer lugar que se trate de delitos de similar naturaleza, que los antecedentes revisitan gravedad y que las sentencias condenatorias se encuentren vigentes, pues si no lo están no cabe aplicar este supuesto normativo para derivarle al imputado consecuencias adversas sobre una medida de aseguramiento en su contra.
7. **Peligro para la víctima.** La línea defensorial en este sentido es que no se extienda ilimitadamente el concepto de víctimas a personas que no caben en la definición que de ellas hace el C.P.P., entendiendo por tales las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.
8. **Falta de arraigo.** El defensor público debe permanecer alerta cuando la Fiscalía invoca la falta de arraigo de las personas, pues no se trata de no haber podido establecer dónde vive la persona, o que haya suministrado un teléfono o dirección que no coincide o que sea un habitante de la calle o que se trate de un trashumante, pues si estas condiciones implicaran, per se, la medida cautelar, se estaría atentando contra otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la igualdad, en un país en que la situación económica obliga a la mayoría de colombianos a vivir desplazados o en situación de trashumancia.

La consideración del arraigo debe entonces examinarse con sumo cuidado, siempre a favor de la persona a quien se quiere beneficiar no imponiéndole medida o imponiéndole una menos severa; pero cuando su utilización sea para gravar o perjudicar al imputado, el defensor público ha de estar atento para develar al juez los visos de inconstitucionalidad por afectación de otros derechos fundamentales, como los mencionados, no menos importantes que la administración de justicia y el aseguramiento de la investigación penal.

“Las prisiones son el único lugar
donde el poder y su injusticia
pueden manifestarse en toda
su violenta desnudez”.

MICHEL FOUCAULT



UNIDAD 7

REGULACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN LA LEY 906 DEL 2004

El tema de la prisión provisional o medida de aseguramiento es de aquellos que no tienen una solución jurídica satisfactoria a pesar de que se profundice y se invente la amplia variedad de tesis en defensa de su existencia.

Ninguna de sus justificaciones, que desde Carrara se vinculan con razones de verdad (protección a la investigación y sus pruebas), de justicia (evitación de no comparecencia y cumplimiento de pena por el investigado) y de defensa pública (protección a la comunidad y a la reiteración del delito), puede superar la fuerza irrefragable de la presunción de inocencia y del derecho a la libertad personal, tal como lo concluye IBÁÑEZ en un estudio a propósito de la actualidad y vigencia de las justificaciones de la detención preventiva y especialmente del papel del juez al definir sobre la imposición de la medida o la libertad del procesado:

“El juez penal que no esté dispuesto a engañarse ni engañar ha de asumir con toda lucidez esta dimensión de la realidad de su oficio. No hacerlo así sería protagonizar una vergonzante huida del conflicto, ya por cerrar los ojos –cosa bien difícil– a la verdadera naturaleza de la prisión provisional, o bien por la expulsión de facto del polo problemático del discurso: el exigente principio de presunción de inocencia, actuando como si no existiera. Creo, no obstante, que hay una razonable y productiva tercera vía, no para salir de la contradictoria situación (lo que no es posible), sino para vivir en ella con cierto productivo realismo. Es una vía que no lleva a la resolución de la aporía, que evidentemente no está al alcance del juez, puesto que es sistémica, sino que, siendo esta irresoluble, pasa por la necesidad de tenerla activa y lúcidamente presente.

Se trata, en suma, de reconocer que no existen prácticas limpias de la prisión provisional; ni siquiera cuando se producen mediante el uso de ese relativamente sofisticado instrumental de origen jurisprudencial a que se ha hecho referencia. Pues, del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anti-



cipando *de iure* y *de facto* ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignado.

*“Pues bien, solo actuando con esa (mala) conciencia resultará viable –y no cabe duda que en esta labor serán de utilidad aquellos estándares idealmente racionalizadores– limitar, no ya dentro de lo posible, sino tendiendo siempre reflexivamente hacia lo imposible, el empleo del terrible instrumento que, además –cierto que este sería otro tema–, al dotar al insatisfactorio *statu quo* procesal de su conocida eficacia en términos de control social inmediato, contribuye activamente a la perpetuación del mismo en sus constantes actuales. Así, en esta materia, la mala conciencia del juez vendría a desempeñar el cometido de una atípica y última garantía del imputado, de carácter cultural. Porque, en efecto, la prisión provisional, más que, como ha escrito Asencio Mellado (65), “necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”, lo es para asegurar la viabilidad del actual degradado modo de ser real de este proceso penal (66), que descansa ostensiblemente en la “confusión entre poder final y poder instrumental [y en la] contaminación entre proceso y pena” (67). Si el proceso penal vigente en la generalidad de los países puede permitirse ser como es, o sea, mantener el extraordinario grado de infidelidad al modelo ideal –constitucional, el impresionante nivel de disfuncionalidad y divergencia respecto de los fines proclamados en ese plano, que le caracteriza, es porque la prisión provisional –y con ella el proceso– ocupa, en notable medida, y no de manera accidental, el lugar de la pena, y absorbe buena parte del papel represivo que a esta jurídico-formalmente le corresponde”⁸⁸.*

Y es que respecto de este tema llama la atención que la máxima autoridad de la justicia ordinaria en Colombia ha atribuido finalidades de prevención, propias de la pena, a la medida de aseguramiento⁸⁹, lo cual, según se indicó en capítulos precedentes, no resulta nada afortunado.

Esta postura que atribuye funciones sustanciales a la medida de aseguramiento, equiparándolas a las funciones de la pena, se inscribe dentro de las llamadas “legitimaciones sustantivistas” de la detención o prisión provisional, también conocidas como “sustancialismo”, que tienen su origen en ideologías como la de la Defensa Social, de raigambre autoritaria (fascismo, nazismo, etc.), que si

⁸⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. En www.revista13.htm

⁸⁹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación Penal de 20 de agosto del 2002. Dijo la honorable Corporación que “... la protección de la comunidad como uno de los fines de la medida no se puede entender sino referida al ámbito de la prevención, pues, en caso contrario, tal objetivo sería ilusorio. Además, si la prevención no solo es especial sino general, ambas deben quedar comprendidas, así aparezca que se están anticipando los fines de la pena, ya que la detención preventiva, en el fondo, no es más que el adelanto de una posible sanción”. Citada por APONTE, Alejandro David. Ob. cit. P. 151.



bien nadie proclama actualmente, subyacen en todos los discursos de orden, tal como lo explica FOGLIA⁹⁰, en los siguientes términos:

*“Desde este punto de vista, la privación de libertad es necesaria y se justifica en razón del peligro social que resultaría el no encarcelar a quien se supone ha cometido un hecho disvalioso. Cumple una función como paliativo para aplacar la alarma social producida por el conocimiento de la sociedad sobre la presunción de comisión de un delito. **Se advierten entonces criterios de prevención general revelándose, en los lineamientos de la misma, que persigue la necesidad de confianza en la sociedad.***

“Como derivado actual de estos argumentos encontramos un autor italiano, Foschini, a quien cita el español Perfecto Ibáñez en un trabajo muy interesante y que es seguido en este ensayo, que atribuye a la prisión preventiva, entre otros, el fin de asegurar "... principalmente la inmediatez o la solicitud del efecto reactivo de la colectividad jurídicamente organizada, respecto del delito cometido" [...] "Efecto reactivo –concluye el autor– que constituye el alma de la pena y que, si se tuviera que esperar al agotamiento del proceso, a menudo resultaría perdido y siempre en todo caso debilitado, con la consiguiente pérdida o disminución de eficacia de las actuaciones penales"⁹¹.

Con argumentos diferentes, HASSEMER desvela los afanes político -criminales que subyacen en una apreciación de dicho talante, acogiendo desde luego la tendencia pacífica en la doctrina foránea e internacional, de negarle a la detención cautelar o provisional las finalidades de la pena y de atribuirle unas finalidades propias, de carácter procesal, bien diferentes de los fines de la sanción.

“... El objetivo de una lucha efectiva contra el delito (también) con la ayuda de la prisión preventiva no puede negar su vinculación con los objetivos de derecho material (como por ejemplo, con las teorías preventivas de la pena); la crítica a prácticas de detención demasiado apresuradas o demasiado amplias, al invocar la formalidad judicial del procedimiento penal, se apoya, por el contrario, en relaciones de derecho formal. Efectividad de la persecución penal versus formas protectoras de las garantías...”⁹².

La Corte Constitucional colombiana desde el año 1997 venía enunciando las finalidades materiales o constitucionales de las medidas de aseguramiento, particularmente las que debía cumplir la detención preventiva.

“En primer término, es preciso recordar que la detención preventiva es una de las medidas de aseguramiento de índole personal, regulada en el Código de Procedimiento Penal y por cuya virtud se restringe el de-

⁹⁰ FOGLIA, Sebastián. Prisión preventiva. Crisis, discrecionalidad y selectividad del sistema. Por un sustancialismo crítico.

⁹¹ Ídem.

⁹² HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy. Ed. Ad Hoc Primera edición. 1995. Argentina. P. 106.



recho a la libertad de la persona acusada “en aras de la persecución y prevención confiadas a la autoridad” ya que garantiza el “juzgamiento y penalización de las conductas tipificadas en la ley, entre otras cosas para asegurar la comparecencia del acusado al proceso” y, además, para “impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción”⁹³.

La exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal del 2000 (Ley 600 del 2000) acogió esta tendencia en el plano hasta ahora retórico, sin darle alcance práctico a la necesidad de la medida de aseguramiento o a los fines constitucionales de la detención preventiva.

“El proyecto organiza de manera sistemática las **normas rectoras**, incorporadas del artículo 1 al 23, en un orden de prelación axiológico, iniciando por la **dignidad humana**, que garantiza el respeto de la persona como tal, en el decurso de la actuación procesal, por ello la restricción a la libertad solo procede en situaciones excepcionales con criterios de **razonabilidad y proporcionalidad**”⁹⁴.

Tal propósito fue cumplido por lo menos a manera de discurso en los artículos 3°, inciso 2°, y 355 de la Ley 600 del 2000, pero la judicatura solo vino a tener noticia de los alcances prácticos de dichos principios a partir de la sentencia C-774 del 2001, cuando la Corte Constitucional enfatizó:

*“Por lo anterior se puede concluir que la procedencia constitucional de la detención preventiva se encuentra reglada en la Carta fundamental y reconocida por las normas rectoras del nuevo Código de Procedimiento Penal, según las cuales los criterios legales de procedencia de la detención preventiva deben concurrir con los mandatos constitucionales, de tal manera que 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”*⁹⁵.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-327 DE 1997. M.P. Fabio Morán Díaz. En el mismo sentido, confrontar sentencias C-301 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-395 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁴ Cfr. Proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal. Revista de Derecho Penal N° 9. Octubre-noviembre de 1998. Ed. Leyer, Bogotá. Pág. 277. En MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Ed. Leyer. P. 187.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 25 de julio del 2001. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Mes de octubre de 2001. P. 2092.



En la Ley 906 del 2004 se apela en primer lugar al principio de necesidad de la detención (norma rectora 2 C.P.P.), al principio de proporcionalidad (norma rectora 27) según el cual los servidores públicos se ciñen a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, y por último, la cláusula o principio general de afirmación de la libertad (Art. 295 C.P.P.), que la tiene como regla general, siendo la privación o restricción a la misma la excepción a esa regla con interpretación restrictiva de los mandatos y siempre y cuando esa restricción sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a la Constitución Política.

Se establecen unos criterios que debe tener en cuenta el juez a fin de determinar el peligro a la comunidad (art. 310), el peligro a las víctimas (art. 311), el peligro de evasión del imputado (art. 312) y el peligro a la investigación (art. 309), todos estos criterios como desarrollo del requisito de necesidad de la detención a que alude el artículo 308 del C.P.P.

Algunas de las hipótesis previstas en el Estatuto Adjetivo que darían lugar a problemática de interpretación susceptible de ser resuelta mediante la utilización del principio de proporcionalidad serían las siguientes:

I. La distinción entre principios y reglas en la normativa del Código de Procedimiento Penal sobre proporcionalidad de la detención

La distinción entre principios y reglas es de suma utilidad a la hora de aplicar los criterios que el constituyente y el legislador consagraron como parte del principio de proporcionalidad y necesidad de la medida de aseguramiento.

De esta manera, dentro del derecho constitucional y la teoría de los derechos fundamentales se entiende que los principios son “mandatos de optimización” que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas⁹⁶.

Las reglas, por el contrario, poseen una estructura condicional compuesta de supuesto de hecho y sanción, es decir, son especies de normas aplicables por completo o no aplicables en absoluto para la solución de un caso⁹⁷.

La forma jurídica como se aplican las reglas es la **subsunción**, mientras que la forma característica de aplicación jurídica de los principios es la **ponderación**.

Teniendo en cuenta lo anterior, la resolución de los casos desde la perspectiva de principios, como el de la proporcionalidad de las restricciones a la libertad, debe ser abordada por el juez constitucional mediante la ponderación, es decir, una vez determinados los principios que entran en colisión o contraposición, el

⁹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. 2005, p. 575.

⁹⁷ *Ibíd.* P. 573



juez debe efectuar un juicio relativo al caso específico, donde el principio que tenga mayor peso fijará el sentido de la decisión⁹⁸.

Tanto los artículos de la Constitución como los de la ley procesal penal, que establecen limitaciones a la restricción de la libertad, fundamentadas en el principio de proporcionalidad o de necesidad de la medida de aseguramiento, son verdaderos **principios** y su metodología constitucional de aplicación para resolver los conflictos en el proceso penal, es la **ponderación**, de manera que no es posible utilizar un método ya superado, como lo es la mecánica del positivismo jurídico denominada **subsunción** para fundamentar una decisión de un juez constitucional, como el juez de garantías.

“La ponderación es la manera de resolver estas colisiones entre principios y, por consiguiente, la forma de aplicarlos. La palabra ponderación deriva de la locución latina pondus que significa peso. Esta referencia etimológica es relevante, porque cuando el juez o el fiscal ponderan, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Y es que, como aclara RONALD DWORKIN⁹⁹, los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto, y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión...

“La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”¹⁰⁰.

El Código de Procedimiento Penal contempla, a partir del artículo 308 y hasta el 312, criterios complementarios al **principio de proporcionalidad de la detención**, de calado constitucional, es decir, hipótesis de obstrucción a la justicia, peligro a la comunidad, peligro a la víctima y no comparecencia, sin que esas hipótesis signifiquen reglas aplicables mediante subsunción, ya que ello supondría una invitación al operador judicial para aplicar exegéticamente la norma, a la manera de una premisa menor (presencia de las circunstancias fácticas descritas en los artículos 309 a 312), que encuadra en una premisa mayor (norma jurídica cuya consecuencia es el peligro a la comunidad, peligro a la investigación o peligro de evasión o fuga).

Dicho proceder automático y literal convertiría al juez constitucional en mero operador de una norma de derecho, no se pondría en marcha la función judicial constitucional mediante la cual se ejerce un verdadero control de la medida

⁹⁸ Ibídem. P. 574

⁹⁹ RONALD DWORKIN. “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en id. La filosofía del Derecho. México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 84 y ss.

¹⁰⁰ BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. 5ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. P. 269.



cuestionada, sino que revelaría un proceso de lógica deductiva, una labor mecánica en que el juez se limita a adecuar supuestos de hecho en normas jurídicas (subsunción positivista).

“Acaso los que todavía permanezcan obcecadamente adheridos a la doctrina tradicional del fallo jurisdiccional como una mera operación mecánica de tipo silogístico arguyen que esas determinaciones singulares son sencillamente conclusión que fluye de relacionar la premisa menor –constatación del hecho jurídicamente relevante– con la premisa mayor –o sea la norma general–. Pero en verdad no es así, si las cosas fueran de tal modo no sería necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional que declarase lo que debe hacerse en un caso concreto”¹⁰¹.

El legislador impone al juez de control de garantías “tener en cuenta tales circunstancias” (art. 309, 310, numerales 1 a 4, 311 y 312, numerales 1 a 3), ya que ellas serán las razones a favor o en contra de la imposición de la medida y con fundamento en un análisis de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta) establecer en cada caso, examinadas todas las circunstancias pertinentes y todos los derechos que colisionan, si la presencia de dichas circunstancias indica con probabilidad el peligro para la comunidad, el peligro para la investigación o el peligro de fuga.

Resulta necesario, entonces, partir del derecho penal de acto¹⁰² acogido por la Constitución Política en el artículo 29 (acción-imputación), examinar cada caso concreto teniendo en cuenta los derechos que entran en mutua contraposición y deducir si son admisibles las medidas de aseguramiento en cualquier caso excepcionales que sobre el tópico consagra el estatuto procedimental penal.

En este propósito el juez de garantías apela entonces a los criterios de modulación de la actividad judicial (art. 27 C.P.P.) a los que ya se hizo referencia en otro acápite de este escrito.

El anterior entendimiento se aviene completamente con la normativa internacional y su interpretación autorizada por parte de los organismos competentes, tal como lo sintetiza acertadamente BOVINO, luego de analizar la evolución jurisprudencial del tema del peligro a la investigación y peligro de fuga, concluyendo lo siguiente:

“La legislación procesal no puede establecer criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación de la libertad e impidan la verificación judicial de las circunstancias concretas del

¹⁰¹ RECASÉNS F., Luis. Nueva Filosofía de la interpretación del derecho. Tercera edición. P. 216.

¹⁰² Cfr. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. Apuntes de Derecho Penal. Extracto Principios Fundamentales del Derecho Penal. Segunda edición (en imprenta). Material del Módulo de Garantías Ciudadanas de la Especialización en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. P. 79. Sobre la significación y alcance del derecho penal de acción.



caso, como sucede, por ejemplo, con los delitos no excarcelables. Frente a tal situación, es obligación del tribunal no aplicar estas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro en el caso sometido a su decisión”.

*“El legislador sí estaría autorizado, en cambio, a **establecer diferentes circunstancias de hecho que, una vez comprobadas por el tribunal en el caso específico, pueden ser tenidas en cuenta para la determinación de la existencia concreta de peligro procesal...** Pero es imprescindible recordar que en este tipo de regulaciones **las diversas pautas enunciadas no solo están sugeridas de modo no taxativo, sino que ellas en sí mismas no determinan obligatoriamente la restricción de la libertad. Se trata, de modo evidente, de una indicación del legislador acerca de diversas circunstancias regularmente relevantes** para indicar la presencia de peligro procesal, que pueden ser consideradas para fundar la solución aplicable y cuya existencia en el caso concreto solo puede ser establecida por un tribunal”¹⁰³. (Lo destacado en negrilla es del contexto).*

II. Análisis de las hipótesis de necesidad de la medida previstas en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal. Peligro para la comunidad.

Es necesario destacar que el peligro para la comunidad y la continuación de la actividad delictiva, como uno de los criterios de la detención preventiva, no tienen una aceptación clara en los instrumentos internacionales, en los que se establecen de manera recurrente los dos únicos supuestos que autorizan la detención provisional durante el proceso, previa la sentencia definitiva.

Esos dos supuestos son el riesgo de evasión de la justicia y el riesgo para la investigación.

Así, valga tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 9.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a **garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio**, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Y la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la libertad, la cual “... podrá estar condicionada a garantías que aseguren su **comparecencia en el juicio**”.

Estos dos instrumentos consagran un único supuesto para privar de la libertad a la persona durante el proceso, cual es el riesgo de no comparecencia o peligro de evasión.

¹⁰³ BOVINO, Alberto. “El encarcelamiento preventivo en los tratados internacionales de derechos humanos”(Separata del libro La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales. P. 453.



El Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁰⁴ en el principio 36.2. consagra que “Solo se procederá al arresto o detención en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la Administración de Justicia, por motivos y según las condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención”.

Y el principio 39 de dicho conjunto de normas estatuye que excepto en los casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esta autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.

El artículo 4 del Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso¹⁰⁵ dispone que “La detención o la prisión provisional no son penas ni deberán ser empleadas nunca para lograr fines que legítimamente corresponden al ámbito de las sanciones penales”.

Y el artículo 5 del Proyecto en cita admite únicamente el encarcelamiento preventivo “cuando existan razones para presumir que si se le dejare en libertad (al imputado) se sustraería a la acción de la justicia y obstaculizaría la marcha de la investigación”.

Fácil resulta concluir entonces que el peligro para la comunidad no tiene un fundamento sólido en las principales fuentes internacionales, las que tradicionalmente han aceptado dos tipos de supuestos para justificar la privación de libertad anticipada:

“a) Todo comportamiento del imputado que afecte indebida y negativamente el proceso de averiguación de la verdad, es decir, que represente una obstaculización ilegítima de la investigación (por ej. amenazar testigos, destruir ilegalmente elementos de prueba, etc.) y b) toda circunstancia que ponga en peligro la eventual efectiva de la sanción punitiva prevista en el derecho penal sustantivo (por ej. la posibilidad de una fuga). Ambos supuestos no solo son reconocidos por la doctrina, sino también recogidos en instrumentos internacionales: legislación interna, resoluciones judiciales y jurisprudencia de órganos internacionales”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Documentos de las Naciones Unidas reproducidos por la D.P. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención preventiva. 1998. Págs. 59 y 60.

¹⁰⁵ En BOVINO, Alberto. “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”. Separata del libro La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Págs. 444-445.

¹⁰⁶ BOVINO, Alberto. *Ibidem*, p. 446.



Con estas salvedades, que de suyo ponen en entredicho la validez del peligro para la comunidad como criterio de imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, se analizarán a continuación dichos supuestos de peligro para la comunidad, consagrados en el Código de Procedimiento Penal.

A) La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

La textura abierta de esta primera hipótesis en manera alguna deja librada a la especulación la demostración fehaciente del supuesto de hecho en un grado de probabilidad según determina la propia norma, lo que significa que ni el fiscal al solicitar la medida puede sustentarla con apreciaciones subjetivas que no encuentren respaldo en la información que posea, ni el juez de garantías ha de decretar la medida sin un examen riguroso y objetivo de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información del que se pueda inferir razonablemente en grado de probabilidad de la referida continuación de la actividad delictiva o la vinculación con organizaciones criminales.

El facilismo tampoco puede llevar a confundir el fenómeno de la coparticipación o concurso de personas en el delito con las “organizaciones criminales” a las que alude la norma siendo necesario consultar la diferencia entre los dos fenómenos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación para la cual por organización ha de entenderse una verdadera *societas sceleris* con el objeto de asumir hacia el futuro la actividad delictiva como negocio o empresa.¹⁰⁷

En este punto y en todos los supuestos de hecho mencionados por los cuatro numerales del artículo 310 C.P.P. el peligro debe ser considerado por el juez de control de garantías de manera actual o real y no potencial, pues la libertad de la persona en manera alguna puede considerarse como peligrosa si a ella no se añan elementos de convicción específicos que con probabilidad de verdad conduzcan a vaticinar peligro para la comunidad.

B) El número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos.

Una aplicación literal de la norma conduciría a considerar como necesaria la medida en todos los casos de concurso de delitos, interpretación desafortunada en la medida en que los operadores judiciales que así entiendan la norma desconocen el juicio de proporcionalidad, necesidad, adecuación y razonabilidad que rige el quehacer jurisdiccional del juez.

El rigor del análisis pasa entonces por considerar que algunos delitos presuponen la pluralidad de sujetos activos (v. gr. concierto para delinquir, rebelión, etc.), no pudiendo aplicarse automáticamente el aseguramiento sin detenerse a analizar todas las circunstancias relevantes del caso concreto.

C) 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.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de 20 de mayo de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.



Sobre el tópico caben las mismas reflexiones consignadas en el literal anterior: no se trata de que el juez únicamente aplique automáticamente la medida solicitada por la aparición formal de uno cualquiera de los supuestos de hecho, ya que tal proceder no es propio de un juez de tutela, sino de uno que atienda la exégesis como regla de impartición de justicia.

Aquí se debe detener el juez en el análisis de dichas circunstancias a la luz de la naturaleza de los delitos por los que se impuso la acusación, la medida o se concedió el subrogado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de tales supuestos, pues no todos esos supuestos tendrán en muchas ocasiones la vocación inequívoca de desvirtuar la afirmación de la libertad.

III. El peligro para las víctimas

Dispone el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal que se entenderá que hay peligro para la víctima cuando existan motivos fundados para inferir que podrá atentarse contra ella, su familia o sus bienes.

El principal problema que suscita la norma es el concepto de víctima para el procedimiento penal y concretamente para considerar peligroso al imputado, pues el artículo 132 establece una definición restrictiva de las víctimas afirmando que por tales se entienden "... las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo o como consecuencia del injusto".

"La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto o independientemente de la existencia de una relación familiar con este".

Algunos autores consideran que el concepto de víctima para los efectos de la aplicación del artículo 311 sobre imposición de medida de aseguramiento puede ampliarse, por ejemplo, cuando se trata de infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos o en relación con los delitos sexuales que de manera reiterada se cometan en un cierto territorio o vecindario con sujetos especialmente vulnerables como niños o mujeres¹⁰⁸.

Sin embargo, esta "ampliación" del concepto de víctima a supuestos no consignados en el artículo 132 supone que en este punto se apele a especulaciones o abstracciones que alejan la resolución del problema del caso concreto sometido a consideración del juez de garantías y de la información con la que cuenta en el momento de decidir sobre la citada imposición, lo que conduce necesariamente a que su juicio no se fundamente en la proporcionalidad, necesidad y adecuación, criterios que suponen el análisis riguroso de las circunstancias relevantes del caso concreto, como quedó dicho en acápite anterior.

¹⁰⁸ Cfr. APONTE, Alejandro David. "La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: hacia una prevalencia del principio de libertad". En Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. 2004. P. 167.



Igualmente, el legislador definió a la víctima "... para efectos de este código..." de la manera en que quedó expresado, siendo la medida de aseguramiento una manifestación eminentemente procesal penal y por ende supeditada al concepto de víctima que el Estatuto Procesal Penal consagra, sin que se pueda apelar a otros criterios o incluso a otros ordenamientos en que el concepto de víctima varía, tales como la ley de justicia y paz, la ley de desplazamiento forzado de personas, entre otras.

IV. Obstrucción a la justicia (riesgo para la investigación)

El principal problema que suscita el riesgo para la investigación por parte del procesado es examinado por GUERRERO PERALTA de la siguiente manera:

*"La exigencia del principio de proporcionalidad como criterio ineludible en la aplicación de una intromisión estatal en los derechos fundamentales resulta sumamente compleja cuando para efectos de la detención preventiva los extremos del ejercicio son **el aseguramiento de la actuación procesal, por un lado, y la presunción de inocencia, por otro. Efectivamente se entiende que el derecho fundamental a la libertad no es absoluto y que además también es cierto que los órganos de persecución penal tienen la tarea de realizar el valor justicia como postulado constitucional, pero aquí, como lo afirma SANGUINÉ, habría que ponderar si la pérdida de libertad del acusado frente al valor de un procedimiento con su presencia no resultaría una carga excesiva, lo que conduce a la opción de asumir el principio de proporcionalidad en la búsqueda de medidas alternativas que puedan cumplir tales fines**"¹⁰⁹.*

Significa lo anterior que el procedimiento en presencia no es necesario de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento, como tampoco lo es la declaración del inculpado como acto procesal, ni resulta razonable ni proporcional que el Estado detenga preventivamente para convertir al sujeto en objeto del proceso por medio de la extracción de la prueba de su propio cuerpo o por su propia cuenta.

Dicho proceder violenta de manera significativa la prohibición de exceso, además de parecer ingenuo que un procesado cualquiera, en un delito común que no implique delincuencia organizada pueda estar en capacidad de obstruir el aparato de investigación del ente acusador.

V. No comparecencia (riesgo de evasión)

Una de las problemáticas que suscita este artículo desde la perspectiva de la proporcionalidad es curiosamente la aparente vulneración de los derechos a

¹⁰⁹ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. 2005. Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. Págs. 332-333.



la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, que puede derivarse de una interpretación literal y automática del numeral primero relacionado con la falta de arraigo en la comunidad, pues allí existe un permanente riesgo de tratamiento desigual y gravoso por razones económicas, v. gr. en relación con la delincuencia menor llevada a cabo por los indigentes, trashumantes o, en general, personas que no pueden prodigarse un domicilio estable.

VI. Análisis del Proyecto de Reforma a la Ley 906 del 2004 sobre proporcionalidad de la medida de aseguramiento

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley que persigue reformar la Ley 906 del 2004, en relación con la detención preventiva se afirma lo siguiente:

*“8. La detención preventiva, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, **debe ser excepcional, necesaria y racional (C-774 de 2001)**. En razón de ello, no solo se sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.*

*“Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, **la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano en el examen de riesgo**, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible (verbi-gracia, un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal).*

*“Se recuerda que las Reglas de Mallorca de la Organización de las Naciones Unidas, como principios mínimos para la Administración de Justicia Penal, establecen en la regla 16 que “las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas y que, en todo caso, regirá el **principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado.***



“Así entonces, lo ideal es que el pronóstico de riesgo para la comunidad y la víctima surja de un examen conjunto del mayor número de circunstancias previstas en el artículo 310.

*“Se proyecta la reforma al artículo 312, ya que el juicio de no comparecencia o evasión debe tener una especial consideración **no solo de la gravedad y modalidad de la conducta punible**, sino también de la pena imponible, pues si de antemano el imputado o acusado sabe que probablemente no tendrá derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del Código Penal, bien por el factor objetivo, ora por el subjetivo), sin duda puede sentirse tentado a no comparecer, salvo que su comportamiento procesal anterior o concomitante indique lo contrario y ofrezca tranquilidad a la fiscalía y a la judicatura sobre la presencia del imputado en el curso del proceso.*

*“La norma actual del **numeral 1 del artículo 314**, es bastante abierta y discrecional para el juez de garantías, de modo que **se propugna por la creación de algunos parámetros para su aplicación que comprometa tanto a los fiscales como a los jueces** (la dialéctica propia de la verdad en un sistema acusatorio), pues, al fin y al cabo, en el ordenamiento jurídico-penal colombiano la restricción de derechos fundamentales es una tarea compleja que comparten fiscales y jueces.*

*“Por otra parte, **ha sido elaborado un listado de delitos que se consideran especialmente graves y desestabilizadores de la convivencia en Colombia, para prohibir la posibilidad de sustituir la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria**; una vez en relación con ellos se haya hecho el examen de los requisitos probatorios mínimos de ley y establecido la necesidad de la medida de aseguramiento.*

Con la reforma del artículo 315 se resuelve la antinomia advertida entre los actuales artículos 313 y 315, cuando se trata de delitos cuya pena mínima sea exactamente de cuatro (4) años. Lo anterior, porque la política criminal evidenciada por el legislador ha sido la de adjudicar detención preventiva a los delitos cuya pena mínima sea o exceda de cuatro (4) años, como lo previó la primera norma”. (La subraya no pertenece al texto).

La propuesta de reforma constituye entonces un inmenso retroceso en materia de derechos fundamentales, pues se apela a criterios que se entendían superados y sobre los cuales existió una evolución a favor del principio de proporcionalidad y especialmente la necesidad de la medida de aseguramiento¹¹⁰, que en últimas implica que no bastan los criterios eminentemente formales o las

¹¹⁰ Cfr. Supra Unidad B. 1 al 9. Evolución del Principio de Proporcionalidad en materia de derecho a la libertad. (Sentencias C-327/97, C-774/01, C-805 del 2002, C-591 del 2005, C-673 del 2005, C-730 del 2005, C-822 del 2005, C-456 del 2006).



consagraciones legales, sino que siempre se deben consultar los fines constitucionales de las medidas que se persigue adoptar en contra de una persona afectada con la existencia de un proceso penal.

El proyecto propone una indebida interferencia del poder legislativo en la labor de los jueces, especialmente los de garantías, al establecer presunciones de peligrosidad y prohibiciones que no les dejan opción diferente de la subsunción de supuestos de hecho en normas jurídicas, bajo el dictado según el cual la gravedad de la conducta y la pena imponible¹¹¹ se bastan a sí mismas para la imposición de una medida de aseguramiento, cuestión que pugna abiertamente con los pronunciamientos de los organismos internacionales que entronizan todo lo contrario: tener como suficiente la gravedad de la conducta para decidir sobre la imposición es tanto como atribuirle finalidades propias de la pena a una medida cautelar, lo que conlleva en últimas a sentenciar anticipadamente y sin fórmula de juicio a la persona comprometida en el proceso a quien ampara la presunción de inocencia¹¹².

“En el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeta a las reglas básicas del Estado de derecho, solo al poder judicial le corresponde la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de elementos de prueba introducidos válidamente al proceso. En consecuencia, la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde al poder judicial”¹¹³. (Lo destacado no pertenece al texto).

Ni qué decir de la declarada embestida contra la presunción de inocencia, el derecho penal de acto, la afirmación de la libertad, el principio de proporcionali-

¹¹¹ Proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) presentado por el Ministro del Interior y el Fiscal General de la Nación. Artículo 20. El artículo 310 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal quedará así: Artículo 310. Peligro para la comunidad o la víctima. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad o de la víctima, **será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible**. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: ...”

¹¹² Cfr. Supra, nota al pie 70. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Jiménez vs. Argentina (1996). En GUERRERO PERALTA, ob. cit. P. 334.

¹¹³ BOVINO, Alberto. “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos” Separata del Libro La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales. P. 452.



dad de las medidas de aseguramiento y el principio de afirmación de la libertad, que constituye la *presunción de peligro para la comunidad* que se propone introducir al artículo 310 del Estatuto Procesal Penal que nos rige, cuyo parágrafo es necesario reproducir:

“PARÁGRAFO. Se presumirá el peligro para la comunidad y será imponible la detención preventiva, cuando la imputación se refiere a delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, homicidio (C.P. artículo 103), homicidio agravado (C.P. artículo 104), lesiones personales con perturbación funcional permanente (C.P. artículo 114, inc. 2), lesiones personales con perturbación psíquica permanente (C.P. artículo 115, inc. 2), lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (C.P. artículo 116), secuestro extorsivo (C.P. artículo 169), tráfico de migrantes (C.P. artículo 188), acceso carnal violento (C.P. artículo 205), acto sexual violento (C.P. artículo 206), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (C.P. artículo 208), actos sexuales con menor de catorce años (C.P. artículo 209), acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210), estímulo a la prostitución de menores (C.P. artículo 217), pornografía con menores (C.P. artículo 218), violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229), hurto calificado (C.P. artículo 240), hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 8, 11, 12 y 15), extorsión (C.P. artículo 244), amenazas (C.P. artículo 347), tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (C.P. artículo 358), repetición o continuidad en las conductas de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal o su concurso con el concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366), fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367), peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397), concusión (C.P. artículo 404), cohecho propio (C.P. artículo 405), cohecho impropio (C.P. artículo 406), cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407), violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (C.P. artículo 408), interés indebido en la celebración de contratos (C.P. artículo 409), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (C.P. artículos 410), favorecimiento (C.P. artículo 446, inc. 2), receptación repetida, continua o profesional (C.P. artículo 447, inc. 1 y 3), la receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inc. 2) y la rebeldía (C.P. artículo 467)”¹¹⁴. (Lo destacado es del contexto).

Establecer de manera general y abstracta una presunción de peligrosidad fundada únicamente en un criterio objetivo-formal como la naturaleza del delito, nos hace retroceder a aquellos ordenamientos procesales en que era usual

¹¹⁴ Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) presentado por el Ministro del Interior y el Fiscal General de la Nación.



encontrar esa clase de disposiciones con miras a prohibir la excarcelación respecto de determinados delitos, o a aquellos regímenes anteriores a la ley 906 del 2004 de clara raigambre positivista, en los que el funcionario judicial únicamente examinaba el aspecto objetivo referido al cuántum punitivo para determinar si imponía o no la medida de aseguramiento.

Se pretende, entonces, mediante la propuesta de reforma, desconocer la evolución jurisprudencial y legal en materia de necesidad de la medida de aseguramiento, la cual implica de manera indispensable el examen de los fines de las medidas a la luz de la Constitución Política, de la jurisprudencia constitucional y de la normativa y jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos.

Es irrazonable una legislación como la propuesta, que, además de sustraer al juez de garantías de las competencias definidas por ley y precisadas por sentencias de constitucionalidad para convertirlo en un mero operador exegético de normas de prohibición y de presunción, afecta de manera ilegítima y desproporcionada la presunción de inocencia, el derecho penal de acto y la necesidad de las restricciones a la libertad, entre otros derechos fundamentales.

Las mismas consideraciones merecen las presunciones y prohibiciones que establece el proyecto en materia de no comparecencia (en la que se subraya la gravedad de la conducta como criterio determinante a la hora de evaluar este aspecto) y en materia de sustitución de la medida de aseguramiento de detención carcelaria por domiciliaria (se privilegia irrazonablemente la fundamentación del fiscal como si continuara teniendo atribuciones judiciales en materia de detención y se hace nugatoria para los delitos con presunción de peligrosidad).

Igualmente, significa una cuestión desproporcionada e irrazonable que se proponga que cualquier incumplimiento de las obligaciones suscritas como consecuencia de la detención domiciliaria o de una medida no privativa del derecho a la libertad tenga como fatal consecuencia la revocatoria del beneficio y la orden de encarcelamiento del procesado. El artículo propuesto es del tenor que sigue:

“Artículo 24°. El artículo 316 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, quedará así:

*“Artículo 316. Incumplimiento. Si el imputado o acusado **incumpliere alguna de las obligaciones impuestas al concederle la detención domiciliaria, o las inherentes a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad a que estuviere sometido**, a petición de la Fiscalía o del ministerio público, **el juez ordenará inmediatamente su reclusión en establecimiento carcelario**”.*

No cabe duda de que esta clase de propuestas atenta contra la dignidad humana, desconoce que el sistema penal es la; *ultima ratio* y no *la prima ratio*; así mismo, que el derecho fundamental a la libertad durante el proceso penal debe ser la regla general y su restricción constituye la excepción, y que es al juez



de garantías a quien corresponde en cada una de las hipótesis propuestas, a petición de parte y mediante debate argumentativo y probatorio que involucrará las eventuales exculpaciones del procesado, resolver si ordena la reclusión, sustituye la medida o sencillamente deja incólume la situación del procesado.



“LA DURA Y MARAVILLOSA
TAREA DE ESTE SIGLO
ES LA DE EDIFICAR LA
JUSTICIA EN EL MÁS INJUSTO
DE LOS MUNDOS”.

Albert Camus



UNIDAD 8

PROPORCIONALIDAD EN LA SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA DE PERSONAS DECLARADAS AUSENTES

El Código de Procedimiento Penal prevé la posibilidad de adelantar el proceso penal en ausencia de la persona, mediante la figura de la declaración de persona ausente, prevista en el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte Constitucional¹¹⁵ enfatizó que, si bien el adelantamiento de un proceso penal en ausencia del inculpado es perfectamente compatible con la Constitución, pues permite dar continuidad a la Administración de justicia, como servicio público esencial y, de otra parte, facilita el cumplimiento del principio de celeridad procesal, deben cumplirse unos rigurosos requisitos para que pueda operar dicha figura, entre ellos acreditarse que el Estado agotó todos los medios idóneos y necesarios para informarle al indiciado la existencia del proceso penal, existir identidad plena y suficiente del indiciado, y evidenciarse la renuencia del procesado a comparecer.

Para el cumplimiento de tales requisitos, la Fiscalía requiere desplegar las siguientes actividades¹¹⁶:

1. Verificación real y material de la imposibilidad de localizar a la persona.
2. Adjuntar elementos de conocimiento que demuestren la insistencia en ubicarla.
3. Agotamiento de mecanismos de búsqueda suficientes y razonables.
4. Emplazamiento.
5. Designación de Defensor Público.
6. Cumplimiento estricto de las garantías procesales.

Ante la aceptación de la figura del proceso en ausencia con rigurosos requisitos establecidos por la Corte Constitucional surge el interrogante de si las personas declaradas ausentes de conformidad con dicha norma y con las sentencias de

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-591 y C-592 del 2005. En www.ramajudicial.gov.co

¹¹⁶ *Ibidem*.



constitucionalidad de la misma pueden ser gravadas con medidas de aseguramiento privativas o no privativas del derecho a la libertad.

Un antecedente jurisprudencial interesante para dilucidar este problema se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁷, corporación que al resolver algunos interrogantes relacionados con las finalidades constitucionales de la detención preventiva, a partir de la sentencia C-774 del 2001, enfatizó que el estudio de los fines constitucionales de la detención se vincula necesariamente con la privación efectiva de la libertad, ya que el análisis de tipo constitucional, para la Corte Suprema en este pronunciamiento "... sería viable únicamente en el evento de que estuviera afectada la libertad de locomoción del procesado, pues solo en tal caso, y no en relación con los efectos colaterales, habría necesidad de revisar los fines y objetivos constitucional y legalmente establecidos para justificar la efectiva privación de la libertad, en virtud del principio de la ley más favorable"¹¹⁸.

Para la Corte Suprema, entonces, no es posible examinar los fines constitucionales de las medidas (riesgo para la comunidad, riesgo para la investigación o riesgo de evasión por parte del procesado), si la persona investigada no está privada efectivamente de la libertad, lo que constituye un primer argumento en favor de la inaplicabilidad de las medidas a las personas declaradas ausentes.

En segundo lugar, si el papel del Juez de Garantías es efectuar un test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, analizando en este último peldaño todas las circunstancias pertinentes al caso, todas las razones que juegan en pro y en contra de la medida (ponderación) y todos los derechos que entran en contraposición, conforme fue abordado en acápite anterior (supra, unidad 4, A, B y C.), no sería lógico ni razonable que dicho análisis pudiera efectuarse en ausencia de la persona sobre quien recaen tales circunstancias, razones y derechos, siendo el llamado a reclamarlas en las respectivas audiencias en las que se pretenda restringirle derechos, especialmente el de libertad.

En otros términos, no se puede realizar ninguna clase de análisis de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y adecuación si no se encuentra presente la persona investigada, quien es precisamente la más indicada para entregarle al juez de control de garantías información sobre dichos aspectos, ya que si la Fiscalía no la pudo localizar, difícilmente tendrá información adicional que aporte a los tres componentes del test.

En tercer lugar, recurriendo a la aplicación del principio de proporcionalidad, constituiría una carga excesiva para la persona sometida al proceso penal que, además de ser juzgada en ausencia, por no poder el Estado localizarla para

¹¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 18 de junio del 2002. M.P. Fernando Arboleda Ripoll, entre otras decisiones.

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto del 18 de junio del 2002, radicado 18.056. M.P. Dr. Fernando Enrique Arboleda Ripoll. En VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal. Extractos. Primer semestre del 2002. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 255.



comunicarle personalmente la imputación, tenga que sobrellevar además una medida de aseguramiento privativa o no privativa de la libertad.

En conclusión, no es compatible con la Constitución solicitar –ni mucho menos– imponer medidas de aseguramiento a personas declaradas ausentes.

LEY 906 DE 2004





UNIDAD 9

CAUSALES DE LIBERTAD

El artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) es del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 317. CAUSALES DE LIBERTAD. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad.
3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento.
4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo **294**.
5. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.

Algunos comentarios que podrían formularse a la disposición son los siguientes:

I. Cumplimiento de la pena según la determinación anticipada que se haya efectuado, preclusión y absolución del procesado

Esta disposición indiscutiblemente tiene una vinculación con las anteriores normas sobre el mismo tópico que establecían la libertad provisional cuando “en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele”¹¹⁹.

¹¹⁹ Cfr. Num. 2º del artículo 415 del D. 2700/91 y art. 365 Ley 600/2000.



Al tenor de la anterior normativa, sonaba irrazonable que se consagrara en una norma que la persona tendría derecho a libertad “provisional”, incluso garantizando su comparecencia al proceso, cuando hubiera sufrido en detención preventiva un tiempo igual al de la pena, pues ello significaría, sin más, la consagración legal de un “plazo irrazonable”, la tolerancia del Estado frente a la duración indefinida e ilimitada del proceso penal y la consideración según la cual la detención preventiva puede asimilarse a la pena.

Frente a lo anterior, la Ley 906 del 2004, intentando superar esta confusión, redacta la norma en orden a significar que el procesado adquiere derecho a la libertad incondicional cuando se cumple la pena, de acuerdo con la “determinación anticipada” de la misma, se decreta la preclusión o la absolución.

II. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad

En la misma orientación que inspira el cumplimiento inmediato de la libertad del imputado o acusado por pena cumplida, preclusión o absolución, si el proceso termina por aplicación del principio de oportunidad, en cualquiera de sus modalidades (art. 324 C.P.P.), incluso en la del numeral 8º (suspensión del procedimiento a prueba), debe reconocerse el derecho a la libertad de la persona.

El principio de oportunidad, acompañado del régimen de negociación, ambos entendidos en el derecho angloamericano como “discrecionalidad” de la acción penal, es el criterio que refleja con mayor claridad la incidencia de la política criminal en el proceso penal, debiendo interpretarse la política criminal como política pública que parte de la premisa de que el sistema penal, al ser un mecanismo radical de control social, debe ser la *ultima ratio*, es decir, el último peldaño al que acude el Estado para solucionar el conflicto creado con la conducta delictiva.

En esa orientación, tanto el derecho fundamental a la libertad como la propia dignidad de la persona comprometida en el proceso penal suponen una reducción o minimización del ámbito de acción del sistema penal, a términos razonables.

El Juez de Garantías deberá orientarse por estos postulados para llevar a término las solicitudes sobre renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal elevadas por la Fiscalía, a fin de solucionar los conflictos sociales, humanizar la actuación procesal y velar por el aprestigiamiento de la administración de justicia.

III. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo, cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento

Las negociaciones y preacuerdos pueden contener cláusulas que se refieran directa o indirectamente a la libertad del imputado.



La Corte Suprema de Justicia ha sido especialmente reiterativa en que los preacuerdos pueden incluso abordar temas vinculados directa o indirectamente a la libertad; por ejemplo, el tema de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria y demás beneficios y subrogados relacionados con la ejecución de la pena.¹²⁰

La Fiscalía General de la Nación, en directiva de 28 de septiembre del 2006, "por medio de la cual se fijan directrices para la celebración de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado"¹²¹, abordó el punto de los beneficios obtenidos por el imputado como consecuencia del preacuerdo, entre ellos la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, en los términos siguientes:

"b) Preacuerdos sobre la pena y sus consecuencias. Se puede acordar la pena por imponer y los mecanismos sustitativos de la misma (suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria), siempre que fuere resultado de un allanamiento o aceptación de cargos, para lo cual deberán observarse las siguientes reglas:

"1. El allanamiento o aceptación de los cargos imputados y los beneficios que comporta podrán ser objeto de negociación en la audiencia de formulación de imputación, después de que el fiscal informe al investigado del derecho a que se refiere el numeral 3° del artículo 288 de la Ley 906. Asimismo, podrán realizarse estas negociaciones en el interregno comprendido entre la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación o a partir de la presentación de la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado en el juicio oral".

Como se advierte de los párrafos transcritos, la directiva de la Fiscalía, en términos generales, pretende disminuir el ámbito de discrecionalidad de los fiscales, restringiendo su margen de maniobra por medio de prohibiciones y regulaciones expresas, que pugnan con la mencionada discrecionalidad y con el normal desenvolvimiento de los preacuerdos, que la práctica judicial y el precedente jurisprudencial son los encargados de decantar, tal como lo enseña la experiencia del derecho comparado, particularmente el derecho procesal de los Estados Unidos, en el que la negociación fue tomando cuerpo a partir de su ejercicio práctico y sólo tardíamente, en el año 1970, la Corte Suprema de ese

¹²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación de 4 de mayo del 2006. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso 24.531. En CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Extracto de Jurisprudencia. Segundo trimestre de 2006. Relatoría Sala de Casación Penal. Pág. 233. Sobre el mismo punto ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación de 1° de junio del 2006. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso 24.764. *Ibidem*. Pág. 252

¹²¹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva de 28 de septiembre del 2006. En www.fiscalia.gov.co



país, sienta algunas bases de la negociación, dictadas, en cualquier caso, por la propia experiencia judicial¹²².

A nombre de un discutido concepto de política criminal represiva, que ve en el incremento de la intervención del sistema penal en la vida de las personas una fuente de solución, desde luego radical, del conflicto social, se establece esta serie de requisitos y limitaciones a la discrecionalidad de los fiscales, entre las más discutibles las siguientes:

“a) El fiscal delegado no podrá realizar preacuerdos o negociaciones con el investigado o su defensa, antes de la audiencia de formulación de la imputación, en relación con los cargos que el primero presentará en esta.

“b) Cuando se trate de un concurso de conductas punibles no podrá pre-acordarse la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia, atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.

“c) Hecha la imputación, con la misma evidencia no podrá solicitarse ni hacerse una nueva formulación de imputación que entrañe revocatoria o modificación de la inicial, tendiente a hacerla menos gravosa”¹²³.

En cualquier caso, referente a las cláusulas de preacuerdo que se vinculen al derecho fundamental a la libertad, particularmente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, una vez aprobado el acuerdo por el juez de conocimiento, deben hacerse efectivos aquellos aspectos relativos a la libertad, si constituyeron alguna o algunas de las cláusulas del preacuerdo.

IV. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294

Varias controversias se han generado a partir de la aplicación de esta causal, entre las más importantes las siguientes:

A. Se discute si los días a los que hace referencia la norma son días hábiles o días calendario.

Una primera tesis sostiene, basada en normas de derecho civil, particularmente lo dispuesto en el artículo 67 del Código Civil, que cuando las normas legales consagran términos de días, ellos se contabilizarán como hábiles, y si se hace referencia a meses y años, se entenderá que ellos se computan conforme al calendario.

¹²² Cfr. MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Primera edición. Legis. 2006. Pág. 212

¹²³ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Ibídem.



Una segunda postura, que es la que compartimos, aduce que los días a los que alude la norma son días corridos o calendario, por cuanto durante la investigación todos los días son hábiles, tanto para la práctica de diligencias de carácter investigativo como para el ejercicio de la función judicial de control de garantías, según reza el artículo 157 de la Ley 906 del 2004, tesis que además consulta en mayor medida el derecho a la libertad (art. 28 C.P. y 2° C.P.P.) y el principio del *favor libertatis* (supra, unidad 2, I, B.).

B. El otro problema que ha presentado la norma es el de determinar a cuál “presentación de la acusación” hace alusión la norma, si el simple escrito de acusación o si se refiere a la formulación oral de la misma en audiencia del mismo nombre.

Dos tesis se enarbolan sobre el tópico: la primera, según la cual la Fiscalía cumple con el término que tiene para formular la acusación, con la sola presentación del escrito de acusación, pues a partir de allí se entiende que comienza la etapa del juicio y, por ende, mal puede exigírsele que controle los términos a partir de dicho momento, cuando ya dicha obligación corresponde al juez de conocimiento.

Una segunda postura afirma que ni en el artículo 175, ni en el 294, ni en el 317 se hace mención expresa a la “presentación del escrito de acusación”, sino a la “formulación de la acusación”, y si se examina que ella en realidad solo tiene vigencia cuando se lleva a cabo la audiencia de formulación oral de acusación, entonces se concluye que la causal se está, refiriendo a la presentación de la acusación en audiencia y, por ende, si no se ha verificado la audiencia de formulación de acusación dentro de los sesenta días siguientes a la formulación de la imputación, el imputado tiene derecho a la libertad, en los términos del numeral 4° del artículo 317 del C.P.P.

Esta última tesis es la que debe ser sostenida por los defensores, ya que el simple cumplimiento de un requisito formal, como es el de la presentación de un escrito de acusación ante el juez competente, mientras no se produzca el acto jurídico mediante el cual se fija verdaderamente el objeto del debate y se determina el contradictorio, acto que corresponde a la formulación de la acusación en audiencia oral, no puede el imputado privado de la libertad correr con la dilación de la privación de su libertad, debida al demorado funcionamiento de la administración de justicia penal.

En el proyecto de reforma a la Ley 906 del 2004 presentado por el señor Fiscal General de la Nación al Congreso de la República se propone la modificación de esta causal de la siguiente manera:

*“4. Cuando transcurridos **noventa (90) días** contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294”.*



V. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral

Sobre esta causal también se han generado discusiones similares a las examinadas en el acápite precedente, entre ellas:

A. Si la norma hace alusión a días hábiles o días calendario.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal, una primera lectura del mismo indicaría que “Las actuaciones que se surtan ante el juez de conocimiento se adelantarán en días y horas hábiles, de acuerdo con el horario judicial establecido oficialmente”. Entonces la conclusión que surgiría, a diferencia de la solución que se otorga para la contabilización de los días en etapa de investigación, sería que los días a los que refiere la norma son días hábiles.

No obstante, han de examinarse las dos finalidades que persigue esta norma sobre vencimiento de términos: en primer lugar, ella opera como una sanción al Estado-Jurisdicción que no obró dentro del término señalado por la ley para adelantar y juzgar al acusado privado de la libertad.

En segundo lugar, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹²⁴, el término constituye una garantía fundamental para la persona detenida preventivamente, para quien corren por igual los días hábiles que los no hábiles, pues durante todos ellos, sin distinción, se encuentra privada de la libertad de manera cautelar, presumiéndose su inocencia, por lo cual no bastará con una solución basada en la interpretación legal de la norma citada, sino que será necesario analizar la complejidad del asunto, sus particularidades, el concepto de plazo razonable al que aluden los organismos internacionales, aplicando también, en lo pertinente, el principio de proporcionalidad, resolviendo de esta manera, en cada caso, si el vencimiento del término contabilizado en días corridos o calendario puede dar lugar al reconocimiento de la libertad.

B. ¿Quién es el juez competente para resolver las solicitudes de libertad acaecidas en etapa de juicio?

No existe ninguna norma en el Código de Procedimiento Penal que autorice a los jueces de conocimiento para resolver solicitudes de libertad, tal como viene aplicándose en algunos despachos judiciales.

¹²⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-413 de septiembre 28 de 1993. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. P. 9. En los copiadore de la relatoría de la Corte Constitucional. “Anótase, además, que el término está constituido por un evento futuro y cierto –expresado por lo general cronológicamente– (C. de P. P. art. 170), características ausentes en las mentadas resoluciones de suyo signada por la incertidumbre originada en la investigación. *En materia penal, de otra parte, el término despliega una función de garantía y debe, por ello, ser acatado igualmente por la autoridad judicial*”.



Por el contrario, diversos principios y normas consagran que son los jueces de control de garantías los llamados a resolver sobre solicitudes de libertad, así ellas se produzcan durante el juicio, entre ellos los siguientes:

1. Los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba en juicio oral implican que el juez no pueda distraer su atención a asuntos diferentes de las audiencias previas al juicio (acusación y preparatoria), y de la audiencia de juicio oral, y si se admite que los jueces de conocimiento resuelvan otra clase de solicitudes, como las de libertad, que en la mayoría de los casos se tornaran complejas, el juez terminará distrayendo su atención, en desmedro de la inmediación e imparcialidad con las que debe afrontar el juicio y resolver definitivamente.
2. Los jueces de garantías fueron creados especialmente para resolver las cuestiones relativas a las garantías judiciales, siendo la más representativa, la del derecho a la libertad. En tal sentido, el artículo 2° del Código de Procedimiento Penal, consonante con el 250 constitucional, estatuye que son los jueces de garantías los que resuelven los asuntos relativos a la restricción a la libertad, con mayor razón si se trata del restablecimiento de dicho derecho fundamental.
3. Las solicitudes de libertad se adecuan a lo previsto en el numeral 8° del artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, como uno de aquellos “asuntos similares” a la petición de medida de aseguramiento o su revocación, y a los demás aspectos que, solo de manera enunciativa, se mencionan en la norma citada, todos los cuales son de resorte exclusivo de los jueces de control de garantías.
4. Si se deja en manos del juez de conocimiento el asunto relativo a la solicitud de libertad no se dirimiría imparcialmente dicha petición; estaría el juez atribuyéndose condición de juez y parte, ya que el vencimiento del término directa o indirectamente se relacionará con la actuación del despacho a su cargo, siendo muy probable que en la mayoría de los casos se niegue la libertad, haciéndose nugatoria la causal establecida por el legislador.
5. Se retorna, con dicha postura, al sistema anterior, de clara raíz inquisitiva, al vulnerar la separación de funciones, la cual, según nuestra normativa, también cobija las funciones que se atribuyen a los jueces de garantías, que son diferentes de aquellas que se radican en cabeza de los jueces de conocimiento.

En relación con la causal 5° del artículo 317, el proyecto de reforma a la ley 906 del 2004 que cursa actualmente en el Congreso no propuso ninguna modificación.

La Defensoría del Pueblo hizo llegar al Ponente del Proyecto de Ley 081 del 2006, Senado, y 023 del 2006, Cámara, proposiciones directamente relacionadas con estos temas¹²⁵, mediante las cuales se persigue:

¹²⁵ PROYECTO DE LEY 081 SENADO Y 023 CÁMARA, DE 2006. Por medio de la cual se reforman parcialmente las leyes 906/04 y 599/00 y se adoptan medidas



1. Incluir un inciso segundo en el numeral 5° del artículo 317, con el siguiente texto:

“En este evento, la libertad provisional será decidida por un juez de control de garantías”.

2. Incluir un inciso segundo en el artículo 159 de la Ley 906 del 2004, con el siguiente texto:

“Cuando deban adoptarse decisiones que se refieran a la libertad del imputado o acusado, el funcionario judicial, en cualquiera de las instancias, dispondrá máximo de tres días hábiles para realizar la audiencia respectiva”.

3. Incluir un párrafo en el artículo 317 de la Ley 906 del 2004 con el siguiente texto:

“Los términos previstos en los numerales 4° y 5° serán contabilizados en forma ininterrumpida y solo serán suspendidos por el inicio del trámite de celebración de preacuerdos y de aplicación del principio de oportunidad, en cuyo fracaso se reiniciará su contabilización en el estado en que se encontraban a su inicio”.

para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadanas.



UNIDAD 10

HÁBEAS CORPUS

I. EL HÁBEAS CORPUS EN LA LEY 600 DEL 2000

La Ley 600 del 2000 introdujo un capítulo dentro de sus disposiciones relativo al control de legalidad de las restricciones a la libertad, donde ubicó el tema del hábeas corpus y el del control de legalidad de la medida de aseguramiento.

Las regulaciones sobre hábeas corpus que contenía la Ley 600 del 2000 (artículos 382 a 389) fueron declaradas inexecutable por la honorable Corte Constitucional en sentencia C-620 de 13 de junio del 2001, con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería, bajo la consideración de que la regulación del derecho fundamental del hábeas corpus corresponde a una ley estatutaria, tal como lo ordena el artículo 152-A de la Constitución Política.

En la Ley 600 del 2000 las características que tenía el hábeas corpus eran las siguientes:

1. El hábeas corpus se describía en esas normas como una *acción pública que tutela la libertad cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilegalmente la privación de su libertad.*

“Las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso”.

2. Dentro de los lineamientos de la acción se establecía que se podía acudir a cualquier autoridad judicial para la decisión de hábeas corpus dentro de las treinta y seis horas, pero el trámite y decisión solamente correspondían a un juez penal

En cuanto a la competencia de los jueces colegiados, no los excluía la ley del trámite del hábeas corpus, pero la Corte Suprema de Justicia reiteradamente exoneró vía interpretación legal a las corporaciones judiciales de dicho trámite con el argumento de la celeridad de la decisión, el breve término señalado para el trámite de la solicitud, la exclusión de cualquier incidente que pueda dilatar el procedimiento y la expresa prohibición de reparto.¹²⁶

¹²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 29 de marzo del 2004. Rad. 22.184. M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA. Cfr. también providencias de la misma



3. La acción en la Ley 600 podía ser invocada por terceros, y la actuación no se suspendía por interposición de días festivos o de vacancia judicial.
4. Se consagraba la obligatoriedad para el juez de hábeas corpus de decretar y practicar inspección judicial sobre la actuación cuestionada.
5. Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, la normatividad de la Ley 600 del 2000 consignaba que el juez inmediatamente ordenaría la libertad de la persona capturada, por auto interlocutorio contra el cual no procedía recurso alguno, salvo que fuera denegatorio de la petición.

II. DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS DE LA LEY 600 DEL 2000 SOBRE HÁBEAS CORPUS

Los artículos 382 a 389 del Código de Procedimiento Penal anterior (Ley 600 del 2000) que contenían disposiciones relativas a la reglamentación del hábeas corpus, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional¹²⁷, al considerar que dichas regulaciones sobre el derecho fundamental a la libertad y la acción constitucional de hábeas corpus son materias relativas a derechos fundamentales que necesariamente deben normarse mediante ley estatutaria razón por la cual declara la inconstitucionalidad de esos artículos y otorga un término al Congreso de la República para legislar adecuadamente la materia, sin que a la fecha haya sido promulgada la ley de hábeas corpus.

III. PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE HÁBEAS CORPUS

Mediante el proyecto de Ley Estatutaria número 284 del 2005 del Senado y 229 del 2004 Cámara, se pretende reglamentar el artículo 30 de la Constitución Política.

Las características sobresalientes del proyecto son las siguientes:

1. El hábeas corpus se define en el proyecto de ley como un **derecho fundamental** y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue indefinidamente. Se establece que *esta acción únicamente podrá invocarse por una sola vez y para su decisión se aplicará el principio pro homine*.

Corporación de fechas 14 de julio de 1992, 10 de abril de 1996, 25 de junio de 1997, 3 de mayo del 2001 y 7 de noviembre del 2002.

¹²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 13 de junio del 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.



2. Establece claramente la competencia para conocer de la acción, incluyendo a **todos los jueces y tribunales de la rama judicial del poder público**.

Cuando se interponga la acción ante una Corporación, se tendrá a cada uno de los integrantes como juez individual para la resolución de las acciones de hábeas corpus, reza el proyecto.

3. Se mantiene la facultad de terceras personas para invocar el hábeas corpus a nombre del afectado, e igualmente que su trámite no se suspende por la interposición de festivos o de vacancia judicial, enfatizándose que la acción puede ser invocada en cualquier tiempo, mientras la violación persista y, para tal efecto, ordena al Consejo Superior de la Judicatura la reglamentación de turnos judiciales para la atención de las solicitudes de hábeas corpus.
4. No se establece obligatoriedad de la inspección judicial a las diligencias que cursen sobre la actuación presuntamente irregular.

Se consagra que la autoridad judicial procurará entrevistarse en todos los casos con la persona en cuyo favor se instaura el hábeas corpus, pudiendo prescindir de dicha entrevista cuando no la considere necesaria, debiendo consignar en la providencia que resuelva la acción los motivos de dicha determinación.

5. Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, la autoridad judicial competente inmediatamente ordenará la liberación de la persona privada de la libertad, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno.

El proyecto introduce una norma especial sobre **impugnación** de la providencia que decide la acción de hábeas corpus, la cual es impugnabile dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación, debiendo ser remitido al superior en las veinticuatro (24) horas siguientes para su reparto inmediato y su fallo se producirá en los tres (3) días hábiles siguientes

IV. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE HÁBEAS CORPUS

La Corte Constitucional¹²⁸ se pronunció sobre la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de hábeas corpus, destacándose de su providencia los siguientes aspectos:

1. En cuanto a la expresión “por una sola vez” del artículo 1º, la Corte declara su equi-libilidad, bajo el entendido de que el hábeas corpus se podrá invocar

¹²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-187 del 15 de marzo del 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En www.ramajudicial.gov.co/comunicados/de_prensa



o ejercer por una sola vez respecto de cada hecho o actuación constitutiva de violación de los derechos protegidos mediante el artículo 30 superior.

2. La Corte Constitucional declara inexecutable varias expresiones relativas a la competencia de las corporaciones colegiadas para conocer de la acción.

En primer lugar, se declara contraria a la Constitución la expresión "... si la actuación proviene de una sala o sección de una Corporación la petición de hábeas corpus se incoará ante otra sala o sección de la misma Corporación".

Afirma la Corte sobre este aspecto que en el examen de dicha disposición se "... encontró que la asignación de competencia para conocer de esa acción a la otra sala o sección de la misma Corporación cuando una de sus salas o secciones es la que dicta la medida cuestionada contraría el núcleo esencial de este derecho, en particular la facultad del afectado para interponer la acción ante cualquier autoridad judicial"¹²⁹.

Igualmente, se declara contraria a la Constitución la expresión contenida en el artículo 7º, numeral 3º, que señalaba que "En el caso de que la petición de hábeas corpus haya sido fallada por uno de los miembros de una Corporación Judicial el recurso será conocido por el magistrado que le siga en turno".

Explica la Corte que "... se desvirtúa el principio de la doble instancia, asignar al Magistrado que sigue en turno a quien negó la petición de libertad, pues la revisión no será hecha por el superior funcional de la autoridad judicial como corresponde a la esencia de la apelación, sino por un par del magistrado perteneciente al mismo nivel y a la misma Corporación"¹³⁰.

3. Declara inexecutable las expresiones siguientes del numeral 4º del artículo 3º:

"Sin embargo, cuando la acción constitucional se dirija contra una actuación judicial, y el despacho donde se encuentra el expediente no está abierto al público, los términos de la actuación se suspenderán hasta la primera hora hábil del día siguiente a su apertura, si el juez de hábeas corpus no cuenta con los elementos suficientes para poder decidir sobre la acción".

Para la Corte esta disposición "... contraría la perentoriedad del término establecido en el precepto constitucional y hace nugatoria la inmediatez de esa decisión, en la medida en que la autoridad judicial puede y debe decidir con los elementos aportados por el solicitante y todos aquellos que estén a su alcance".

V. COMENTARIOS A LA REGLAMENTACIÓN PROPUESTA

Como se observa de la comparación normativa efectuada entre la inicial regulación de la Ley 600 del 2000 declarada inexecutable por vicios de forma, el pro-

¹²⁹ Ibídem.

¹³⁰ Ibídem.



yecto de ley estatutaria y la sentencia que revisó su constitucionalidad, se puede concluir que tanto el Congreso como la Corte Constitucional realizan unos ajustes importantes tendientes a darle aplicación efectiva al hábeas corpus.

En ese sentido, definir el hábeas corpus como un derecho fundamental y una acción constitucional subraya la importancia del derecho sobre los aspectos instrumentales relativos a su reclamación ante las autoridades judiciales.

Igualmente, comprometer a todos los jueces y tribunales en la resolución de hábeas corpus contribuye a darle realce como derecho fundamental.

Por último, sustraer el hábeas corpus de talanqueras de carácter procedimental que de alguna manera contribuyen a hacerlo nugatorio, como aquellas normas sobre competencia especial de los cuerpos colegiados y segunda instancia dentro de dichas colegiaturas, las cuales fueron declaradas inexecutable, resulta también beneficioso en materia de derechos fundamentales.





UNIDAD 11

MECANISMO DE BÚSQUEDA URGENTE

I. Búsqueda urgente en la Ley 600 del 2000

El artículo 390 de la Ley 600 del 2000 dispone lo siguiente:

*“Si no se conoce el paradero de una persona se podrá solicitar a cualquier **autoridad judicial**, por parte de terceros y sin necesidad de mandato alguno, que disponga de inmediato una búsqueda urgente para realizar todas las diligencias necesarias para dar con su paradero, tanto en relación con autoridades y dependencias públicas como con particulares y lugares de carácter privado.*

*“Si dichas diligencias o algunas de ellas deben practicarse en lugares distintos de su jurisdicción, la autoridad judicial que haya decretado la búsqueda urgente solicitará la colaboración de **jueces o fiscales** del respectivo lugar, mediante despacho comisorio que será comunicado por la vía más rápida posible y que deberá ser anunciado de inmediato por medio telefónico, de tal forma que no sea necesario el recibo físico de la documentación por parte del comisionado para que este inicie su colaboración en la búsqueda urgente.*

“Si se logra ubicar el paradero de la persona y esta ha sido privada de la libertad por servidor público, el funcionario judicial ordenará de inmediato su traslado al centro de reclusión más cercano dentro de los términos establecidos en la ley y, si fuere competente, dará inicio al trámite de hábeas corpus.

“Si la persona se encuentra retenida por particulares o en un sitio que no sea dependencia pública, se dispondrá de inmediato lo necesario para que la autoridad competente proceda a su rescate.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica sin perjuicio de las investigaciones penales y disciplinarias a que haya lugar.

“Los servidores públicos tienen la obligación de prestar su colaboración y apoyo para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

4. Mecanismo de búsqueda urgente en la Ley 971 del 2005.

La Ley 971 del 2005 regula lo relacionado con el mecanismo de búsqueda urgente “para la prevención del delito de desaparición forzada”.



Característica del mecanismo de búsqueda urgente en la Ley 971/2005:

1. PROPÓSITO DE PREVENCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La ley destaca que su naturaleza y finalidad es la de ser un mecanismo público tutelar de la libertad y la integridad personales y de los demás derechos y garantías que se consagran a favor de las personas que se presume han sido desaparecidas.

2. AUTORIDADES COMPETENTES

La ley establece la competencia para conocer de las solicitudes de búsqueda urgente en las “autoridades judiciales” o “funcionarios judiciales”, con lo que se refiere a todos los funcionarios que cumplen funciones judiciales en Colombia, particularmente los jueces de la República y los fiscales.

3. TITULARES DEL MECANISMO

Cualquier persona que sepa que una persona ha sido probablemente desaparecida.

Los agentes y demás miembros del ministerio público podrán solicitar la activación del mecanismo sin realizar procedimientos o investigaciones previas o preliminares.

4. CONTENIDO DE LA SOLICITUD

La petición deberá contener los hechos y circunstancias por los cuales se solicita la activación del mecanismo, nombres, apellidos, documento de identificación y lugar de residencia del solicitante. Si se trata de servidor público, deberá indicarse el cargo que desempeña.

La autoridad judicial debe recabar la información sobre el nombre de la persona a favor de la cual se debe activar el mecanismo de búsqueda urgente, documento de identificación, lugar de residencia, rasgos y características morfológicas, prendas de vestir y elementos de uso personal que portaba al momento del hecho, y todos los demás datos que permitan su individualización.

Los hechos y circunstancias que permitan establecer que la persona es víctima de un delito de desaparición forzada de personas, incluyendo los testigos de los hechos.

Se podrán solicitar las diligencias que se consideren pertinentes para dar con el paradero de la persona.

5. TRÁMITE

Se debe iniciar el trámite en un término no mayor de veinticuatro (24) horas, informando de inmediato a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, al Instituto de Medicina Legal, al Departamento Administrativo de Seguridad, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que tengan registrados datos de la víctima.



6. PROCEDENCIA

Procede desde el momento en que se presume que una persona ha sido desaparecida.

Puede ser declarada infundada por el funcionario que conozca la petición, pero en ese caso deberá hacerlo mediante providencia motivada, expedida dentro de un término máximo de veinticuatro (24) horas siguientes, decisión que deberá notificarse al solicitante y al agente del ministerio público, quienes podrán interponer, dentro del término de veinticuatro (24) horas, recursos de reposición y apelación.

En ningún caso podrá exigirse que transcurra un determinado lapso para la presentación de la solicitud.

7. FACULTADES DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES

- A. Ingresar y registrar sin previo aviso, de oficio o por indicación del solicitante, los centros destinados a la privación de la libertad, sedes, instalaciones, oficinas o dependencias oficiales, a fin de establecer si la persona se encuentra en dichos lugares. Si se trata de inmuebles particulares, deberá mediar mandamiento escrito para realizar la inspección, salvo consentimiento del morador.
- B. Solicitar al superior respectivo, de manera inmediata y provisional, la separación del cargo del servidor público de quien se pueda inferir razonablemente responsabilidad en la desaparición de la persona, con el objeto de evitar que su permanencia en el cargo pueda obstaculizar la búsqueda o intimidar a los familiares de la víctima o a los testigos.
- C. Requerir el apoyo de la fuerza pública y organismos de policía judicial para practicar las diligencias tendientes a localizar a la persona.
- D. Acopiar información suficiente para dar con el paradero de la persona desaparecida.

8. RESCATE DEL DESAPARECIDO

En cualquier momento en que se logre determinar que la persona se halla en poder de **particulares** o en sitio que no es dependencia pública, el funcionario competente dará aviso a la Fuerza Pública y a los organismos de policía judicial para que procedan a su liberación, la cual se realizará bajo su dirección personal.

Obtenida la liberación, se dará por terminado el mecanismo y se remitirá un informe al fiscal competente para adelantar la investigación penal por el delito que corresponde.

En caso de que la persona sea hallada ilegalmente privada de libertad por **autoridades públicas**, se dispondrá su liberación inmediata. Si la misma no fuere procedente, se pondrá a disposición de la autoridad competente y se ordenará su traslado al centro de reclusión más cercano.



BIBLIOGRAFÍA

APONTE CARDONA, Alejandro. *Captura y medidas de aseguramiento: El Régimen de Libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006.

APONTE, Alejandro David. *La Detención Preventiva en la nueva legislación procesal penal: Hacia una prevalencia del principio de libertad*. Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime, y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. 5ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

_____. *El Proceso Penal*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la Tercera Edición. 1995.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2ª Ed. 2005.

BOVINO, Alberto. "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos". Separata del Libro *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*.

CAMPOS SÁNCHEZ, Manuel. *La reforma de la prisión preventiva*. (Selección de Jurisprudencia). Ed. DM. Murcia, España. 1996.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Edición de 1957.

CARRIÓ, Alejandro D. *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional: Una relación cambiante y difícil*. Ed. Abeledo Perrot. 1986. Argentina.

CHIESSA APONTE, Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Volumen II. Ed. Forum. 1995.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ITALIANO DE 1988.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE PORTUGAL DE 1987.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO.



DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Documentos de las Naciones Unidas reproducidos por la D.P. *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención preventiva*. 1998.

_____. *Manual del Defensor Público en el Sistema Acusatorio Colombiano*. 2005.

_____. *Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos. Derechos de Libertad*. 2004.

DWORKIN, Ronald. “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en id. *La filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

EDWARDS, Carlos Enrique. *Garantías constitucionales en materia penal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1996.

FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ed. Leyer. 2001.

_____. *Sistema Procesal Penal de EEUU. Guía Elemental para su comprensión*. Ed. Ibáñez. 2006.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva de 28 de septiembre del 2006. En www.fiscalia.gov.co

FOGLIA, Sebastián. *Prisión preventiva. Crisis, discrecionalidad y selectividad del sistema. Por un sustancialismo crítico*.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Bosch Ed. S.A. Barcelona. 1985.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. 2005.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Ed. Ad Hoc Primera Edición. 1995. Argentina.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. *Apuntes de Derecho Penal*. Extracto Principios Fundamentales del Derecho Penal. Segunda Edición (en imprenta). Material del Módulo de Garantías Ciudadanas de la Especialización en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Detención y Prisión Provisional. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996.

_____. *Presunción de inocencia y prisión sin condena*. En www.REVISTA13.htm

LEGIS EDITORES. *Régimen Penal Colombiano. Código de Procedimiento Penal*. Ley 600 del 2000.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL. Artículo 505. En www.juridicas.com/base_datos/balloon47

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. *De la captura a la excarcelación*. Temis. 3ª Edición. Bogotá, Colombia.



MOHOR A., Salvador. *La libertad provisional en el ordenamiento jurídico chileno*. Ed. Jurídica de Chile. 2000.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Ed. Leyer. 2002.

MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Primera Edición. Legis. 2006.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*.

ORDENANZA PROCESAL ALEMANA del 19 de diciembre de 1964.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. Decimoprimer edición. 2001.

PRIETO VERA, Alberto José. “Los recursos en las audiencias preliminares y previas al juicio oral”. En *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*. Tomo III. 2006.

_____. “Garantías Constitucionales en el proceso penal colombiano”. En *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*. Tomo III. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2006.

PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Ley 906 del 2004), presentado por el Ministro del Interior y el Fiscal General de la Nación.

PROYECTO DE LEY 081 SENADO Y 023 CÁMARA, DE 2006. Por medio de la cual se reforman parcialmente las leyes 906/04 y 599/00 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Propositiones de modificación por la Defensoría del Pueblo.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1991.

RECASÉNS F., Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. Tercera Edición.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

REVISTA DE DERECHO PENAL N° 9. Octubre-noviembre de 1998. *Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Penal*. Ed. Leyer, Bogotá.

SALCEDO DE RAMÍREZ, Emily, “La captura a la luz del nuevo sistema penal acusatorio”. Revista *Atenea* # 8, año 3, abril-junio del 2006. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

THAMAN, Stephen. *Detención y Prisión provisional en los Estados Unidos*.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. *Jurisprudencia Penal*. Extractos. Primer semestre del 2002. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.



JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Jiménez vs. Argentina (1996).

Caso Guillermo José Manqueda. Informe 17/94 (9/2/94).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas 8/87 y 9/87.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO SUÁREZ ROSE-RO. SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Levoyer contra Ecuador No. 11.992, informe 66/01.

Comunicación No. 305/98. Observaciones del 23 de julio de 1990, párr. 5.8. En www.acnur.org/biblioteca

Comunicación No. 458/1991. Párrafo 9.8. En www.acnur.org/biblioteca

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de junio de 1968.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencias de 16 de julio de 1971, 4 de diciembre de 1979 y 2 de marzo de 1987.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencias (2) del 27 de junio de 1968, una (1) del 26 de junio de 1991, y una (1) de 26 de enero de 1993.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de marzo de 1995.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

C-301 del 2 de agosto de 1993.

C-591 del 2005. M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS H. En los copiadore de la Corte Constitucional.

T-966 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-318/95 (MP Alejandro Martínez Caballero).

C-024 de enero 27 de 1994. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

C-916 del 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

C-022 DE 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

C-397 DE 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

C-425 de 1997 y C-634 de 2000.

C-1092/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

C-592/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

C-673 de 30 de junio del 2005. M.P.: Dra. CLARA INÉS VARGAS H. En los copiadore de la Corte Constitucional. Exp. D-5452. P. 11.

Sentencia C-822 de 10 de agosto del 2005. M.P. Dr: Manuel José Cepeda Espinosa.



- C-022/96, T-230/94, C-530/93, C-445/95, C-093/2001, SU-1219/2000.
T-490 de 1992.
- C-1154 DE 2005. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, 15 de noviembre de 2005. Extracto.
- C-799 de 2005. MP Jaime Araújo Rentería.
- C-456 del 2006.
de 20 de mayo de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
- C-395 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- C-774 de 25 de julio del 2001. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. En revista *Jurisprudencia y Doctrina*. Octubre de 2001. P. 2092
- C-805 del 2002.
- C-730 del 2005.
- C-620 de 13 de junio del 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- C-187 del 15 de marzo del 2006.
- M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En www.ramajudicial.gov.co/comunicados de prensa.
- C-413 de septiembre 28 de 1993. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. En los copiadore de la relatoría de la Corte Constitucional.
- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA
Extracto de Jurisprudencia. Segundo trimestre de 2006. Relatoría Sala de Casación Penal. Pág. 233.
- Sentencia de casación de 4 de mayo del 2006. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso 24.531.
- Sentencia de casación de 1° de junio del 2006. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso 24.764.
- Sentencia de 20 de octubre del 2005. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Segunda Instancia Proceso 24.152. En www.ramajudicial.gov.co
- Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de julio del 2001. Proceso 7026. M.P.: Dr. Carlos E. Mejía Escobar y auto de segunda instancia de 29 de noviembre del 2001. Proceso 18915. M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo. En www.ramajudicial.gov.co
- Sentencia de casación de 17 de agosto de 1999. M.P. JORGE CÓRDOBA POVEDA. En Régimen Penal Legis. 2004. Código Interno 6443-2.
- Sala de Casación Penal. M.P. Dr. LUIS CARLOS PÉREZ. Mayo 26 de 1971.
- Sentencia de 20 de octubre del 2005. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Segunda Instancia Proceso 24.152. En www.ramajudicial.gov.co
- Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de julio del 2001. Proceso 7026. M.P.: Dr. Carlos E. Mejía Escobar y auto de segunda instancia de 29 de noviembre del



2001. Proceso 18915. M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo. En www.ramajudicial.gov.co

Sentencia de Casación Penal de 20 de agosto del 2002.

Auto de 18 de junio del 2002. M.P. Fernando Arboleda Ripoll, entre otras decisiones.

Auto del 18 de junio del 2002, radicado 18.056. M.P. Dr. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

Auto de 29 de marzo del 2004. Rad. 22.184. M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA.

Sentencias de 14 de julio de 1992, 10 de abril de 1996, 25 de junio de 1997, 3 de mayo del 2001 y 7 de noviembre del 2002.

PROVIDENCIAS DE LOS JUECES PENALES DE GARANTÍAS Y DE CONOCIMIENTO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ

JUEZ 6º PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ. Decisión Judicial de 13 de septiembre del 2005. En CD que contiene grabación de la audiencia. Récord 57:00 a 1:07.

JUZGADO 52 PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ. Juez: Dr. EDUARDO CASTELLANOS ROSSO. Auto de 27 de septiembre del 2005. Declara nulidad de la medida de aseguramiento. Radicado 2005-0006 contra PORFIRIO RAMÍREZ ALDANA. En CD de reproducción de audio y video de la audiencia de sustentación de apelación.

JUZGADO QUINTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE GARANTÍAS. Decisión Judicial de 4 de octubre del 2005. Proceso 2005-0006. Grabación archivos de audio o video de Windows Media.





DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Derechos humanos, para vivir en paz