



Defensoría
del Pueblo



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

Estándares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva

Colección “Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional”

Colección “Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional”
Estándares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva



Carlos Arturo Gómez Pavajeau
Donaldo Danilo del Villar Delgado



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

Colección “Opúsculos de Litigio
Estratégico Institucional” No.1

**ESTÁNDARES
INTERNACIONALES
VINCULANTES
QUE RIGEN,
LA DETENCIÓN
PREVENTIVA**



ISSN: 2390-0008

Diagramación e impresión
Imprenta Nacional de Colombia

©DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Calle 55 No. 10 - 32

Apartado Aéreo No. 24299 - Bogotá, D. C.

Tels.: 3147300 - 3144000

www.defensoria.org.co

Twitter@DefensoríaCol

Lo expuesto en los artículos de esta edición es
responsabilidad exclusiva de sus autores.

Publicación editada en Bogotá, D. C. Colombia,
septiembre de 2014. Edición número 1.

Defensoría del Pueblo. Calle 55 No. 10 - 32

Tels.: 3147300,

Bogotá, D. C. Colombia

Jorge Armando Otálora Gómez
Defensor del Pueblo

Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Vicedefensor del Pueblo

Alfonso Cajiao Cabrera
Secretario General

Alexandra Cárdenas Castañeda
Directora Nacional de Defensoría Pública

Jorge Armando Otálora Gómez
Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Coordinadores

Carlos Arturo Gómez Pavajeau
Donaldo Danilo del Villar Delgado
Autores

**Colección “Opúsculos de Litigio
Estratégico Institucional” No. 1**

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES
VINCULANTES QUE RIGEN
LA DETENCIÓN PREVENTIVA**

Defensoría del Pueblo
Defensoría Pública
2014

EL ESTADO TIENE POSICIÓN ESPECIAL DE GARANTE FRENTE A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD¹

Estas injusticias están revestidas
de violencia estatal ilegítima



Foto: Vanguardia.com

1 La CIDH insta a Colombia a tomar medidas por el incendio en la Cárcel de Barranquilla. Washington. 21 febrero de 2014. Internet: <http://zonacero.info/index.php/barranquilla/48105-cidh->. (Consultado 22 febrero de 2014).

Generan multiplicación y exacerbación de la violencia



Foto: Defensoría del Pueblo (Imágenes correspondientes al antes y después del incendio en la Cárcel Modelo de Barranquilla)

El día 27 enero de 2014, se presentó un colosal incendio en la Cárcel Modelo de Barranquilla, donde el hacinamiento superaba el 147%, según la Defensoría del Pueblo², cuya capacidad era de 454 internos, pero albergaba al momento de

2 Declaraciones del Doctor Jorge Armando Otálora, Defensor del Pueblo. Comunicado de prensa. 28 enero de 2014. "Defensor del Pueblo condena tragedia humanitaria en Cárcel Modelo de Barranquilla". Internet: defensoria.org.co. (Consultado 29 enero de 2014).

la tragedia 1.123, y, específicamente, en el pabellón donde se presentó la conflagración, tenía una capacidad para 196 reclusos y en el instante del amotinamiento habían 716. El resultado fatídico fue de 17 muertos y 63 heridos. Muchas de las víctimas tenían la condición de detenidos, como en los casos constatados por la Defensoría Regional: por armas hechas, con órdenes de salida, por no poder pagar una caución a tiempo, entre otras situaciones documentadas.

“A LOS INJUSTAMENTE DETENIDOS EN COLOMBIA ESTAS PALABRAS DE ESPERANZA”

Carlos Arturo Gómez Pavajeau*
Donaldo Danilo del Villar Delgado*

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas en la misma universidad. Profesor Titular de Derecho Penal y Derecho Disciplinario en esa casa de estudios y Coordinador Académico de Barras de la Defensoría Pública (Bogotá). Correo electrónico: gomezpavajeau@hotmail.com

* Abogado de la Universidad del Atlántico. Magister en Derecho de la Universidad del Norte; especializado en Derecho Penal y Criminología. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Uninorte. Coordinador Académico de Barras de la Defensoría Pública (Atlántico). Abogado Litigante. Correo electrónico: deldelvillar@cdp.edu.co

Contenido

ESTÁNDARES INTERNACIONALES VINCULANTES QUE RIGEN LA DETENCIÓN PREVENTIVA	5
PRESENTACIÓN	15
PRÓLOGO.....	19
INTRODUCCIÓN.....	25
I. DETENCIÓN PREVENTIVA: PENA ANTICIPADA	31
II. <i>CORPUS IURIS</i> DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	35
III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES VINCULANTES.....	49
1. Presunción de inocencia	49
2. Excepcionalidad.....	60

3. Proporcionalidad en términos de “inequivalencia”	66
4. Mérito sustantivo	88
5. Fines del aseguramiento preventivo.....	91
6. Provisionalidad	109
7. Plazo razonable.....	112
8. Gradualidad.....	131
IV. PROCESO DECISORIO	135
V. CONTROL E IMPUGNACIÓN	143
VI. CONCLUSIONES	155
ANEXO: “PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADOS.....	161
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	175

Presentación

Para la Defensoría del Pueblo resulta muy grato presentar al público la monografía titulada *Estándares Internacionales Vinculantes que rigen la detención preventiva* de la autoría de los profesores Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Donaldo Danilo del Villar Delgado, que constituye el primer número de la colección *Opúsculos de litigio estratégico institucional*.

Esta serie de monografías jurídicas han sido diseñadas y lideradas precisamente por el maestro Gómez Pavajeau y tiene por objetivo brindarles a los defensores públicos y a todos los operadores jurídicos colombianos en general textos monográficos de calidad que optimicen sus competencias litigiosas, propiciando el encuentro del derecho penal sustancial, el derecho procesal penal y la argumentación jurídica. Estos escritos tienen también como común denominador el estudio sistemático de las fuentes jurídicas legales, jurisprudenciales y doctrinales, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, referidas al tema respectivo. De esta manera se pretende dotar a los operadores jurídicos, pero en especial a

los defensores públicos, de herramientas adecuadas para el buen desempeño de su ingente y noble labor.

La monografía que aquí presentamos y que inaugura esta selecta colección versa sobre el tema de la detención preventiva, que es un tópico central del derecho procesal penal, en cuya regulación están en juego los derechos y garantías más preciados de los ciudadanos. No por nada se ha dicho que en el régimen de la detención preventiva “*se juega el Estado de derecho*”¹ y que la misma constituye “*el problema por antonomasia del proceso penal*”².

El prisma desde el cual se aborda esta compleja temática es el de los estándares internacionales que la rigen, partiendo del presupuesto de que, como bien lo dispone el artículo 3° del Código de Procedimiento Penal: “*En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad*”. Conocer dichos estándares internacionales no es entonces una mera opción para el litigante, sino más bien una *obligación*, como quiera

1 BOVINO, Alberto. “Contra la inocencia”, en: BOVINO. Justicia penal y derechos humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 96. La frase al parecer es de Daniel R. PASTOR (“Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”).

2 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [en línea], N° 13, año 10, agosto de 1997 (disponible en Internet en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/ibanez13.htm>).

que -tal como lo establece esta norma- se trata de las fuentes jurídicas de mayor jerarquía en el ámbito del proceso penal, que deben prevalecer incluso frente a las normas jurídicas internas en caso tal de entrar en conflicto con ellas. No podría ser de otro modo, pues como bien lo ha establecido la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos, estas normas que integran el derecho internacional de los derechos humanos, en caso tal de haber sido suscritas y ratificadas por el Estado colombiano, hacen parte del denominado *bloque de constitucionalidad*, son *Constitución Política en sentido material*, al mismo nivel de importancia y con la misma fuerza vinculante que el texto constitucional formal.

Esperamos entonces que este primer número de la colección *Opúsculos de litigio estratégico institucional* sea del agrado de los defensores públicos y del público en general, y que les resulte de utilidad en sus invaluable tareas profesionales, pues es este el principal objetivo que la Defensoría del Pueblo se ha trazado con ella.

JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ
Defensor del Pueblo

Prólogo

De acuerdo con el sociólogo Pierre Bordieu el *campo jurídico* se manifiesta en una sociedad mediante cierto tipo de interacciones basadas en un discurso especializado, en el monopolio de unos expertos que ofician la exclusión de los legos, en el tráfico de unos capitales simbólicos y, muy particularmente en unos *habitus* que implican la práctica de ciertas costumbres que se imponen con fuerza vinculante muchas veces superior a la de la ley.

Pese a que este modelo investigativo creó condiciones de acceso al mundo de los abogados bastante sugerentes y atractivas desde el punto de vista científico -respecto de la cual Colombia no era para nada ajena, los estudios sobre el campo jurídico colombiano son muy discretos y más bien escasean o aparecen con cualidades científicas cuestionables, de donde su conocimiento ha sido confiado a la experiencia personal de los juristas, cuando no a su personal anecdótico, lo cual ha implicado la ausencia de condiciones apropiadas de diagnóstico y, con ello la toma de decisiones aleatorias, o al menos in-

consultas de la realidad social. Por citar un reciente ejemplo, evocamos que tras haber practicado un modelo procesal durante dos siglos, esto es el que la doctrina identifica como *napoleónico* o mixto, un día cualquiera, más exactamente el 1° de enero del año 2005, el país amaneció con un modelo procesal del cual poca o ninguna idea tenía. No obstante se había creado tres años atrás una Comisión Redactora para producir el Código de Procedimiento Penal, y otra Comisión de Implementación que curiosamente funcionó paralela a la primera, las dos dejaron a un lado las estructuras de formación de los estudiantes de derecho. Es decir, se cambió la ley y las salas de audiencia, sin haber preparado a los abogados ni mucho menos haber revisado los pénsum académicos de los estudiantes de derecho, para articular su formación con las exigencias prácticas e intelectuales implicadas en la reforma.

La consecuencia práctica que tal divorcio ha tenido es conocida y la seguimos padeciendo, incluso se llegaron a manifestar “ideas” tan extraviadas cuya ignorancia hace que rayen en el disparate, como por ejemplo que la dogmática penal habría de desaparecer a consecuencia del modelo procesal implementado.

campo jurídico, tiene que ver con que la educación jurídica que se ofrece tradicionalmente en las escuelas de derecho, poco o nada incorpora una auténtica formación para el desempeño profesional. Es así, por ejemplo que raramente un estudiante de derecho recibe formación específica en el arte del litigio, lo cual lo avoca a que aprenda en el ejercicio práctico y a riesgo de cometer errores de cierta consideración.

Pero frente a este panorama no muy alentador del campo jurídico colombiano, la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo tomó la determinación de atreverse a ser la primera en dar un significativo paso adelante, en aras de contribuir al mejoramiento del ejercicio de la profesión jurídica, y dispuso el diseño de una metodología que permitiese optimizar la competencia litigiosa de los abogados, fue así como diseñamos el que preferimos denominar *litigio estratégico*. Se trata de una visión sistemática del ejercicio de los abogados que propicia el encuentro de la dogmática y la argumentación jurídica con la lógica procesal. Es una estructura de pensamiento que ofrece al litigante un diseño de defensa que lleva al límite la argumentación, para forzar al juez a adoptar decisiones capaces de agotar las opciones de respuesta. Se trata así de un modelo de litigio que cubre simultáneamente todos los frentes argumentativos, pensados en términos de tres las integradas: ley na-

cional-ley internacional, jurisprudencia nacional-jurisprudencia internacional, doctrina nacional-doctrina internacional, vinculadas a problemas jurídicos concretos.

Debemos advertir, con todo, que a la manera de Habermas la acción estratégica se inspira en una herramienta comunicativa que intenta producir un efecto pensado, que para este caso se proyecta hacia la decisión judicial. El litigio es en sí un proceso comunicativo que no por ello riñe con la probabilidad de implementar acciones estratégicas, en tanto los litigantes están interesados en que el juez decida de cierta forma que permita la realización de valores como la justicia, la equidad, la realización del derecho subjetivo y la concordia.

Este proyecto liderado por la Defensoría del Pueblo ha sido orientado por el Maestro Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quien desde la Comisión Redactora de la que hoy es la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal, anunció a tiempo las dificultades que enfrentaría el País a propósito de la formación de los abogados, en el campo jurídico penal, pero pese a su característica, energía y sapiencia, no fue escuchado en su momento, lo que no ha impedido que ahora hagamos eco de su sabiduría e intentemos remontar los errores cometidos. Y ahora él mismo

orienta este proceso que constituye la primera tentativa por superar las deficiencias anunciadas.

Este trabajo que estamos presentando constituye el primer entregable de litigio estratégico, y con base en su metodología aborda uno de los temas más difíciles pero que es el que enfrentan en su día a día los defensores (públicos y privados), esto es la detención preventiva. Junto con el Maestro Gómez Pavajeau, el profesor Donaldo Danilo del Villar Delgado, distinguido coordinador académico de la Defensoría del Pueblo, se dieron a la tarea de desentrañar los orígenes y dinámica internacional de la detención preventiva, demostrando que se trata de un régimen excepcional y reglado mediante el cual la comunidad internacional reguló el encuentro de esta situación con principios tales como el *in dubio pro reo*, y sentó unos límites principialísticos cuya inobservancia vician de ilicitud el atentado contra la libertad en ausencia de una sentencia declarando definitivamente la responsabilidad de la persona procesada.

Los autores desarrollaron unos mecanismos de control litigioso, con base en el cual pueden disputar estratégicamente la licitud de la privación de la libertad, con base en unos criterios argumentativos que desbordan sobradamente la perspectiva nacional e, instalan al juez en el pensamiento basado en la ju-

risprudencia de las cortes internacionales y, en las fuentes primarias del derecho penal posmoderno.

Bienvenida esta obra que reafirma el compromiso de hacer del litigio estratégico un programa de la Defensoría del Pueblo dispuesto a superar los meros lamentos, y afrontar las dificultades del campo jurídico colombiano para ofrecer soluciones concretas, reales y efectivas.

ESQUIVO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA
Vicedefensor del Pueblo

INTRODUCCIÓN

La dramática situación que el tema genera en Colombia no es de su exclusividad ni de su propiedad. Es un asunto que se expande en todo el globo y muy especialmente en países del tercer mundo. El médico mexicano ADRIÁN RAMÍREZ LÓPEZ escribió un pequeño “panfleto” que nos recuerda a BECCARÍA, que tiene como título: La legalidad “ha perdido el juicio”: una sociopatología del delito, cuya lectura pone de presente, refiriéndose a su país, la esquizofrenia institucional de los sistemas de justicia penal en la actualidad, en todo nuestro entorno latinoamericano, respecto de la detención preventiva³.

La doctrina procesal más avanzada y selecta señala en torno a dicha crisis:

3 Cfr. Contralínea (México) [Red. Voltaire] en [http://www.voltairenet.org/auteur125499.html? lang=es](http://www.voltairenet.org/auteur125499.html?lang=es)

La razón de esta casi permanente polémica acerca de la coerción procesal reside, en nuestra opinión, precisamente en la similitud antes indicada, esto es, la posibilidad de ampliar la coerción procesal implica siempre la forma más rápida y menos exigente de extender la respuesta punitiva, sobre la base de lo que podemos calificar como un fraude de etiquetas, esto es: apliquemos más penas de manera más rápida y menos exigente, pero con otro nombre⁴.

El panorama general y las causas de la crisis, así como las propuestas de su remedio, son asuntos de primera línea en las preocupaciones de los más importantes procesalistas del continente⁵. En Colombia la situación es igualmente dramática, la que se define muy bien por CRUZ BOLÍVAR al calificarla como “un mal endémico de nuestra justicia⁶”.

Para superar dicho estado antijurídico de cosas, de acuerdo con los lineamientos de litigio estratégico defensorial, resulta necesario reflexionar sobre la detención preventiva (en adelante DP) y la búsqueda de los mejores estándares internacionales vinculan-

4 DUCE J, Mauricio y RIEGO R., Cristián. Proceso Penal, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007. Pp. 246 y ss. También pone de presente su fenomenología altamente crítica CAFFERATA NORES, José I. La excarcelación Tomo I, Buenos Aires. Depalma, 1988. Pp. 3 y ss.

5 BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano, Buenos Aires. Editores del Puerto-Defensoría General de la Nación. 2008.

6 CRUZ BOLÍVAR, Leonardo Fabián. “Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano” en Revista de Derecho Penal y Criminología No. 95, julio/diciembre de 2012, Volumen XXXIII, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2012. Pp. 92.

tes, como una necesidad que surge de los artículos 7º y 10 de la Ley 941 de 2005 en la medida que garanticen mayor calidad y eficiencia en la prestación de nuestros servicios, a través de la primacía de los Tratados Internacionales⁷.

El estudio, en consecuencia, estará centrado en analizar uno de los filtros concurrentes del sistema de garantías indispensables para la imposición de la medida de aseguramiento, superado los presupuestos objetivos-formales y el sustantivo-probatorio de responsabilidad o no (*fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho), de carácter infranqueable, como quedó visto en una reciente obra colectiva⁸.

Pretendemos que estos estándares internacionales sean utilizados como reglas contra selectivas en el marco de la formulación de las medidas de aseguramiento para que la Defensa Pública solicite, en las eventualidades correspondientes, su control o cláusula de convencionalidad⁹. Estas aproximaciones al tema tienen sentido provocativo, dada la serie de

7 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. "Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos en materias penal y disciplinaria" en Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, coordinadores Jorge Armando Otálora Gómez, Esiquio Manuel Sánchez Herrera y Manuel Fernando Moya Vargas, Bogotá. Defensoría del Pueblo. 2013. Pp. 101 y ss.

8 SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Universidad del Norte. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2013.

9 BENAVENTE CHORRES, Hesbert. La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades. JB, Bosch procesal. España 2012. Pp. 219 y ss.

sentencias de constitucionalidad¹⁰ que avalan el uso de los fines (*periculum in mora* o peligro de retardo) para la imposición de las medidas de aseguramiento, tal como vienen descritos en los artículos 308 y s.s, de la Ley 906 de 2004, por cuanto en la praxis judicial advertimos que es común acudir a los peligros de manera genérica para solicitar el encarcelamiento preventivo.

El presente trabajo, en consecuencia, se ocupa de relacionar algunos estándares internacionales vinculantes que rigen la prisión preventiva, con el objeto de que sirvan como herramienta reforzada de defensa y limitadora al uso desmedido y arbitrario de esta medida en nuestro territorio patrio, cuyos efectos acusan un alto índice de hacinamiento, especialmente, por el porcentaje de presos sin condenas¹¹.

Aspiramos a que este trabajo sea una herramienta útil y práctica en el ejercicio de la actividad defensiva para procurar en los debidos escenarios el control dinámico de convencionalidad que compromete,

10 Sentencias C-301 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-106 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández; C-578 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-327 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz; C-425 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz; C-549 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-634 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-456 de 2006 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-479 de junio 13 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1198/08 M.P. Nilson Pinilla; C-318/08 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-695 de 2013 M.P. Nilson Pinilla, entre otras.

11 De acuerdo al Informe Estadístico del INPEC (publicación virtual) para el mes de agosto de 2013 el 30.3% (35.941) de la población carcelaria corresponde a sindicados. En: Informe Estadístico. Agosto 2013. Minjusticia. Ejemplar No. 5.

también, a todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención en el propósito del respeto y garantía efectiva y material de los derechos humanos¹².

Se pretende así dejar de un lado el llamado “procedimentalismo”, vicio de la hermenéutica desueta del positivismo jurídico, por medio del cual se tiene “una comprensión extremadamente estrecha y pobre acerca del funcionamiento del proceso penal” y se incurre en el llamado “fetichismo de la ley”, en perjuicio de una función crítica y mejora del Derecho como cometido del jurista en un Estado Constitucional de Derecho¹³.

Al final del escrito se anexan “Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados” de las Naciones Unidas, instrumento internacional que, si se aplica con la seriedad que el mismo impone, implicará un destacado desempeño de la defensa en el proceso penal colombiano.

12 Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 noviembre de 2012. Párrs. 142 y 143; Convención de Viena arts. 26 y 27; Art. 1º PIDCP; Art. 2, 93, 94 y 214 CN.

13 DUCEJ, y RIEGO R. Op. cit. Pp. 14 y ss.

I. DETENCIÓN PREVENTIVA: PENA ANTICIPADA

Sin rodeos debemos señalar que la DP es una pena anticipada sin juicio¹⁴, calificada de esta forma desde el pensamiento ilustrado, cuando por virtud de las necesidades procesales, acabó siendo justificada¹⁵. Casualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”) plantea en reciente Informe, que el empleo cada vez mayor de la privación de la libertad como mecanismo de control social, implica que la prisión preventiva en esos casos de justicia expedita sea utilizada como una pena anticipada, desnaturalizándose por completo su finalidad procesal cautelar¹⁶.

14 SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Op. cit. Pp. 129 y ss.

15 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Trotta, 1997. Pp 553.

16 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión OEA/Ser. L/V/II. Documento. 46/13. 30 diciembre de 2013. Párr. 86. Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

Es más, en el referido informe que se ocupó del caso colombiano y otros Estados, sostiene que la prisión preventiva es utilizada como “factor de extorsión” y “herramienta de investigación” para forzar a los procesados a que colaboren aceptando cargos y delaten¹⁷.

Bajo el eufemismo del carácter procesal, actualmente, el uso desmedido de la DP pervierte el referente limitador de las finalidades constitucionales de las medidas de aseguramiento, dado que sus criterios cada día son más expansivos¹⁸, cuando inicialmente fueron considerados como un presupuesto acotante, a tal punto que podían darse los presupuestos formales y sustantivos para la imposición de una medida de aseguramiento, pero por razones de los criterios finalísticos podría resultar innecesaria la medida¹⁹.

Este carácter sustancialista de la medida de aseguramiento, tanto en otrora como en el presente, es confesado sin rubores por altas Cortes del país, cuando han sostenido que las finalidades (reales como las latentes) de la detención, procuran “afianzar la tran-

17 Ibidem. Párrs. 63, 82, 268, entre otros.

18 Cfr. VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Universidad de Antioquia. Medellín, 2012.

19 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En igual sentido C-549 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

quilidad jurídica y social de la comunidad²⁰”; o “la prevención especial y la reinserción social (...)”, pues “desde el punto de vista de la prevención general la sociedad debe quedar notificada que la comisión de ciertos comportamientos, dada su particular gravedad, merecen ser tratados de manera drástica...²¹”.

De esta manera se tiene, sin reticencias, que la DP es una negación del principio de inocencia y cuando se impone, *materialmente*, lo que se hace es anticipar una pena a alguien que nuestro Estado de Derecho califica de presunto inocente; luego esa injerencia equivale a una pena, a tal punto que la primera causal de libertad provisional establecida en la Ley 906 de 2004 es precisamente el cumplimiento de la pena en DP.

El compromiso de la defensa pública no es otro que empadronar los estándares internacionales para reducir la brecha de su incorporación formal frente a su observancia material en los diferentes casos donde están comprometidos los derechos humanos, y mucho más ahora, dadas las contrarreformas al sistema penal de corte acusatorio, que procuran mayo-

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-695 de 2013 Op. cit. , remitiéndose a la C-774 de 2001 Op. cit.

21 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Providencia 16 de julio de 2002. Rad. 19.659. M.P. Jorge Córdoba Poveda. Aclaración de voto: Fernando Arboleda Ripoll y Carlos Mejía Escobar.

res niveles de encarcelamiento y producen impactos mediáticos a los problemas de seguridad ciudadana.

En consecuencia, si desde una valoración material, la detención preventiva constituye una pena anticipada, procurar que su aplicación sea la *ultima ratio* dentro del proceso penal constituye una inaplazable tarea de la defensa pública en Colombia.

II. *CORPUS IURIS* DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La anterior frase acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”)²² comprende el conjunto de estándares normativos internacionales como los tratados, convenios, resoluciones y declaraciones, razón por la cual constituyen todo un acervo o “conjunto de valores culturales” normativo de incuantificable riqueza y, particularmente, viviente, como las decisiones de instancias internacionales como la Corte IDH, la CIDH (en adelante “Comisión IDH”), el Comité DHG (en adelante “CDHG”) o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”), entre otros, cuya jurisprudencia y recomendaciones

22 Ver Opinión Consultiva OC 16 de 1999 sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párrafo 16.

tienen fuerza vinculante²³ en tanto fueron creadas para interpretar con autoridad el alcance de los tratados de derechos humanos²⁴.

En consecuencia, es deber de todos los operadores del sistema penal aplicar este conjunto de instrumentos conforme a los artículos 9, 93-2, 94 y 214 Constitucional; en función del compromiso de respetar los tratados y por virtud del principio “Pact Sunt Servanda²⁵”. Especial mención merecen aquí las reglas de interpretación de los tratados sobre Derechos Humanos consignadas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), y los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: subsidiariedad, progresividad, no regresión, pro persona, posición preferente de los derechos fundamentales

23 Corte Constitucional (T-568/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-553/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-558/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-786/03 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-327/04 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-524/05 M.P. Humberto Sierra Porto, T-435/09 M.P. Jorge Pretelt Chaljub; T-367/10 M.P. María Victoria Calle; T-585A/11 M.P. Luis Vargas Silva).

24 UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad. Derechos Humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura. 2006. Pp. 90 y ss. También, Corte Constitucional Tutela 568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, al señalar que las recomendaciones internacionales son obligatorias cuando “estén en relación conexa e inescindible con los convenios, en razón a que la fuerza vinculante de un tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta aplicación de la respectiva recomendación; “T-568/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz; en la misma línea T-553/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-558 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-786/03 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-327/04 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-524/05 M.P. Humberto Sierra Porto, T-435/09 M.P. Jorge Pretelt Chaljub; T-585A/11 M.P. Luis Vargas Silva.

25 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Art. 26. “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; art. 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

-preferend freedoms-y de igualdad y no de discriminación²⁶.

Recordemos que fue a partir de una sentencia de la Corte IDH²⁷ que nuestra Corte Constitucional²⁸ comienza a variar su jurisprudencia sobre los derechos de la víctima, en tanto no tienen un interés exclusivamente patrimonial sino también a la verdad y a la justicia, como ejemplo paradigmático y muestra irrefutable de la vinculatoriedad y aplicabilidad de las decisiones de las cortes internacionales de justicia en la construcción de la jurisprudencia patria.

Pues, bien, nos concentraremos en relacionar los principales estándares que se desprenden del Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo denomina el profesor O'Donnell, atinentes, específicamente, a la DP, y para ello seguiremos de cerca el último informe de la CIDH²⁹, sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, que constituye un valioso insumo en tanto el mismo procura contribuir a la disminución de los índices de

26 GONZÁLEZ MARÍN, Adelina y MONTES BETANCOURT, Brenda (Coordinadoras). Taller "Práctica constitucional en materia de derechos humanos". Manual del Facilitador. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia A.C. Primera edición. México D.F. 2013. Pp. 36 y 37. En: <http://issuu.com/sinnerperla/docs/prctica-constitucional-en-materia> (Consultado Mayo 9 de 2014).

27 Corte IDH. Caso Barrios Alto vs. Perú. Sentencia del 14 marzo de 2001 (Chumbipupa Aguirre y otros vs. Perú).

28 Corte Constitucional C-228/02 M.P. Manuel Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

29 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit.

personas detenidas preventivamente sin condena y al cumplimiento de las obligaciones internacionales por medio de los estándares y recomendaciones que proporciona.

Por otra parte, las numerosas sentencias del Consejo de Estado en materia de reparación por detenciones arbitrarias e ilegales³⁰ conducen a observar estas recomendaciones vinculantes que constituyen un problema crónico en nuestro país y en otros de la región, pues el uso excesivo de la prisión preventiva es una disfuncionalidad del sistema causante, entre otros problemas: del hacinamiento carcelario³¹, vulneración de derechos fundamentales, como la dignidad, salud e integridad personal. Este punto, ha sido considerado como uno de los factores a tener en cuenta en la aplicación generalizada de la prisión preventiva en tanto no solo implica afectaciones concretas para los encarcelados, sino que comporta importantes costos financieros para los Estados,

30 Para el efecto el completo y serio estudio de GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. “*Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad*”, Documentos Especializados No. 9, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. 2014. En: http://www.defensajuridica.gov.co/gestión/publicacionesandjc/Documents/cartilla_n9_esquema_decision_190614.pdf

31 DEL VILLAR DELGADO, Donaldo. “Estándares vinculantes con la situación carcelaria”. En: <http://www.zonacero.info/index.php/opiniones/48080-estandares-internacionales-vinculantes-con-la-situación-carcelaria> (Consultado marzo 11-14); Cárceles a merced del fuego. El Heraldo. 21 de junio de 2014. En <http://m.elheraldo.co/columnas-de-opinion/carceles-merced-del-fuego-156754> (consultado julio 16 de 2014).

resaltándose por parte de la CIDH la situación de Colombia³².

Los organismos internacionales ejercen constantemente monitoreos a través del Comité de Derechos Humanos (HRC), el Comité contra la Tortura (CAT), el Subcomité contra la Tortura, el Grupo de Trabajos sobre las Detenciones Arbitrarias (GTDA), y el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (RT), al igual que otras organizaciones calificadas como el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), destacando los problemas estructurales relacionados con el respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad, especialmente, el de los presos y presas sin condena, dando cuenta de las causas de estos problemas, entre otras: diseño legal, dilaciones procesales, ausencia de asesoría legal adecuada, amenaza a la independencia judicial, influencia de la opinión pública, y la tendencia a no utilizar otras medidas distintas a la detención.

La precisión de las anteriores causas de los presos y presas sin condena constituye un estándar interna-

32 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Op. cit. Párr. 129.

cional de connotada vigencia, en tanto se trata del informe de la Reunión de expertos de alto nivel (de América Latina y el Caribe) sobre la revisión de las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos**, celebrada del 3 al 5 de agosto de 2011 en Santo Domingo, República Dominicana, párrafo 9 al 14 (UNODC).

En la Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciarias y Carcelarias (18-09-12), se apremió a los Estados Miembros de la OEA a la aplicación de la prisión preventiva de acuerdo con las normas debido proceso, los principios de excepcionalidad y proporcionalidad.

La CIDH ha planteado que el uso excesivo de la prisión preventiva es contraria a la esencia misma del Estado Democrático³³ y, particularmente, que constituye pena anticipada su uso instrumentalizado como forma de justicia expedita.

Existe un principio prolongadamente incorporado en el sistema interamericano, formulado por primera vez por la Corte IDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras³⁴ consistente en que “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que

33 CIDH Comunicado de prensa 2313, del 5 abril de 2013.

34 Del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 154. Reiterada Corte IDH Caso YVon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 6 mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 38.

puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.

Aquí la expresión “Derecho”, para efectos internacionales, debe ser entendida de conformidad con las expresiones “Derecho nacional o internacional” del artículo 15 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y “Derecho aplicable” del artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que comprende sin duda alguna el *Corpus iuris* del que anteriormente se ha hablado. Tal concepto es más complejo que la palabra “ley”, de tal manera que, Derecho es el resultado de la ley interpretada de conformidad con el Bloque de Constitucionalidad, tal como se ha precisado en Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011, proferidas por la Corte Constitucional.

Debe reivindicarse el equilibrio entre garantías individuales y eficiencia del sistema penal³⁵, el cual, en la actualidad se encuentra desequilibrado en perjuicio de las primeras. La jurisprudencia del Tribunal

35 Así Corte Constitucional en Sentencias C-412 de 1993, C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-979 de 2005. También así GUERRERO PERALTA. Ob. Cit, p. 12 y DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 28 y ss.

Constitucional Español es enfática en precisar que la detención provisional “es una medida excepcional que se justifica como la respuesta más razonable a una situación en la que se impone la necesidad de optar entre el derecho a la libertad de una persona que no ha sido declarada culpable, de una parte, y el aseguramiento, de otra, de la administración de justicia penal³⁶”; por su parte, la doctrina afirma que se trata de “una institución situada entre dos deberes estatales, el de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y, por el otro lado, el de proteger la libertad del ciudadano³⁷”.

Esta compleja y problemática situación conduce, indiscutiblemente, a tener como referentes inexcusables al conjunto de estándares internacionales decantados en la normativa y jurisprudencia internacional³⁸, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y se encuentran elevados a la categoría de principios rectores del procedimiento penal, atendiendo a que por su carácter priman sobre las demás normas y ellas deben ser interpretadas de conformidad con dichos criterios (artículos 2º, 9º y 24 de la

36 Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas. Jurisprudencia esencial, Granada. Editorial Comares, 2000. Pp. 128.

37 ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional, Navarra. Thomson-Aranzadi. 2005. Pp. 410.

38 Así DUCE, J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 9 y ss.

Ley 600 de 2000 y 3º, 10, 26 y 27 de la Ley 906 de 2004) tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencias C-774 de 2001 y C-775 de 2003, última en la que se afirmó que las normas o principios rectores “contienen postulados básicos, la filosofía y la orientación del sistema penal, y están destinadas a regir y guiar la interpretación y aplicación de las normas penales, de tal manera que los diversos desarrollos guarden plena coherencia con estos postulados”.

Así entonces, como dice la doctrina española, se impone, por virtud de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y por la fuerza vinculante compulsiva de la Constitución Política, una revisión de la **“interpretación judicial”** sobre la detención provisional, donde obre como “principio hermenéutico rector el principio de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertate*”, de tal modo que la figura procesal tenga **“legitimidad constitucional”** y no se convierta en mera retórica judicial³⁹.

No puede ser menos si se concibe, como lo hacen la moderna doctrina y la jurisprudencia, que “el derecho procesal penal es fundamentalmente derecho

39 ORTELLS RAMOS y TAPIA FERNÁNDEZ. Op. cit. Pp. 410 a 413.

constitucional aplicado⁴⁰”; en consecuencia, como lo afirma paradigmáticamente la Corte IDH, “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún 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 proporcionalidad⁴¹”.

Un ejemplo paradigmático del tratamiento del derecho procesal penal como ciencia, vinculada con la Carta Política y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, es la magna obra de BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT⁴² –actual Fiscal General de la Nación–, donde se pone de presente la necesidad de ir más allá de la letra de la ley procesal e interpretarla de conformidad con el Bloque de Constitucionalidad⁴³. Resulta de verdad desconcertante que la realidad y la praxis judicial se muestren adversas por el momento a comprender, entender y aplicar dichas enseñanzas.

40 DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 20 y ss. Muy especialmente pp. 26 a 28. Así también se desprende de CAFFERATA NORES. Op. cit. Pp. 4 y ss

41 Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, sentencia de noviembre 25 de 2000, párrafo No. 139.

42 Cfr. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Quinta edición. 2004. Pp. 72 y ss

43 CRUZ BOLÍVAR. Op. cit, P. 75.

Con toda razón, pues, en Colombia CRUZ BOLÍVAR sentencia que todo el ámbito de la privación de la libertad está “*acorralado*” constitucionalmente⁴⁴.

Significa lo anterior que la interpretación de la ley en materia de afectación de la libertad individual debe hacerse de forma “muy restrictiva⁴⁵”.

En la temática de las medidas restrictivas de la libertad siempre se aprecia una tensión, necesario reconocerla para llevar a cabo una interpretación correcta, entre los derechos individuales del procesado y los derechos a la represión de los delitos y al interés general y público en los procesos, empero, como ello no viene resuelto por la ley sin más ni más, el intérprete debe acudir al principio de *pro homine*.

La llamada interpretación *pro homine* o *pro libertate* cumple un papel decisivo cuando el derecho fundamental al debido proceso pueda verse en oposición a otro valor constitucional, especialmente como sucede con el referido al interés general, tensión siempre visible cuando a aquel se antepone justicia como sentimiento de percepción ciudadana y eficacia. No hay duda que allí debe imponerse siempre, y en todo caso, la noción de debido proceso:

44 CRUZ BOLÍVAR. Op. cit, P. 75.

45 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra. Thomson-Aranzadi, 2004. P. 816. También CRUZ BOLÍVAR. Op. cit. Pp. 77 y ss.

Esta Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5º). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los inte-

reses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general *prima* siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, **los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo** contra el bienestar colectivo pues "condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías —y a esas minorías radicales que son las personas— de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado". (Resaltado fuera de texto) Sentencia T-669 de 1996⁴⁶.

46 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-784 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES VINCULANTES

1. Presunción de inocencia⁴⁷

Su amplio reconocimiento evidencia su valor ideológico y político en el Estado Constitucional de Derecho como un derecho de carácter absoluto que permanece incólume durante todo el proceso y, por consiguiente, antes que de presunción de inocencia hay que considerar es el estado jurídico de la inocencia, el cual no requiere construirse, porque le pertenece al ciudadano seleccionado por el poder punitivo⁴⁸; es decir, como lo sostiene Binder, este principio

47 Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI); Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Principio 36); PIDCP (14.2); CADH (art. 8.2); Carta Africana art. 7 núm. 1 lit. b; Art. 66 CPI; Estatuto de Ruanda art. 20 núm. 3; Convenio Europeo art. 6 núm. 2; Estatuto de Yugoslavia art. 21 núm. 3; Reglas Europeas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 84 núm. 2; 95 núm. 3); Art. 29 inciso 4° CN; Art. 7° Ley 906 de 2004; Corte Constitucional, Sentencias C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Suprema de Justicia. Rad. 14.636 del 4 abril de 2003 M.P. Fernando Arboleda Ripoll; Rad. 16.834 del 31 Julio de 2003 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, Rad. 26.909 del 24 junio de 2009 M.P. Julio Socha Salamanca.

48 Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva (Límites constitucionales). San José de Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997. Pp. 151.

expresa “el status básico de un ciudadano sometido a proceso. Él llega al proceso con un status que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad”⁴⁹.

Este principio **implica** que (i) la carga de la prueba corresponde al Estado; que (ii) el imputado debe ser tratado como inocente, que para los efectos de este trabajo implica que las medidas de aseguramiento estén desprovistas de arbitrariedad y/o ilegalidad, de acuerdo al artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH); (iii) que como regla general afronte el proceso en libertad; (iv) que de ser adoptada la DP, el estatus jurídico de inocente no se pierde, pues este permanece incólume hasta que el fallo condenatorio quede en firme⁵⁰ y (v) que la DP debe

49 BINDER, A. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 1999. Pp. 125. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español enfatiza que, para destruir esa presunción de inocencia, al menos provisionalmente, se requiere que la misma se fundamente en “**indicios racionales**”: entre otras, Sentencias Nos. 76 de 1997; 44 de 1997 y 177 de 1998: Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. Op. cit. Pp. 144 y 145.

50 Corte Constitucional. C-395 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-634 de 2000 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-371 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-289 de 2012 M.P. Humberto Sierra Porto (“La presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad”). También en: Corte IDH. Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 noviembre de 1997. Fondo. Párrs. 70 y 71; Caso Tibi vs. Ecuador. Párr 169; Comisión IDH, Informe 64/99 Párr. 89; también cfr. Prisión preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate, CEJA, 2013, pág. 100,102.

“70. El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo”. “71. Considera la Corte que

estar apoyada en límites estrictamente necesarios de justificabilidad y de razonabilidad, criterio este último que impide mantener privada de la libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de los fines que justifican su detención, pues lo contrario equivale a una pena anticipada⁵¹.

Por tal razón el Principio No. 39 del “**Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988 establece:

*Excepto en 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. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención (Resaltado fuera de texto).*

el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción... y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse...”.

51 Corte IDH. (i) Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1º de febrero de 2006, Serie C. No. 141, párr. 69; (ii) Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 129, párr. 111, entre otros. En: CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. Párrs. 134 y 135.

Las anteriores consideraciones permiten vincular este estándar con el principio de legalidad en la imposición de las medidas restrictivas o privativas de la libertad, cuyo reconocimiento en nuestro ordenamiento aparece consagrado en la Constitución⁵², ley⁵³ y Bloque de Constitucionalidad⁵⁴.

Este estándar **exige** que el juez aborde la causa sin ningún tipo de prejuicios, como por ejemplo, no suponer a priori que el acusado es culpable; y que la sentencia de condena esté soportada en un conocimiento más allá de todo duda razonable.

Cuando verdaderamente se asumen sus **consecuencias**, el presente estándar conlleva a que frente a la DP se conozcan las razones fácticas y probatorias legítimas que la justifican en una forma clara y motivada⁵⁵; no restringir la libertad más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar el proceso;

52 Art. 4º “la Constitución es norma de normas...”; 6. “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”; 28 “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 un motivo previamente definido en la ley”; 29 inciso 2 “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”.

53 Art. 6º Ley 906 de 2004.

54 Arts. 3, 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 1º Declaración Americana; Art. 7.2 de la Carta Africana; Arts. 20, 22 de la CPI; arts. 4º, 9º, 14.1, 14.7 del PIDCP; art. 7, 8 núm. 1, 9, de la CADH; artículo 5, 7, 15.2 del Convenio Europeo; artículo 4 del Séptimo Protocolo del Convenio Europeo; artículo 10 del Estatuto de Yugoslavia; art. 9 del Estatuto de Ruanda.

55 Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C. No. 207, párr. 144. En: CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. Párr. 137.

interpretarse restrictivamente en virtud del principio *pro homine o pro libertate*; no prolongar excesivamente la DP, pues aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia, convirtiéndose en burla para alguien que todavía es inocente. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español afirma contundentemente que el ámbito de la detención provisional comporta un **“fuerte potencial argumentativo pro libertate subyacente”**⁵⁶.

De igual manera el estándar en cuestión conlleva a no codificar la actividad del Juez imponiéndole forzosamente dictar DP por: el tipo de delito; la expectativa de la pena o mera existencia de indicios de responsabilidad, con lo cual el legislador limitaría valorar su procedencia de acuerdo con los criterios de la dogmática penal, necesidad constitucional y característica del caso específico⁵⁷.

En este sentido nuestra Corte Constitucional, en las Sentencias C-1198 de 2008⁵⁸, C-318 de 2008⁵⁹ y C-695 de 2013⁶⁰, consideró que valorar únicamente las razones de gravedad y modalidad de la conducta

56 Entre otras, Sentencia No. 66 de 1997: Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. Op. cit. Pp. 135.

57 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. 137 y 239.

58 M.P. Nilson Pinilla.

59 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

60 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

desconocería los principios de libertad, legalidad y necesidad de las medidas de aseguramiento.

La Corte Europea considera, también, que la presunción de inocencia se vulnera si antes de la sentencia alguna resolución refleja la idea de que la persona es culpable⁶¹; cuando se presentan a los indiciados, imputados, acusados como culpables en los medios de prensa⁶².

Casualmente, este es un deber de los servidores públicos en Colombia, consistente en “abstenerse de presentar en público al indiciado, imputado o acusado como responsable” contemplado en el artículo 138 núm. 6 Ley 906 de 2004, que debe leerse en clave con el artículo 45⁶³ de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Ginebra. 1955. ONU⁶⁴.

61 Cfr CrEDH, *Case of Allenet de Ribemont v France* (Application No. 15175/89), Sentencia del 10 de febrero de 1995 (Sección Segunda de la Corte), párr. 33; CrEDH, *Case of Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain* (Application No. 10590/83), Sentencia del 6 de diciembre de 1988 (Pleno de la Corte), párr. 91. En: CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. párr. 139.

62 CrEDH, *Case of Allenet de Ribemont v. France* (Application No. 15175/89). Op. cit., párrs. 36 y 37. En el mismo sentido, véase también: ONU, HRC, Communication No. 770/1997, *Dimitry L. Gridin v. Russian Federation*, decisión del 18 de julio de 2000, CCPR/C/69/D/770/1997, párr. 8.3. En: *Ibidem*, párr. 139.

63 “Cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otros, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad”. Al respecto solicitud de ilegalidad de la captura presentada por el doctor Donaldo del Villar, en el caso Rad. 1100160009620120014300. 15 noviembre de 2013.

64 Al respecto ver: “Exhibición en medios de comunicación de víctimas del delito y de personas detenidas y/o bajo responsabilidad del Ministerio Público en México”. Informe elaborado, por varias instituciones de aquel país, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de una audiencia temática, de fecha marzo de 2013. En: www.odisea.org.mx/centro.../derechos.../CIDH_exhibicion_personas.pdf

Pero además la CIDH ha señalado que los Tribunales Internacionales de Justicia tienen dicho que **“las filtraciones a la prensa por parte de los órganos encargados de administrar justicia ... antes de que el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa vician el proceso gravemente y pone en serias dudas la imparcialidad de las autoridades judiciales⁶⁵”**, en tanto se viola la presunción de inocencia.

También se deriva de la presunción de inocencia el deber del Estado de asegurar la separación efectiva entre procesados y condenados, y de que los absueltos en primera instancia deben ser puestos en libertad, pero más allá de esto nosotros plantearíamos que el trato humano que debe garantizársele a los detenidos preventivamente va en contravía con nuestro estado actual de hacinamiento carcelario, razón por la cual en virtud de este principio, mientras se prohíbe internamente la ocupación de los establecimientos carcelarios por encima del número de plazas correspondientes, los jueces debieran adoptar remedios adecuados para frenar y revertir esta situación tal como se recomienda por la Comisión IDH en su último informe 46/13, párr. 326 literal a) núm. 10. Tal medida es adoptada

65 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 50 de abril 13 de 2000, Caso 11.298, REINALDO FIGUEREDO PLANCHART vs República Bolivariana de Venezuela, párrafo No. 140.

en Colombia por los guardianes del INPEC con la denominación “operación reglamento” (El Heraldo, 2014-08-22: “guardianes del INPEC entran en para”).

La inobservancia de los anteriores presupuestos conlleva a la violación del principio de presunción de inocencia y a una imposición arbitraria del detentivo. Este concepto de arbitrariedad que establece el PIDCP en su artículo 9.1 no solo incluye las detenciones contrarias a la ley sino que debe interpretarse más ampliamente, a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como el principio de las garantías procesales⁶⁶. Por su parte, la CIDH enseña tres formas de detención arbitraria: la extralegal (la ordenada por el ejecutivo o paramilitares) la que viola la ley, y las que constituyen abuso de poder, aun cuando se efectúen conforme a la ley⁶⁷.

Pero no debe dejar de mencionarse que, también, se viola el principio de presunción de inocencia cuando se lleva al procesado y a la defensa a controvertir ciegamente un material probatorio del cual tiene exclu-

66 Comité de Derechos Humanos, caso Albert Womah Mukong c. Camerún, (458/1991), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D458/1991, párr. 9.8. (El autor es periodista, escritor y activista político en Camerún y estuvo detenido (en dos ocasiones) e incomunicado en condiciones indignas, adquiriendo bronquitis; le negaron los hábeas corpus, etc. El Comité resolvió que la detención fue degradante, humillante y cruel. Además, arbitraria. La detención no solo debe ser lícita sino razonable y necesaria. Aquí no hubo ni lo uno ni lo otro).

67 Cfr. Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional. España. Vía internet: <http://www.amnesty.org/fr/human-rights-education/resource-centre/download/POL30,002,1998/es/pdf>. Pp. 39 (Consultado marzo 18 de 2014).

sivo conocimiento la Fiscalía, lo cual viola también estándares internacionales.

En los **“Principios Básicos sobre la Función de los Abogados”**, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990)”, a través de los cuales se especifica y concreta el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice **–Principio No. 21–**, que:

Las autoridades competentes tienen la obligación de velar porque los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible.

La defensa adecuada, para que responda al concepto de debido proceso, tiene que llevarse a cabo en el marco de un **proceso transparente** (párrafo 134), que implica que **“una persona investigada se defiende con propiedad ... con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente”**, sin que se pueda enten-

der que el **“sumario sea una etapa procesal secret[a] o un antejuicio de méritos”** (párrafos 102, 112 y 114)⁶⁸, conceptos reconocidos como obligatorios al aceptarse el carácter vinculante de los órganos internacionales de supervisión como la CIDH⁶⁹.

Así también, refiriéndose a “un acceso temprano a la información de cargo por parte de los imputados y defensores”, lo reclaman los procesalistas modernos y lo acepta la praxis judicial chilena al permitir el “acceso a la carpeta del Ministerio Público” y el “derecho a obtener copia de dichos antecedentes”, incluso se plantea la posibilidad de acceder a las actuaciones de la Policía de investigación⁷⁰.

Este secretismo limitador de las garantías y del caca-reado principio de igualdad de armas, con el cual se vendió la idea de un sistema más garantista, repele a la práctica diaria en los estrados judiciales, especialmente, ante las indagaciones prolongadas ante Fiscalía. Casualmente, esta situación, ha sido censurada loablemente, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, para garantizar el acce-

68 CIDH, Informe No. 50 de abril 13 de 2000, Caso 11.298, Reinaldo Figueredo Planchart vs. República Bolivariana de Venezuela. Op. cit.

69 Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001.

70 DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 81 y ss. Muy especialmente 126 a 128.

so a la información, evidencias, medios probatorios y expedición de copias en la indagación⁷¹.

Por eso es importante que la defensa pública tenga presente estos estándares internacionales y todo el *corpus iuris* internacional del derecho de defensa⁷² en sus prácticas litigiosas, que en cierta forma han sido receptados por valiosa jurisprudencia constitucional antes⁷³ y después⁷⁴ —, en relación con la activación del derecho de defensa y la oportunidad de acceder materialmente al expediente o a la carpeta—, del Acto Legislativo 03 de 2002 y Ley 906 de 2004 de la incorporación del proceso penal de corte acusatorio y las sugerencias que en esta materia ha planteado la doctrina nacional⁷⁵.

71 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL., Sentencia T-11001-02-03-00-2011-00497-00 de marzo 24 de 2011 M.P. Edgardo Villamil Portilla.

72 Art. 14,3.b del PIDCP; art. 8,2.c de la CADH; art. 6,3.b del Convenio Europeo; párr. 2.E.1 de la Comisión Africana, art. 21.4.b del Estatuto de Yugoslavia, art. 20,4,b del Estatuto de Ruanda, art. 67.1.d del Estatuto de la CPI. El derecho a disponer de los medios adecuados para preparar la defensa exige que la persona pueda acceder a la información adecuada para preparar su defensa. Casualmente la Comisión Europea ha establecido que el derecho a disponer de los medios adecuados lleva implícito el acceso razonable a los expedientes (Comisión Europea, Causa contra Austria 7138/75, 5 julio de 1997, 9 DI 50). Si lo anterior no fuera suficiente, para ello debe consultarse el principio 21 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Estas informaciones deben facilitarse sin demora y en el más breve plazo, conforme a los anteriores estándares internacionales. En consecuencia, corresponde hacer una pedagogía reforzada para que este descubrimiento no se limite exclusivamente a determinados estancos procesales, para que el proceso acusatorio colombiano sea “*con todas las garantías*” como aparece previsto desde el Acto Legislativo 03 de 2002.

73 Corte Constitucional. Sentencias C-150/93 M.P. Fabio Morón Díaz, C-412/93 M.P. Eduardo Cifuentes, C-790/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-131/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-033/03 M.P. Eduardo Montealegre, C-096/03 M.P. Manuel Cepeda.

74 Corte Constitucional. Sentencias C-591/05 M.P. Clara Inés Vargas, C-799/05 M.P. Jaime Araújo, C-1154/05 M.P. José Cepeda, C-210/07 M.P. Marco Monroy Cabra, C-186 de 2008 M.P. Nilson Pinilla, C-536 de 2008 M.P. Jaime Araújo Rentería; T-920/08 M.P. Clara Inés Vargas, Jaime Araújo y Manuel Cepeda; C-025 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

75 SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Op. cit. Pp. 66 a

2. Excepcionalidad⁷⁶

La naturaleza excepcional de la prisión preventiva está estrechamente relacionada con el derecho a la presunción de inocencia. La razón de ser de su uso excepcional obedece casualmente al hecho de que es la más rigurosa que se pueda imponer a un imputado, dado que implica su encarcelamiento, con todas las consecuencias reales que esto conlleva para él y su entorno familiar.

Al respecto, la CIDH (46/13 párr. 140), apoyándose en el concepto del Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, reconoce, que si bien la DP es precautoria y efímera, de cara a la realidad, no difiere en nada de la prisión punitiva: ambas son privaciones de la libertad, se desarrollan en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y otras repercusiones devastadoras. De allí que sea precisó ponderar seria-

71, y específicamente el acápite de recomendaciones, Pp. 213 a 217.

76 CADH (Art. 7 núms. 3 y 5); PIDCP (Art. 9 núm. 3); Declaración Americana (Art. XXV); Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principio III.2); Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Regla 6.1). El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. (Párr. 2 Principio 36); Art. 28 CN; Art. 295 Ley 906 de 2004. Ley 1709 de 2014 art. 1° (con mejor redacción que en la Ley 906 de 2004, contemplándose así: “La detención preventiva de las personas que están siendo investigadas o juzgadas es excepcional”); Corte Constitucional. C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

mente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva⁷⁷.

La Corte IDH ha venido reiterando desde hace tiempo que: “su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, legalidad y proporcionalidad⁷⁸”. Este principio de excepcionalidad tiene amplio reconocimiento en los siguientes instrumentos: CADH (artículo 7º numerales 3 y 5); en la Declaración Americana (art. XXV); en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (CIDH, Resolución 1/08, principio III.2)⁷⁹; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Regla 6.1)⁸⁰.

De los anteriores instrumentos, con acierto, la CIDH en el informe aludido (46/13) señala que “el estar en libertad mientras dure el proceso penal es un derecho del acusado, y como tal solo puede ser

77 Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Op. cit. Serie C. No. 141, Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 18.

78 CIDH. Informe No. 86/09. Caso 12.553. 6 agosto de 2009. Párr. 94; Informe No. 12/96 Caso 11.245 del 1º marzo de 1996 párr. 84.

79 La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que solo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.

80 “En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso”.

restringido de manera excepcional, pues no se trata de una prerrogativa o beneficio sino de un derecho”.

La excepcionalidad, en consecuencia, implica el menor impacto y procedencia en la afectación de la libertad y, por otra parte, su transitoriedad, es decir, su duración debe ser breve y precisa. En este sentido son visibles las contrarreformas a la Ley 906 de 2004, que establecía plazos concretos frente a personas privadas de la libertad, de cara a la Ley 1142 de 2007 y 1453 de 2011, que aniquilaron el principio de transitoriedad o temporalidad de la DP, dejando vacíos en varios escenarios del devenir procesal, y transformando en arbitraria una medida inicial.

Sin hesitación alguna, las anteriores circunstancias equivalen a anticipar la pena, y desconocen estándares internacionales de la Corte IDH, que conforme al “artículo 7.5 de la CADH garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar (...). Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que

aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad⁸¹”.

De esta manera tenemos que toda medida cautelar se impone en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos, esto es, cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse, a través del juicio de alternatividad, que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Su vigencia, en consecuencia, resulta legítima hasta cuando cesen los motivos que originariamente la habían sustentado, de lo contrario resultaría arbitraria⁸². Este criterio opera tanto para la imposición como para evaluar la pertinencia de su prolongación en el tiempo. En este sentido, el artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos humanos, equivalente al 7.5 de la CADH, establecen la obligación de considerar medidas alternativas que aseguren la comparecencia al juicio. Por tanto, en estas decisiones debe reali-

81 Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008.

82 ONU, HRC, Communication No. 1547/2007, Munarbek Torobekov v. Kyrgyzstan, decisión del 27 de octubre de 2011, CCPR/C/103/D/1547/2007, párr. 6.3; ONU, HRC, Communication No. 1369/2005, Felix Kulov, decisión del 26 de julio de 2010, CCPR/C/99/D/1369/2005, párr. 8.3. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina. Op. cit. Serie C. No. 187, párr. 74.

zarse ese juicio de alternatividad indicando (la Fiscalía o la víctima) por qué aquellas no son suficientes en razón de que conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debería ser la *ultima ratio*, es decir, la última vía a que debiera recurrirse cuando las otras medidas menos gravosas no sean suficientes para garantizar los efectos del proceso. Todo esto se armoniza con el principio de excepcionalidad y con el derecho a la presunción de inocencia, lo cual, se insiste no pugna con los derechos de la víctima, en tanto es propio de la naturaleza y propósitos de la prisión preventiva en el Estado Constitucional de Derecho. Al respecto de las medidas alternativas pueden consultarse las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y el Manual de Principios Básicos y Prácticas Prometedoras a las Alternativas de Encarcelamiento.

Sobre el particular creemos necesario destacar el resultado del trabajo adelantado por los comisionados que integraron “la Comisión Asesora de Política Criminal”, quienes sobre este principio, discurrieron de la siguiente manera en su informe:

“La detención preventiva es, de acuerdo con el sistema jurídico colombiano e internacional, una medida que se puede tomar excepcionalmente en el curso del proceso. No obstante, el sistema jurídico colombiano y la

práctica judicial parecen no respetar este principio, y por ello si bien ha habido una tendencia a la reducción del porcentaje de personas privadas de la libertad que están bajo detención preventiva, dicho porcentaje, que tiende a ser superior al 30%, sigue siendo muy alto.

Más allá de las “verdades estadísticas”, la Comisión considera que se deben incrementar los esfuerzos para reducir la prisión preventiva, por los efectos estigmatizadores y de conformación de carreras criminales que tiene el hecho de ingresar a la cárcel antes de la declaración de responsabilidad, y porque una medida de detención preventiva tiene efectos —que es preciso medir— en el principio de presunción de inocencia y puede mover a los jueces a dictar sentencias condenatorias contra quienes se encuentran privados de la libertad anticipadamente.

El principio de excepcionalidad de la detención preventiva ha venido perdiendo terreno y por ello es necesario revisar concienzudamente el tema con el fin de reducir los casos en los que la medida cautelar de internamiento carcelario sea la única admisible ⁸³”.

83 Cfr. Comisión Asesora de Política Criminal. Informe Final. Diagnóstico y propuestas de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012. Ministerio de Justicia y del Derecho; APC Colombia; Unión Europea. Pp. 67. En: http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL.23NOV.pdf (Consultado mayo 10 de 2014).

3. Proporcionalidad en términos de “inequivalencia”⁸⁴

La proporcionalidad implica analizar si el objetivo que se persigue, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad. El sentido convencional⁸⁵ de este principio tiene dos perspectivas:

- a) La diferencia intrínseca entre la DP como medida cautelar impuesta a una persona que el Estado presume como inocente y la privación de la libertad derivada de una condena. En este sentido el Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Quiere decir que no debe imponerse cuando no

84 (i) Caso López Álvarez vs. Honduras. Párr. 67 (“La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”); (ii) Caso Peirano Basso vs. Uruguay. Párr. 109 (“Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a esta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza”); (iii) Caso Barreto Leyva vs. Venezuela. Párr. 122 (“Una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en el caso de la condena”).

85 Cfr. Corte IDH. Caso Barreto Leyva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C. No. 206, párr. 122 (funcionario del Gobierno de Carlos Andrés Pérez que fue condenado a un año y dos meses de prisión, como cómplice en un delito contra el patrimonio público y su detención además de imponerse, superó la condena).

sea posible aplicar la pena de prisión; cesar sus efectos al excederse su duración razonable; por virtud del cumplimiento de la pena; la concesión de subrogados o sustitutos penales⁸⁶, etc.

- b) Una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido: el sacrificio no puede resultar exagerado o desmedido frente a las desventajas que se obtienen frente a tal restricción⁸⁷. Es decir, debe realizarse un balanceo entre prisión preventiva, elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan.

Si no hay proporcionalidad la medida será arbitraria⁸⁸. De igual modo, resulta desproporcionada la DP cuando los jueces y tribunales no acuden a otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos⁸⁹.

Desde otra perspectiva estructural de razonamiento es válido acudir a un método compuesto de una serie de eslabones subsecuentes y preclusivos; que requieren todo su agotamiento para efectos de adoptar la

86 Art. 317 Ley 906 de 2004, modificado art. 61 Ley 1453 de 2011.

87 *Ibidem*. Párr. 122.

88 Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Op. cit. Serie C. No. 141. Párr. 77 (Persona privada de la libertad por el delito de posesión y tráfico de estupefacientes que permanece en detención preventiva por más de 6 años, y luego de las vicisitudes procesales fue absuelto).

89 CrEDH. Case of Ladent v. Poland (Application No. 11036/03), Sentencia del 18 de marzo de 2008. Sección Cuarta de la Corte, párrs. 55 y 56.

medida. Estos son los juicios de idoneidad (test de adecuación, previo a determinar que la finalidad sea constitucional y convencionalmente válida), necesidad o de intervención mínima (alternatividad-comparación) y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación).

En estado actual de nuestras cárceles, declarado como “un estado de cosas inconstitucionales⁹⁰”, constituye una razón adicional para llamar la atención a los operadores judiciales para que la imposición de una medida cautelar resulte ser **inequivalente** a la pena en su intensidad y aplicación, que no es otro que el extraordinario e innovador principio desarrollado por la procesalista Natalia Sergi, al que denomina: “principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva⁹¹”, el cual implica que una persona con medida cautelar no puede recibir el mismo trato que un condenado, evitando así que la relación encarcelamiento preventivo y sus fines sean similares a los de la institución de la pena. Este criterio ha sido acogido por la Corte IDH al sostener:

“La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad (nota omitida),

90 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes; T-296 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-256 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández.

91 SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. En: AA VV. Libro homenaje al profesor. Julio B. Maier. Editorial del Puerto. Buenos Aires. 2004. P. 136.

en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida...⁹²”.

Los profesores Alberto Bovino y Paola Bigliani consideran que en el anterior caso la Corte IDH, a su vez, ha confirmado los principios desarrollados por la CIDH en el informe 35/07 (Peirano Basso vs. Uruguay, parr. 109), receptando de manera incontrovertible la doctrina de la redefinición del principio de proporcionalidad en términos de inequivalencia entre coerción cautelar y sustantiva. De esta manera ese principio de proporcionalidad no solo es entendido como “prohibición de exceso” (enfoque tradicional) sino como limitador y protector de las personas que la ley presume inocentes⁹³.

92 Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Op. cit. Parr. 122.

93 Blog personal de Alberto BOVINO “NO HAY DERECHO”. La Corte IDH sobre el encarcelamiento preventivo. En: nohuboderecho.blogspot.com/2009/12normal.html. Consultado 17 de marzo de 2014.

En este mismo informe, o sea el 35/07, la CIDH, citando a la Corte IDH en el caso López Álvarez vs Honduras⁹⁴, destacó la jerarquía y autonomía del principio de proporcionalidad, así:

“95. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal^{95”}.

En segundo lugar, la CIDH, adecua ese principio en términos de desigualdad en dos vías: (i) en relación con la duración temporal del encarcelamiento preventivo y (ii) respecto a las condiciones en que se cumple. Veamos:

“109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada; no se le debe deparar un trato igual a esta. La medida cautelar

94 Caso-narcotráfico- en donde la Corte sostuvo que la detención, por la naturaleza de la imputación, fue ilegal y arbitraria. Sentencia 1º febrero de 2006. Párr. 67.

95 CIDH. Informe 35/07 (Caso 12.553 Fondo. Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay.

no debe ser igual a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5.4 y 6 de la CADH). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza⁹⁶”.

Y, en tercer lugar, para que no quede duda del presente estándar internacional vinculante, la CIDH señala:

176. “...La relación entre la restricción del derecho y fin precautorio de la medida no debe igualar a la pena. Esa relación debe ser lo suficientemente desequilibrada como para que no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia...⁹⁷”.

Como se puede apreciar tanto la CIDH como la Corte IDH han receptado de manera inequívoca desde el 2006 (Caso López Álvarez), 2007 (Caso Peirano Basso) y 2009 (Caso Barreto Leyva) el principio de proporcionalidad en término de inequivalencia que

96 *Ibidem.*

97 *Ibidem.*

debe operar entre la DP y la prisión, producto de la sentencia ejecutoriada.

En Colombia estamos en mora de incorporar con todo el rigor y extensión el presente estándar internacional, pues no obstante que la DP debe ser excepcional, se convierte en la práctica en la regla general, como lo corroboran las estadísticas más recientes en materia de hacinamiento carcelario⁹⁸.

A manera de propuesta y en un esfuerzo intelectual por lograr materializar estos principios y estándares internacionales que deben condicionar este tipo de audiencias preliminares, consideramos que por virtud del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, toda medida de aseguramiento intracarcelaria procedería en el evento del numeral 2 del artículo 313 del C.P.P., cuando el mínimo de la pena prevista sea o exceda de 8 años, pues no tendría sentido que la persona permanezca detenida preventivamente a lo largo del proceso para que llegado el momento de la sentencia condenatoria concederle la prisión domiciliaria.

98 Cfr. Informe Estadístico enero de 2014. INPEC. En:http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES_ESTADISTICOS/INFORME%20ESTADISTICO_%20ENEROCORREGIDO03042014.pdf Población penitenciaria y carcelaria: sindicados 37.755 (31.3%) y condenados 82.868 (68.7%). Hacinamiento carcelario: 58.6%. Sobre el “estado de cosas inconstitucional” T-153/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Cfr. “A 17 se eleva cifra de reclusos muertos, por incendio en La Modelo”. El Heraldo, Judicial, 2014-02-07. Barranquilla.

También contamos con el Decreto 177 de 2008, reglamentario de los sistemas de vigilancia electrónica, como sustituto de la prisión, cuando la pena impuesta en la sentencia no supere los 8 años de prisión, con las excepciones de los delitos que aparecen en su artículo 1º numeral 1. Luego, si ello es posible en sede de ejecución de pena, ¿por qué no lo sería al momento de la imposición de la medida de aseguramiento? En la misma línea el Decreto 1316 de 2009, y con mayor claridad, en tanto advierte que estos dispositivos electrónicos incluyen no solo a los condenados sino a los sindicados, imputados o acusados, cuya aplicación comenzó a regir en todos los distritos judiciales a partir de la vigencia del Decreto 4940 de diciembre 18 de 2009.

Todo lo anterior sin perder de vista que ese mecanismo de vigilancia electrónica funge a la vez como una medida no privativa de la libertad al tenor del numeral 1 literal b) del artículo 307 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con la Sentencia C-185 de 2011 M.P. Humberto Sierra Porto, estableciendo que el no pago previo de la multa, en caso de demostrarse la insolvencia económica, no impedirá la concesión del subrogado de vigilancia electrónica.

El sustitutivo de la “vigilancia electrónica” no ha sido bien entendido en nuestro medio, toda vez que,

como todo mecanismo que trata de garantizar la libertad, la práctica lo reduce a sus mínimas proporciones, cuando no en pocos casos lo anula.

Creemos que tal mecanismo opera: i) Como un sustitutivo complejo de la detención intramural, el cual se aplica para aquellos eventos más cuestionables que conlleven a la **“detención domiciliaria con dispositivo electrónico”**, para vigilar estrictamente el cumplimiento de la restricción de la libertad en la residencia o morada del detenido (inciso 2º del artículo 25 de la Ley 1709 de 2014); ii) En aquellos eventos en los cuales se tenga el goce de la detención domiciliaria, caso en el cual se podrá gozar de un mejor beneficio consistente en la “vigilancia electrónica simplificada”, consistente en que el afectado con la medida de aseguramiento pueda desplazarse dentro de su domicilio civil, con el respectivo control electrónico del territorio específico.

Ambas medidas se fundan en el principio de confianza. Solo que la primera es más restringida y la segunda es más abierta.

Tal es la esencia de las medidas alternativas a la prisión preventiva, de allí que en derecho comparado se distinga claramente entre “arresto domiciliario” y “la

prohibición de salir de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez⁹⁹”.

Lo anterior de conformidad con el párrafo 3° del artículo 38A de la Ley 599 de 2000, según la reforma introducida por el artículo 3° de la Ley 1453 de 2011, aplicable también por el principio de favorabilidad a quienes se encuentren detenidos bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004¹⁰⁰.

La norma en mención dispone:

*Parágrafo 3° Quienes se encuentren en **detención preventiva en establecimiento carcelario** bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 podrán ser destinatarios de los sistemas de vigilancia electrónica, previo cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 (Resaltado fuera de texto).*

Esto es, el beneficio de la detención intramural, al tenor del artículo 3° de la Ley 1453 de 2011, puede

99 DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 280 y ss.

100 La favorabilidad intercambiable entre las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 13 abril de 2011, radicación No. 35.946, M.P. María Rosario González de Lemos. También al respecto, sobre la favorabilidad que la jurisprudencia ha denominado de doble vía, Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto de mayo 5 de 2005. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Radicación 1904; auto de mayo 4 de 2005. M.P. Marina Pulido de Barón, Radicación 23567; Rad. 35.946 del 13 abril de 2011. Op. cit.; Rad. 32.672 del 14 octubre de 2009 M.P. Julio Socha Salamanca. En: DÍAZ PEDROZO, Alexander. El principio de favorabilidad procesal penal y la coexistencia de sistemas procesales. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2012. Pp. 119, 120, 133, 136, 140, 167.

ser a su vez sustituido por el de “vigilancia electrónica”. también en literal b) numeral 1o. del art. 307 Ley 906 de 2004 y art. 25 Ley 1709 de 2014. La norma no específica, ni lo hace la ley en ninguna parte, que la detención domiciliaria es sinónimo de detención en la residencia con vigilancia electrónica, distinción que debe hacerse de conformidad con los principios de legalidad, de excepcionalidad, dignidad, intervención mínima, necesidad, proporcionalidad y conforme a los tratados internacionales (artículos 1º, 4º inciso 2º y 6º de la Ley 1709 de 2014).

Las normas en su orden disponen:

Artículo 1º. Modifícase el artículo 2º de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 2º. Legalidad. Toda persona es libre. Nadie puede ser sometido a prisión o arresto, ni detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Nadie podrá ser sometido a pena, medida de seguridad, ni a un régimen de ejecución que no esté previsto en la ley vigente.

La detención preventiva de las personas que están siendo investigadas o juzgadas es excepcional. (Resaltado fuera de texto).

Artículo 4°. Modifícase el artículo 5° de la Ley 65 de 1993 el cual quedará así:

*Artículo 5°, **Respeto a la dignidad humana.***

Las restricciones impuestas o las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto.

Artículo 6°. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993 así:

*Artículo 10 A. **Intervención mínima.** El sistema penitenciario velará por el cumplimiento de los derechos y las garantías de los internos; los que solo podrán ser limitados según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos del régimen interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario.* (Resaltado fuera de texto).

En efecto, según se anotó en la cita del párrafo 3° del artículo 38A de la Ley 599, la detención preventiva puede ser sustituida por la medida de vigilancia electrónica. No obstante, la literalidad de la norma

señala que ello ocurre en el caso de **“detención preventiva en establecimiento carcelario”**, lo que llevaría a pensar que quien se encuentra en detención domiciliaria no puede acceder a dicho beneficio.

Tal interpretación resultaría absurda, pues quien se encuentra en detención domiciliaria se halla en un estatus de confianza al cual no se encuentra sometido el detenido sometido a detención intramural, razón por la cual, de conformidad con una interpretación teleológica, es obvio que la finalidad de la norma es beneficiar a quien pueda ser sujeto de un régimen de confianza, al conceder la detención domiciliaria.

Donde se puede lo más se puede lo poco, argumento interpretativo de carácter lógico que se enuncia en la frase *ad maior ad minus*, como un refuerzo a la interpretación teleológica, en el marco de una exégesis formal de la norma, tal como ha utilizado dicho criterio la Corte Constitucional en Sentencia C-1076 de 2002¹⁰¹.

No entender así las cosas llevaría a una reducción al absurdo la interpretación, pues tendría derecho al sustitutivo de la vigilancia electrónica el detenido intramuralmente y no el detenido domiciliariamente. Nótese como una interpretación como la ensayada

es viable jurídicamente, puesto que la norma se refiere a la detención en la “residencia o morada” o en el “lugar que el juez determine” (artículos 3° y 22 de la Ley 1709 de 2014; de igual modo en el numeral 5o. del art. 314 Ley 906 de 2004 Vpermanecer en el lugar o lugares indicados”), con lo cual nuestra legislación concuerda con lo que DUCE y RIEGO señalan para el sistema acusatorio chileno.

El “lugar que el juez determine” es elemento suficiente para distinguir la detención en la residencia o morada de la detención en el domicilio civil, de conformidad con una interpretación *pro homine* o *pro libertate*, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6° del Código Penal, aplicable al procedimiento penal por virtud de lo dispuesto en su artículo 13, toda vez que en materia favorable tiene cabida la llamada interpretación analógica, lo que permite reinterpretar la expresión “**domicilio**” de conformidad con la Carta Política y el Código Civil para este puntual aspecto. (Nota: No obstante la derogatoria del art. 107 de la Ley 1709 de 2014, la figura permanece en el literal b) núm. 1 del art. 307 y núm. 5 del art. 314 de la Ley 906 de 2004, advirtiendo las modificaciones de la L. 1142/07, L. 1474/11 y las sentencias: C-318, 425, 904 del 2008).

En fin, hoy por hoy se han consagrado al efecto importantísimos principios como lo son los de la excepcionalidad de la detención preventiva, su estricta necesidad, proporcionalidad y legitimación (artículos 1° inciso 2° y 4° inciso 2° de la Ley 1709 de 2014), los cuales dan origen al llamado principio de **“intervención mínima”** (artículo 6° *ibídem*).

De los anteriores se desprende que nuestro sistema penal ha adoptado aquellos importantes criterios rectores esbozados por CAFFERATA NORES, según los cuales: i) “La medida de prevención debe ser proporcionada al peligro que se trata de prevenir, lo que nos obliga a aceptar que frente a riesgos menores, las medidas enderezadas a neutralizarlos deberán ser de menos intensidad. Aparece así la idea de un escalonamiento coercitivo”; y ii) “Aceptada la idea de una escala coercitiva compuesta por medidas de diversa intensidad, aparece el derecho del imputado a la coerción menos grave¹⁰²”.

En excelente escrito PEDRAZA JAIMES señala que no cabe duda que en la institución comentada se dan dos modalidades de operatividad del beneficio de la “vigilancia electrónica”, exponiendo, respecto a la detención domiciliaria y la anteriormente men-

cionada, que “son mecanismos sustitutivos de una medida sustitutiva, permitiendo a los detenidos domiciliarios abandonar su residencia siempre que se sometan a la instalación en su cuerpo” del dispositivo de seguridad. La diferencia con nuestra posición es de perspectiva, pues afirma sin hesitación alguna que en la Ley 906 de 2004 caben dichas figuras y, para los efectos de la Ley 600 de 2004, reclama la aplicación retroactiva favorable de conformidad con sendos autos de mayo 4 de 2005, emanados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, siendo ponentes los magistrados PULIDO DE BARÓN y RAMÍREZ BASTIDAS¹⁰³.

Pero además, lo expuesto, tiene mayor vigencia cuando quien se encuentre detenida sea una madre cabeza de familia que, por estar privada físicamente de su libertad, se encuentra en un estado de debilidad física y psíquica, lo que implica la demanda de una especial protección por parte del Estado, de conformidad con el artículo 13 inciso final de la Carta Política. También, el inciso final del artículo 43 *ibídem*, dispone de manera perentoria que “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”, lo cual está recogido en el principio del

103 Cfr. PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. *La Detención Preventiva en el Sistema Acusatorio*, Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008. Pp. 115 y ss.

“enfoque diferencial”, consignado en el artículo 2° de la Ley 1709 de 2014:

Artículo 2°. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: Artículo 3A. Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.

El enfoque diferencial, según el artículo mencionado, impone la necesidad de interpretar la norma de conformidad con la noción de “género”, perspectiva que implica el reconocimiento de cualidades de diferente orden, entre ellas de tipo psicológico, social y cultural, en orden a evidenciar y, por supuesto, efectuar las debidas diferencias, muy especialmente respecto del rol que se desempeña en la familia y

la sociedad. Esto es, se trata de una búsqueda de una justicia en el tratamiento a hombres y mujeres, enfocado en sus “respectivas necesidades”, con la finalidad de reconocer “tratamientos diferenciales”. Tal tratamiento diferencial debe ser adoptado por la política criminal estatal y por la judicatura, tal como lo ha establecido el TEDH en el caso “Mamedova vs. Rusia”, reconociendo la Corte IDH, en su sentencia en el caso “Villagrán Morales y otros”, de noviembre 19 de 1999, que resulta pertinente la obligatoriedad de los Estados de garantizar a la mujer, como mujer, una existencia digna, todo lo cual está vinculado con su rol familiar y social de madre cabeza de familia¹⁰⁴.

Esto es, como madre cabeza de familia, sus hijos menores de edad tienen derecho a gozar del derecho constitucional fundamental de que da cuenta el artículo 44 de la Constitución Nacional, tales como el “cuidado”, la “recreación” y al no “abandono”, lo cual tiene ocurrencia por cuanto su madre se encuentra limitada físicamente, no pudiéndole facilitar el ejercicio de dichos derechos por fuera de las paredes de su casa de habitación. No puede desconocerse que el mandato constitucional allí consagrado, se-

104 Cfr. BRICEÑO-DONN, Marcela. Mujeres y prisión en Colombia: análisis desde una perspectiva de derechos humanos y de género, Bogotá. Procuraduría General de la Nación-Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer UNIFEM, 2007. Pp. 13, 14, 15, 60, 61 y 84 a 88.

gún el cual “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, se ve reconocido apenas a medias y solo de manera formal si el ejercicio del derecho de locomoción se encuentra restringido a la residencia o morada, en tanto no puede dispensárselo plenamente, reducido a la compañía física durante el tiempo en que se encuentren en la casa, sin posibilidad de extenderlo en el mundo exterior, lo que va en contra del artículo 228 de la Carta cuando señala que en toda actividad judicial se deberá tener en cuenta la primacía del derecho sustancial sobre el procesal. Es claro que, igualmente, el artículo 44 mencionado termina señalando que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Bajo este paradigma también es viable conceder permiso para trabajar a quienes permanecen en detención domiciliaria para proveer por su propio sustento y el de su familia y mantener unas mínimas condiciones de dignidad, pues la detención, iteramos, no tiene carácter sancionatorio y los tratamientos crueles e indignantes están prohibidos por la Constitución.

hace para pagar arriendo, servicios públicos, alimentación, etc.?, reflexión que corresponde hacer en tanto nuestros usuarios son las personas más excluidas y desvalidas de la sociedad.

Con muy buen criterio los jueces de garantías vienen accediendo a este tipo de solicitudes de manera célere o expedita una vez la Corte Suprema concluyera, en sede de tutela, que cuando el permiso para trabajar no tiene por objeto obtener redención de pena sino el sustento económico, “el asunto no debe ser llevado al INPEC, sino resuelto exclusivamente en sede judicial¹⁰⁵” razón por la cual los funcionarios de garantías son competentes para resolver en audiencias preliminares este tipo de solicitudes.

El trabajo extramural no es un derecho deber, exclusivamente, para quienes están condenados o privados de la libertad en establecimiento carcelario¹⁰⁶. También es, una alternativa para quienes estén en domiciliaria y acrediten esa necesidad, urgencia y hayan cumplido con los compromisos de la reclusión domiciliaria¹⁰⁷,

105 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutela. T-51.570 del 15 diciembre de 2010 M.P. Javier Zapata Ortiz. Al respecto también son pertinentes los siguientes pronunciamientos: CSJ. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutela, T-48.613 del 29 junio de 2010 M.P. José Leónidas Bustos.

106 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1510 de 8 de noviembre de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo (“El trabajo como medio para alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal. Principio de igualdad”).

107 Cfr. Audiencias preliminares: Solicitudes de permiso para trabajar a favor de personas en detención domiciliaria. Rad. 0800160010552008-80643 del 18 de marzo de 2010 y 1100160000000201300720 del 15 de octubre de 2013. Defensor en ambas audiencias: Donaldo Danilo Del Villar Delgado.

y muy al margen de los permisos para trabajar en la hipótesis del numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, es decir, cuando se traten de una madre o padre cabeza de familia, cuyo desarrollo jurisprudencial¹⁰⁸ es inconmensurable en Colombia; como también de los otorgamientos correspondientes a la Jefatura Femenina de Hogar (Ley 1232 de 2008, por la cual se modifica la Ley 82 de 1993), con importantes desarrollos jurisprudenciales¹⁰⁹ a la fecha.

Como se puede apreciar sería un contrasentido limitar esta serie de prerrogativas para quienes estén en detención intracarcelaria, cuando tanto aquéllos como los que permanecen en detención domiciliaria pueden trabajar, a partir de una interpretación teleológica y sistemática con fundamento en los criterios moduladores establecidos en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004 y en el carácter excepcional de la detención, y la fuerza irradiante de los principios de dignidad, proporcionalidad y razonabilidad.

108 CORTE CONSTITUCIONAL. C-034 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-978 de 23 octubre de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra (hombre cabeza de familia-prisión domiciliaria); T-1310 de 13 diciembre de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis (desarrollo del concepto padre cabeza de familia); SU-388 de 13 abril de 2005 M.P. Clara Inés Vargas (presupuestos para que una mujer sea considerada madre cabeza de familia) y SU-389 de 13 abril de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería (acciones afirmativas de especial protección de madres cabeza de familia); C-989 de 29 noviembre de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis (Extensión de la protección al padre cabeza de familia), entre otras.

109 _____ T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-992 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa; T-705 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Así las cosas, es claro que, en el caso analizado nos encontramos ante una clara aplicación de dichos principios, los cuales además se ven ratificados cuando el sujeto pasivo de la acción penal estatal tiene la condición de mujer según el **“Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”**, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988, toda vez que así lo dispone el **Principio No. 5, aparte 2, lo que repercutirá en el aparte No. 3 que a continuación se mencionará, cuya importancia no puede soslayarse, pues de manera efectiva admite en dichos casos la llamada discriminación positiva:**

*Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que **tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer**, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, **los niños y los jóvenes**, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, **no se considerarán discriminatorias**. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad (Resaltado fuera de texto).*

Estas observaciones van de la mano del principio de excepcionalidad y de la presunción de inocencia

en un Estado Democrático, que procuran la imposición de medidas menos lesivas al encarcelamiento preventivo, para evitar los “excesos en la DP¹¹⁰”.

4. Mérito sustantivo

Un presupuesto de legitimidad de la detención preventiva es la existencia y verificación de su mérito sustantivo, es decir, los elementos de prueba que vinculen al imputado con el hecho investigado, que para nuestro caso sería la inferencia de autoría y participación responsable.

Lo anterior deviene de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias (artículo 9.1 PIDCP y artículo 7.3 de la CADH) y de la jurisprudencia internacional, verbigracia:

- (i) Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia 7 septiembre de 2004 (párr. 105 y 107): El Estado dispuso prisión preventiva sin existir indicios suficientes de autoría o complicidad en algún delito. Por tanto, se consideró arbitraria y constituyó violación al artículo 7.3 de la Convención.

- (ii) Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia 22 noviembre de 2005 (párr. 198): El Estado puede ordenar la prisión preventiva si existen indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso.
- (iii) El Tribunal Europeo DH: en los casos Fox, Campbell y Harley vs. Reino Unido 1990, Murray vs. Reino Unido (1994) y Elci vs. Turquía (2003), en aplicación del artículo 5.1 del Convenio Europeo, plantea la necesidad de contar con la existencia de indicios racionales de culpabilidad que permitan convencer a un observador objetivo de que una persona pudo haber cometido un delito.

Sobre este tema remitimos a los lectores a la obra “Responsabilidad penal y detención preventiva” donde se sostuvo que la responsabilidad penal es un referente limitador en todo el proceso penal de corte acusatorio colombiano, especialmente, en las audiencias relacionadas con el régimen de la libertad y su restricción¹¹¹, incluso, desde antes de la imputación habida cuenta que puede haber lugar a su

111 SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Op. cit.

estudio con ocasión a las causales de la audiencia de preclusión.

En Colombia hay un amplio debate en torno a este estándar en tanto algunos han sostenido con base en la Sentencia C-1154 de 2005 que la presentación, contradicción y evaluación de los elementos materiales probatorios (artículo 306 Ley 906 de 2004) “no buscan establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas”, pero pierden de vista que en esta misma sentencia la Corte Constitucional sostuvo que para los efectos de la imposición de la medida de aseguramiento, en tanto afecta un derecho fundamental, el funcionario judicial “debe verificar, **entre otros requisitos**, la necesidad y finalidad” (lo subrayado fuera de texto).

Nosotros consideramos que “entre otros requisitos” debe contemplarse la responsabilidad penal, su ausencia y causales en tanto la acción penal solo debe adelantarse frente a comportamientos que revistan las características de delito, concepto normativo que remite a la norma sistémica de la conducta punible establecida en el artículo 9º de la Ley 599 de 2000, que a su vez desarrolla el concepto de derecho penal de acto que deviene del artículo 29 de nuestra Constitución Nacional¹¹².

No hay duda entonces que los jueces de control de garantías se pronuncian sobre la responsabilidad penal del imputado aun cuando no con carácter definitivo como lo hace el Juez de Conocimiento, al valorar las pruebas que son incorporadas en juicio oral, al dictar la sentencia definitiva¹¹³.

Esta postura tiene sustento en una amplia línea jurisprudencial tanto de Corte Constitucional¹¹⁴ como de Corte Suprema de Justicia¹¹⁵, que nos permite afirmar que la inferencia de autoría y participación conlleva determinar el compromiso o no de los presupuestos de la responsabilidad.

5. Fines del aseguramiento preventivo¹¹⁶

Al igual como sucede con la existencia de los elementos materiales probatorios para imponer la medida

113 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 40.246 del 28 de noviembre de 2012 M.P. José Luis Barceló Camacho.

114 Corte Constitucional. Sentencias C-822 de 2005 M.P. Manuel Cepeda Espinosa; C-423 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto; C-425 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-121 de 2012 M.P. Luis Vargas Silva; y C-695 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla (al remitirse a la C-106 de 1994).

115 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 28.908 del 8 febrero de 2008; Rad. 31.531 del 8 julio de 2009; Rad. 29.221 del 2 septiembre de 2009; Rad. 32.193 del 21 octubre de 2009. Todas estas decisiones con ponencia del Dr. Yesid Ramírez Bastidas. También Rad. 40.246 de 2012 M.P. José Luis Barceló Camacho (“los jueces de control de garantías no se pronuncian con carácter definitivo respecto de la responsabilidad penal del inculcado”).

116 Se habla en la doctrina de criterios “*sustantivistas*” (asimilación a la pena y asimilación a la medida de seguridad), “*procesalistas*” (tutela del descubrimiento de la verdad, tutela de la realización del proceso y tutela del cumplimiento de la pena futura) y “*criterios atípicos*” (seguridad del imputado y sustituto de pena imposible). Al parecer existe acuerdo en desear tajantemente los primeros y los terceros, vinculados con el derecho penal sustancial: CAFFERATA NORES. Op. cit, Pp. 11 y ss.

de aseguramiento y, particularmente, para realizar la inferencia de autoría o participación responsable¹¹⁷, la inferencia del probable peligro procesal debe estar basado en datos objetivos, concretos y ciertos, legalmente obtenidos, o en una “sospecha razonable” conforme al Informe No. 12/96 de la CIDH.

En este sentido resultarán insuficientes las simples aseveraciones de la Fiscalía que en forma genérica propugnen por un riesgo en tanto este no sea grave ni esté debidamente fundado. Ahora, establecido el riesgo, consideramos indispensable que la detención se decrete por un tiempo riguroso o necesario. Por ejemplo: Si la fiscalía alega que procede por el riesgo de que se pierdan determinados elementos probatorios, obtenidos estos debe cesar inmediatamente la privación de la libertad.

Así lo tiene establecido la Corte Constitucional al señalar que “las medidas cautelares constituyen **actos jurisdiccionales de naturaleza** preventiva y **provi-**

117 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. 28.908 de 2008 Op. cit.; 31.531 del 2009, Op. cit.; 29.221 del 2009, Op. cit. y 32.193 del 2009 Op. cit. En la doctrina son partidarios de analizar los diferentes componentes de la “conducta delictiva” (art. 308 CPP). OLMEDO, Clara (J.). Derecho procesal penal. Rubinzal-Culzoni, Editores. Buenos Aires, 1998, t. II. 717-718. Pp. 502-504; VÉLEZ MARICONDE (A). Estudios de derecho procesal penal, Córdoba. 1956. t. 2. Pp. 232 y ss. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal Chileno. Tomo I. Editora Jurídica de Chile. Primera edición. 2003. Pp. 405: “Si el rol fundamental del Juez de Garantías consiste en tutelar las garantías de los intervinientes, resulta evidente que la exigencia de acreditar todos los elementos del delito y no solo la tipicidad, cautela de mejor manera las garantías del imputado contra el cual se pretende la medida de prisión de preventiva... la voz del delito... constituye una palabra definida expresamente por el legislador en el... Código Penal, razón por la cual debe dársele su significado legal”.

sional ...¹¹⁸". Esto es, de conformidad con la evolución y dinámica jurisprudencial:

*La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de las finalidades constitucionalmente admisibles, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que: "Los artículos 29 de la Constitución y 9° del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así **desvirtuaría** el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría por convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia"¹¹⁹.*

No puede ser menos, toda vez que, se dice contundentemente, respecto de tal medida, "por esencia su duración es necesariamente corta"¹²⁰". El carácter

118 Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000. Op. cit.

119 Ibídem, Sentencia C-301 de 1993.

120 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Op. cit. Pp. 816.

temporal o provisional de la detención preventiva viene exigido por la doctrina procesal moderna, considerando la necesidad de que cese la prolongación de la restricción por un tiempo considerable, para lo cual se debe implementar una audiencia especial¹²¹.

Se trata en los diferentes riesgos procesales de efectuar un pronóstico, como afirma acertadamente el reconocido profesor Bovino, de que esos hechos podrán suceder en el futuro, con todas las dificultades probatorias concernidas, pues si aún el Estado no ha podido probar un hecho punible que fue realizado, resultará más improbable probar que algo sucederá en el futuro¹²², razón por la cual la defensa pública debe requerir que la argumentación tenga un soporte en materiales probatorios debidamente recaudados para que la argumentación no quede en la mera especulación y frases de cajón como que el imputado es un peligro para la víctima o para la comunidad o que su libertad pone en riesgo la administración de justicia o su comparecencia al proceso.

121 DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 267 y 268. También así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que enfatiza de manera superlativa en el concepto de “provisionalidad de la medida”; esto es, considera la detención preventiva, allá llamada provisional, como un régimen demarcado por “plazos máximos suspendibles y excepcionalmente ampliables” (muy especialmente la Sentencia No. 98 de 1998: Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. Op. cit. Pp. 144 y 145.

122 BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. Pp. 23. En: <http://www.cienciaspenales.org/revista23pdf/Contra%20la%20inocencia-Alberto%20Bovino.pdf> (consultado 4 de marzo de 2014).

Este llamado a la fundamentación y **verificación** (juicio de prognosis que debe realizar el solicitante y juicio cautelar a cargo del juez que hace la valoración judicial), deviene del estándar internacional previsto en el informe No. 35 caso 12.553 de 2007 de la CIDH¹²³ (Párrafos 77 y 78), el cual se apoya en la Convención Europea de Derechos Humanos, al precisar que la limitación que se imponga por la autoridad judicial, tiene que fundarse en “indicios racionales” o “elementos de prueba que habrían satisfecho a un observador objetivo”.

Casualmente, el profesor argentino ALBERTO BOVINO ha dicho, siguiendo la jurisprudencia de la CIDH, particularmente, comentando su decisión en el Caso “Suárez Rosero” y respecto de la medida preventiva, que **“además de ser legal, se requiere que la detención sea necesaria y razonable”**, es decir, los requisitos formales y sustantivos de la medida preventiva son necesarios pero no suficientes, toda vez que “jamás operan, por sí solo”, como legitimación de la DP¹²⁴.

123 La Corte Constitucional Colombiana ha precisado que “el Bloque de Constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la CIDH y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas” (Resaltado fuera de texto) (Sentencia T-1319 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

124 BOVINO, Alberto. El fallo “Suárez Rosero”. Washington, Material de Estudio de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Washington College of Law de la American University, 2002, Pp. 1065 y 1066. De manera más amplia, del mismo autor, su libro en

Se suman a tal conceptualización los procesalistas chilenos DUCE y RIEGO¹²⁵. Así también lo ha afirmado GUERRERO PERALTA, aun cuando su referencia va dirigida a la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad por errores en la Administración de Justicia:

“... La privación de la libertad únicamente tiene fines procesales, como siempre lo ha reclamado la doctrina penal y nunca las necesidades de protección social que corresponden a la pena. Quizá ahí radique la solución al problema y que nos retorna a una vieja discusión que ampara la presunción de inocencia, esto es, que la sociedad se la protege en sus valores jurídicos con el derecho penal, pero a los ciudadanos en particular se les protege del derecho penal con las garantías del proceso penal...”¹²⁶.

Tal razonamiento es propio de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho como lo es el colombiano, según el artículo 1º de la Carta Política, habida cuenta que el requisito de la legalidad comporta la necesidad

coautoría con BIGLIANI, Paola: Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto-Defensoría General de la Nación, 2008. También así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que considera que para la detención preventiva no basta la “legalidad”, se requiere también su “legitimidad constitucional”; Sentencia No. 44 de 1997: Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. Op. cit. Pp. 131.

125 DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 251 a 255.

126 GUERRERO PERALTA. Op. cit, p. 7 y 8.

del control del poder y el de la legitimidad, el respeto por los derechos fundamentales¹²⁷.

La CIDH¹²⁸ en su sentencia de noviembre 12 de 1997, en el conocido Caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, ha reconocido la validez de la afirmación efectuada por la Comisión Interamericana, según la cual, además de ser legal, debe ser necesaria: esto es, además de legal “se requiere que la detención sea necesaria y razonable” (párrafo 38).

127 (i) Las denuncias sobre el abuso de la detención preventiva en: Fundación para el Debido Proceso (DPLF). (ii) También, “Las presiones a la hora de decretar la detención preventiva”. Entrevista a Miguel La Rota y Carolina Bernal. En: *Ámbito Jurídico*. 26 de octubre al 19 de noviembre de 2013. También cfr. (iii) La detención preventiva y la privación injusta, de nuevo a debate. 26 de septiembre de 2013. En: *Ámbito Jurídico.com Legis*. Por: Óscar Julián Guerrero. (iv) CIDH presenta informe sobre prisión preventiva en las Américas. En: *Ámbito jurídico.com Legis*. 17 de enero de 2014. (v) Privación injusta de la libertad, causas de las demandas más costosas en contra del Estado. En: *Ambitojuridico.com*. 14 de marzo de 2014. (vi) Daño por privación injusta de la libertad es mayor en procesos altamente mediatizados: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020000071801 (27252), dic. 12/13, C. P. Stella. En: *Ámbito jurídico*. 21 de febrero de 2013. (vii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 500012331000199990016701 (23783), mayo 12/14, C.P. Mauricio Fajardo: “Condenas contra la Nación por actuaciones de la Fiscalía deben ser pagadas por esa entidad”. En: *Ambitojuridico.com*. (viii) “Condenan a la Nación por privación de la libertad y condena de un inocente”. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/condenan-nacion-privacion-de-liberad-y-condena-de-un-articulo-501040>. 27 de junio de 2014.

128 Igualmente la Corte Constitucional colombiana ha señalado sobre el valor jurídico de la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre Derechos Humanos que “la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: “...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Solo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales” (Sentencia T-1319 de 2001). Esto es, la jurisprudencia de los tribunales es “un criterio relevante para fijar el parámetro de control de normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano”, puesto que contiene la interpretación auténtica de los Derechos contenidos en la CADH, para lo cual se cita la Sentencia C-370 de 2006 M.P. Manuel Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas, por medio de la cual “se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia” de dicha corte internacional (Sentencia C-442 de 2011 M.P. Humberto Sierra Porto).

No obstante que ningún fin justificaría el uso de la DP, por la prevalencia de la presunción de inocencia y porque el Estado y la eventual víctima¹²⁹ pueden valerse de otros recursos e instrumentos, tomamos partido, como en una investigación anterior¹³⁰, conforme a los mejores estándares internacionales vinculantes¹³¹, que la única finalidad válida para adoptar una medida de aseguramiento sería el **riesgo de fuga**, por las siguientes razones:

El artículo 4º de la Carta Política señala que la Constitución es norma de normas, lo que significa que, de manera inmediata, se constituye en fuente normativa que determina el derecho y como tal irradia toda la normatividad infraconstitucional, de tal manera que no existe posibilidad alguna de interpretar una norma legal en forma contraria a la misma; normas legales que también deben sujetarse a lo dispuesto por el Bloque de Constitucionalidad en los términos del artículo 93, según el cual los tratados sobre Derechos Humanos prevalecen en el orden interno y los derechos y deberes constitucionales se interpretarán

129 Por ejemplo, la víctima tiene derecho a solicitar medidas de protección (art. 11 literal b; 114 numeral 6, 133, 134, 137-1, 154-3, 342 Ley 906 de 2004), también, la prohibición de que el imputado se acerque a ella o a su familia (art. 307 literal B) numeral 7, entre otras.

130 DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo y SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Op. cit. Pp. 198.

131 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos en materias penal y disciplinaria. Op. cit. Pp. 113 y ss.

conforme a ellos. Súmasele a ello lo dispuesto en el artículo 29 de la CADH.

Por virtud de los artículos 2° de la Ley 600 de 2000 y 3° de la Ley 906 de 2004 se establece que a los códigos procesales penales quedan incorporadas las normas que consagran derechos y garantías en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las cuales, agrega, inequívocamente, prevalecerán sobre los mismos dadas su calidad de normas o principios rectores (artículos 24 y 26, respectivamente, de las leyes anteriores).

El numeral 5 del artículo 7° de la CADH establece que la libertad de la persona como regla debe regir en el proceso penal y la misma “podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio”.

La comparecencia en juicio, en consecuencia, es la única limitación legítima a la regla general sobre la libertad, esto es, una interpretación restrictiva como lo impone el principio *pro homine* o *pro libertate* llega a recomendar su aplicación por encima de cualquier otra norma internacional o interna de las partes firmantes del tratado. Así lo establece, sin hesitación alguna, el artículo 29 de la CADH.

El anterior principio implica que la privación de la libertad previa a una sentencia, debe ser interpretada restrictivamente, pues cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva¹³².

A su vez, el numeral 3 del artículo 9º del PIDCP dispone 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”.

Sin embargo, como se puede apreciar fácilmente, aquí existen dos limitaciones alternativas que operan excepcionalmente: i) comparecencia a cualquier etapa procesal investigativa o en juicio y ii) para la ejecución del fallo.

De conformidad con una interpretación estricta del literal b) del artículo 29 de la CADH, dada la menor

132 Corte IDH. (i) Caso Barreto Leyva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Op. cit. Serie C, No. 206, Párr. 121, (ii) Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C No. 114, párr. 180; (iii) Caso Suárez Rosero contra Ecuador. Sentencia de 12 noviembre de 1997. Serie C No. 35, Op. cit. párr. 77.

limitación que dispone su numeral 5 del artículo 7° al derecho a la libertad personal durante el curso del trámite del proceso, sería la norma llamada a gobernar el asunto, toda vez que se constituye en el mejor estándar de garantías en el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos.

No obstante una respetada opinión en la doctrina¹³³, dándole una interpretación amplia al PIDCP (artículo 9.3), considera como fin legítimo “el éxito de las investigaciones”, deduciéndolo de la expresión “diligencias procesales”, con lo cual pierde de vista la interpretación restrictiva que imponer el art. 29 de la Convención Americana.

La necesidad de asegurar la comparecencia del imputado, como propósito legitimador de la DP, aceptado en los estándares internacionales y en la doctrina especializada¹³⁴, debe entenderse no “como un fundamento legítimo de la prisión preventiva sino sólo del otorgamiento de garantías, a las cuales puede quedar subordinada la libertad del imputado mientras se encuentre pendiente el proceso (artículo 9.3 PIDCP y 7.5 CADH)¹³⁵”, es decir, que la privación por incom-

133 Benavente Chorres, Heshbert. La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades. Op cit. Pp. 401 y 402.

134 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Pp. 258.

135 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal Chileno. Op. cit. Pp. 409-410.

parecencia puede ser reemplazada por una garantía que asegure la comparecencia, tal como, una caución real adecuada, como creemos fue la inspiración de nuestro legislador al consagrar tal medida en el numeral 8 del literal b) del artículo 307 de la Ley 906 de 2004, que desarrolla, las garantías previstas en los artículos 9.3 PIDCP y 7.5 CADH, incluso, el artículo 5.1 del Convenio Europeo, que en concepto de los autores antes citados, que aquí compartimos, solo puede operar de manera excepcionalísima.

Indudablemente que estos estándares internacionales que establecen como fin procesal el asegurar la comparecencia de la persona al proceso colisionan con normas del mismo rango, que autorizan la privación de la libertad por otras finalidades no admitidas en los Tratados Internacionales vigentes, por lo cual apelamos al principio *pro homine*, que debe preferir la normatividad que sea más favorable al goce de los derechos¹³⁶, considerando que en esta materia en particular existe un tratamiento privilegiado en la normatividad internacional de los derechos humanos, cuyo conflicto no debe resolverse en función del principio jerárquico sino de la favorabilidad o *pro homine*, regla hermenéutica que la Corte Constitucio-

nal¹³⁷ ha admitido, como queda visto, al igual que en la doctrina¹³⁸. 103

En apoyo de la tesis que consignamos, respecto de avalar como único fin el peligro de comparencia, se encuentran los planteamientos autorizados de los profesores SAN MARTÍN¹³⁹, PASTOR y BINDER¹⁴⁰, citados en la obra del profesor BOVINO¹⁴¹, quienes cuestionan los otros fines, incluso, el de entorpecimiento de la investigación. San Martín, por cuanto los Tratados Internacionales, que solo mencionan la posibilidad de encarcelar anticipadamente, se refieren de modo exclusivo a asegurar la comparen-

137 Corte Constitucional. Sentencia C-251 del 28 de mayo de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-358 del 5 de agosto de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (Fundamento 15.5); C-400 del 10 de agosto de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero (Fundamento 40 y 48); T-512 de 2003 Op. cit.; C-541 del 30 de junio de 2010 M.P. Gabriel Mendoza Martelo (“entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro homine*).

138 O'DONNELL, Daniel; UPRIMNY, Inés Margarita y VILLA, Alejandro. (Comp) 2001. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá. Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos. Pp 63. PINTO, Mónica. 2004. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín. Courtis, Christian. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS. Pp. 163 y ss. AYALA CORRAO, Carlos M. 2002. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en Méndez Silva, Ricardo (Ed) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México. UNAM. Pp. 54 y ss.

139 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Grijley, Lima, 1999. Pp. 819.

140 BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Op. cit. Pp. 199 y ss.

141 BOVINO, Alberto. El Encarcelamiento preventivo en los Tratados de derechos humanos, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.). La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, Pp. 429 y siguientes.

_____. Problemas del Derecho Penal Contemporáneo. Editores del Puerto. Argentina-Buenos Aires, 1998. Pp. 142 y ss.

cia del imputado al proceso, es decir, no contienen referencia alguna al supuesto de obstaculización de averiguación de la verdad.

Por su parte, el Profesor DANIEL PASTOR, en su obra “El encarcelamiento preventivo” precisa que la “vigencia irrestricta de las tareas de averiguar la verdad [asignada al proceso penal]... ha ingresado ya en su fase terminal. Las nuevas elaboraciones, sobre todo en el ámbito europeo, presentan ya una tendencia reformista imparable hacia la sustitución de esos paradigmas tradicionales por la creación de instrumentos procesales respetuosos de la dignidad humana que permitan, en la escena del proceso penal, un acercamiento de las partes... el consenso por encima de la averiguación de la verdad¹⁴²”.

Y, el Profesor ALBERTO BINDER, en su obra: “Introducción al derecho procesal penal”, considera que “entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado¹⁴³”. Para este autor “es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado

142 *Ibidem*. Pp. 143.

143 *Ibidem*. Pp. 143.

con todo su aparato de investigación: la policía, los Fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad¹⁴⁴".

El Profesor BOVINO no obstante compartir el peligro de obstaculización a la investigación, considera que este puede presentarse generalmente en las etapas iniciales del procedimiento, y que además puede ser neutralizado con otros mecanismos, distintos a la privación de la libertad del imputado, como por ejemplo, prueba anticipada, protección de testigos, etc. De todos modos, considera el destacado autor, que estos supuestos pueden ser rechazados al definirse el contenido del principio de inocencia, conforme a los contenidos constitucionales y otros instrumentos internacionales, por virtud de las cláusulas de salvaguardia, que tienen por objeto recordar que las normas de derechos humanos no deben interpretarse nunca en forma restrictiva, es decir, deben procurar siempre dar alcance al mejor estándar internacional.

144 *Ibíd.* Pp. 143.

No obstante lo anterior, existen posturas de *lege ferenda* y *lege data* que legitiman que los fines del procedimiento que deben asegurar las medidas cautelares dentro del proceso penal, residen en el peligro de fuga o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad o de destrucción de la prueba¹⁴⁵, como a su vez lo contemplan informes de la CIDH¹⁴⁶ y decisiones de Corte IDH¹⁴⁷.

En lo que sí coinciden autores y los mejores estándares internacionales es que la prisión basada en conjurar los peligros para la comunidad no es una finalidad cautelar sino punitiva, que no puede cumplirse anticipadamente, dado que violaría la presunción de inocencia¹⁴⁸, la que debe eliminarse en nuestro ordenamiento en una futura reforma a la Ley 906 de 2004, por cuanto indudablemente ese riesgo excede el carácter cautelar que presumen los fines del proceso, y se convierte en mecanismo de prevención, retribución, disciplinador y de control social, como ha sido denunciado vehementemente en el derecho

145 MAIER, J. Derecho procesal penal Argentino, Volumen II. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989. Pp. 281.

146 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. párr. 22, 25, 143 y ss y 225.

147 Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35. Op. cit. párrs. 76-78. “De lo dispuesto en el art. 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la obligación del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”. En similar sentido Corte IDH Caso Palamara vs. Chile. párr. 198; Caso López Álvarez vs. Honduras 2006, Op. cit. párr. 69.

148 MAIER J. Derecho procesal penal Argentino. Op. cit. Pp. 274.

comparado¹⁴⁹ y patrio¹⁵⁰. Lo anterior en cumplimiento de las obligaciones convencionales de nuestro Estado, en tanto en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que “un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas¹⁵¹”. Mientras estén vigentes esos fines punitivos, corresponde a la defensa plantear el control de convencionalidad¹⁵², pues la misma CIDH los ha tildado de punitivos (párr. 22 Informe 46/13) y como “cau-

149 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Op. Cit. Pp. 553.

150 LONDOÑO BERRÍO. Hernando León. La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la Sentencia C-774 de 2001. En: Nuevo Foro Penal. Universidad Eafit. Año 1. Mayo-Agosto, 2003. No. 65. p. 191-270; También, VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Op. cit. Pp. 89 y ss.

151 Cfr. Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1996. Serie C No. 39, párr. 68; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 16, párr. 55, y *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *supra* nota 23, Sentencia del 12 agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. párr. 179.

151 Cfr. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 noviembre de 2012. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones. Párr. 142: “... Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”; y párr. 143: “Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad”. Al respecto sobre la cláusula de control de convencionalidad: Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia 25 de noviembre de 2003; Caso Tibi vs. Ecuador. Op. cit.; Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia 26 de septiembre de 2006; Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso de Perú vs. Perú. Sentencia 24 de noviembre de 2006, entre otros.

sales de procedencia no válidas o insuficientes, las cuales aunque estén contempladas en la ley son contrarias al régimen establecido por la CADH” (párr. 25 Informe 46/13).

En todo caso, recomendamos que cuando se impongan medidas de aseguramiento acudiendo indistintamente a cualquier fin procesal, no debe soslayarse su carácter estrictamente excepcional y necesario, a más de estar debidamente acreditado a través de evidencias que señalen el nexo entre el autor y la finalidad. Aquí es oportuno rescatar el llamado de la Corte Constitucional, cuando plantea que la DP no puede convertirse en un mecanismo “indiscriminado, general y automático¹⁵³”, pues los operadores deben velar por la efectividad de los derechos y libertades, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (presunción de inocencia) y promover el respeto de la dignidad humana.

Como lo que diferencia la DP de la pena serían sus fines, una herramienta fundamental para el ejercicio de la defensa pública sería tener en cuenta el marco principialístico orientador de las medidas de aseguramiento, tales como: el de **proporcionalidad** (inequivalencia) para que en caso de imposición se

lograra adoptar una medida cautelar sustancialmente diferente a la pena en consonancia con el de **excepcionalidad**, es decir, solo cuando son indispensables, seleccionando las menos lesivas al encarcelamiento preventivo. De igual manera, el principio de **instrumentalidad**, focalizado exclusivamente a la materialización de propósitos de naturaleza procesal; **provisionalidad**, en tanto subsistirán mientras esté vigente su necesidad o presupuesto (*rebus sic stantibus*); **temporalidad**, condicionadas a un límite o plazo razonable y, finalmente, el de **afirmación de la libertad, gradualidad o variabilidad, jurisdiccionalidad, motivación y prohibición de medidas indiscriminadas**.

6. Provisionalidad¹⁵⁴

Este estándar implica que la detención no debe durar más allá del plazo razonable o del tiempo necesario para el propósito o causal que motivó su existencia. Es una expresión, también, del carácter excepcional de la medida. Esto quiere decir que solo puede perpetuarse la DP cuando se mantienen todas y cada una de las circunstancias que fundaron su necesidad.

154 CADH. arts. 7, 3, 7, 5 y 8, 2; Reglas de Tokio art. 6.2; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 39; arts. 160, 317 Ley 906 de 2004.

En este orden de ideas la DP debe cesar cuando desaparecen los fundamentos que motivaron su decreto, pues de lo contrario carece de legitimidad¹⁵⁵.

La Corte IDH ha planteado que cuando no se evalúa oportuna y correctamente la evidencia exculpatoria sobreviniente, conforme a los parámetros de la legislación interna y de la Convención Americana, verbi gracia, el resultado positivo de una droga, se desconoce el estándar de provisionalidad de la DP al omitirse el control judicial de la subsistencia de la prisión preventiva¹⁵⁶.

Una institución jurídica que permite el control, entre otras, de este carácter es la revocatoria de la DP, audiencia que puede impetrarse las veces que sean necesarias; no obstante, por ejemplo en Costa Rica, la DP, normativamente está sujeta a revisiones periódicas cada tres meses¹⁵⁷. Este referente permite proponer para el caso colombiano, por ejemplo, que cuando la DP obedezca a la obstrucción de la actividad probatoria, en la respectiva audiencia debe precisarse el límite requerido por la Fiscalía para el recaudo de esos actos de investigación.

155 CIDH. Informe 35/07. Op. cit. párr. 108.

156 Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras, Op. cit. (Párr. 73).

157 Ley 7594 del 10 abril de 1996, art. 253 y 254.

De todos modos debe quedar claro que, según el Informe No. 35 de 2007 de la CIDH, las prácticas judiciales que tienen propensión a estimar el uso de los derechos de postulación e impugnación como mecanismos dilatorios del proceso para denegar la libertad provisional por términos vencidos, son contrarias al Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, pues:

130. En este sentido, las actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso.

131. Sin embargo, sí se podrá imputar la necesidad de mantener la prisión preventiva a la actividad del imputado si obstaculizó, deliberadamente, el accionar de la justicia, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse; no comparecer injustificadamente. Nunca, bajo ningún concepto, se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Estos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este

sentido, han sido regulados para su plena utilización (párrafos Nos. 130 y 131).

La doctrina demanda la necesidad de que el juez de control deben intensificar su rol para el cumplimiento de este principio, llevando a cabo una seria actividad de supervisión, toda vez que esa tarea hace parte de su deber de “articular los intereses en juego: el éxito de la persecución y la presunción de inocencia¹⁵⁸”.

7. Plazo razonable¹⁵⁹

La Corte IDH plantea dos perspectivas: (i) Plazo razonable del proceso –artículo 8.1–, que hace relación a la duración total del proceso hasta que se dicte sentencia definitiva o firme, y (ii) Plazo del encarcelamiento preventivo -7.5- (Caso Alfredo López Álvarez vs. Honduras, párrs. 129 y 130).

La CIDH ha consignado, precisamente, en este último informe, que “el mantener a una persona bajo

158 DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 268 y 269.

159 Declaración Americana art. XXV; PIDCP art. 9.3; CADH art. 7.5; Convenio Europeo art. 5.3; Conjunto de Principios art. 38; Comité de Derechos Humanos Observación General 13 párr. 10; Caso Pinkney vs. Canadá (27/1998, 29 de octubre de 1981, párr. 35; Tribunal Europeo Causa Bunkate vs. The Netherlands (Nederland)-(26/1992/371/445), 26 de mayo de 1993; art. 317 Ley 906 de 2004, modificado art. 30 Ley 1142 de 2007; modificado art. 61 Ley 1453 de 2011; Ley 1474 de 2011 art. 38 (modifica parágrafo 2 art. 317 Ley 906 de 2004). Corte Suprema de Justicia. Cas. Penal. Sentencia febrero 4 de 2009, Rad. 30.363 M.P. María del Rosario González (contabilización de términos debe realizarse ininterrumpidamente cuando se trate de causales de libertad); Corte Constitucional. Sentencia C-846 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz (En la que se da alcance a que el inicio de la audiencia de juzgamiento “quiere significar que esta ha sido evacuada en su totalidad”).

régimen de DP por un período prolongado, puede crear una situación de hecho en la que los jueces sean mucho más propensos a dictar sentencias condenatorias para en cierta forma, avalar su decisión de haber encarcelado ya al acusado durante el juicio¹⁶⁰. Así, una eventual sentencia absolutoria sería un reconocimiento de que se privó de libertad por mucho tiempo a un inocente. Desde esa perspectiva, la prolongada detención sin juicio de una persona constituye, en cierta forma, una presunción de culpabilidad¹⁶¹”.

Un ejemplo en el cual no se hizo esta diferenciación entre el plazo razonable de la detención (que es más estrecho, riguroso y absoluto) frente al plazo del proceso, lo constituye la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el trámite de Hábeas Corpus, Rad. 34.282/13 M.P. Fernando Castro Caballero.

La prolongación de la DP por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena. Hasta que quede ejecutoriada la sentencia condenatoria¹⁶² debe presumirse que

160 A este respecto véase también: ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/40, publicado el 3 de enero de 2007, párr. 68 y ONU; Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/64/215, publicado el 3 de agosto de 2009, párr. 42.

161 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Op. cit. Párr. 12.

162 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008. Vía internet: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf. (Consultado marzo 18 de 2014).

la persona es inocente. El propósito del artículo 5.3 del Convenio Europeo, equivalente al artículo 7.5 de la CADH es esencialmente el de establecer que se disponga la liberación provisional una vez que el alargamiento de la detención deja de ser razonable. Por eso nuestra Corte Constitucional estableció que la iniciación de la audiencia pública (hoy juicio oral) no suspende los términos de libertad provisional¹⁶³. La Corte IDH ha sostenido que es injusto privar a una persona de su libertad por tiempo desproporcionado en relación con la pena correspondiente al delito que se le acusa, pues en tal caso se viola la presunción de inocencia¹⁶⁴.

La CIDH reitera en su informe 46/13, denominado: **“Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”** que la CADH debe interpretarse de forma tal que sus disposiciones tengan un efecto útil, práctico y efectivo, es decir, que cumplan efectivamente el fin de protección para el cual fueron instituidas, que no teórico o ilusorio (párr. 133).

- (i) Este estándar del plazo razonable o de razonabilidad debe contemplarse conforme con el artículo 7.5 de la Convención en tanto la prisión preventiva está sujeta a unos límites temporales

163 Corte Constitucional. Sentencia C-846 de 1999 Op. cit.

164 Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Op cit.

para asegurar los fines del proceso. Exceder el período de tiempo razonable aquella se convierte, sin eufemismo, en “pena anticipada¹⁶⁵”.

Su prolongación debe estar sustentada en razones relevantes, suficientes, convincentes indicativas de la persistencia de las causales de procedencia que ameritaron inicialmente su aplicación, pues “la prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible”. (Observación General No. 8).

Frente a este criterio, iteramos, se tienen en cuenta dos situaciones: a) La razonabilidad respecto a la conducción de la investigación y duración total del proceso, para lo cual puede considerarse la complejidad del caso (características del hecho y su dificultad probatoria) y el nivel de diligencia de las autoridades; b) la razonabilidad respecto a la prolongación de la DP, caso en el cual la evaluación de los anteriores factores debe ser más rigurosa y estricta debido a la privación de la libertad que subyace.

La extensión de la prisión preventiva, insistimos, no podrá justificarse por la interposición de los recursos legalmente establecidos, excepto ante compor-

165 Corte IDH: (i) López Álvarez vs. Honduras. Op. cit. párr. 69; (ii) Acosta Calderón vs. Ecuador. Op. cit. párr. 111; (iii) Tibi vs. Ecuador. Op. cit. párr. 180, (iv) Suárez Rosero vs. Ecuador. Op. cit. párr. 71 (cuando hay privación de la libertad con sentencia no firme se asume una especie de pena en expectativa con lo que la detención preventiva asume carácter material de pena anticipada), 77, entre otros.

tamientos deliberadamente temerarios, como en el caso de amenaza de testigos, destrucción de documentos, aplazamientos de diligencias de manera injustificada, entre otros.

La libertad se impone cuando se traspasan los límites que comporta el sacrificio de la DP. El Estado pierde la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado, pese a la sospecha razonable o relevante de la comisión del delito, pues ese factor no puede justificar por sí solo ni la aplicación de aquella medida ni su extensión por un período prolongado, pues, se insiste, ello constituiría pena anticipada y violación al principio de legalidad.

El sentido convencional del artículo 7.5 frente al 8.1 americano, obedece al hecho que quien está detenido tiene derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. Por ello la detención es la razón decisiva que justifica dicho trato. Así se justifica (7.5) que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. Por lo tanto, el tiempo establecido para la detención, necesariamente, debe ser mucho menor que el destinado para todo el juicio; y el hecho de que esa persona sea posteriormente condenada o encarcelada, no excluye la posible trasgresión del plazo

razonable en prisión preventiva conforme a la normativa de la Convención.

En relación con este criterio de razonabilidad, debe considerarse el establecimiento de plazos máximos legales para la prisión preventiva. De esta manera convencionalmente el sistema interamericano establece que cuando la ley establece un límite temporal máximo, no puede excederse dicho plazo; extenderlo debe considerarse *prima facie* ilegal, y estos plazos máximos legales no justifican su consonancia con la Convención, menos privar a la persona por todo ese lapso, pues en cada caso debe observarse si subsisten los motivos que justificaron inicialmente la detención; sin perjuicio de lo legalmente establecido. Aquí debe operar una interpretación restrictiva y no culpar vagamente a la defensa, como en no pocos casos, por acudir a maniobras dilatorias.

De todos modos en el Informe No. 35 de 2007 la CIDH señaló que se estima y valora como bastante el término del transcurso de las dos terceras partes de la pena mínima imponible en detención preventiva sin que se haya dictado la sentencia, lo que se constituye en un plazo razonable para efectos de la libertad en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no obstante:

137. *Sin perjuicio de ello, en aquellos Estados en los que se ha establecido un límite objetivo a la actividad procesal, si la legislación interna concede un mayor goce de los derechos que la Convención, se debe aplicar aquella en virtud del principio pro homine (artículo 29 b) de la Convención).*

138. *En este sentido, cuando un Estado ha resuelto autolimitarse en el ejercicio de su poder cautelar en el marco de una investigación criminal, ha realizado una evaluación de costos y beneficios en términos de respeto a los derechos al imputado frente al poder coercitivo estatal y ha llegado a la conclusión de que superado ese límite temporal, el Estado se habrá excedido más allá de lo tolerable en el uso de su poder de policía.*

139. *Sin embargo, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre. Debajo de él, habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención es legítima.*

morosidad judicial o como una especie de plazo de gracia mientras se dicta la sentencia definitiva¹⁶⁶.

Lo antes consignado, conforme a la Corte Europea de Derechos Humanos, informe de la Comisión y casos decididos por la Corte IDH¹⁶⁷.

En nuestro ordenamiento constatamos los siguientes vacíos: (i) el plazo de privación de la libertad entre la presentación del escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación artículo 317 Ley 906 de 2004¹⁶⁸ y (ii) el plazo de privación de la libertad entre la sentencia y su ejecutoria¹⁶⁹.

Consideramos que las solicitudes de libertad en los anteriores casos deben radicarse previa solicitud de audiencia ante los jueces de garantías o jueces de primera instancia, respectivamente en virtud que el primero conoce de las solicitudes de libertad que se presenten antes del sentido del fallo (artículo 154 núm. 8 Ley 906 de 2004) y los segundos de las solicitudes de libertades durante el trámite del recurso

166 BOERI, Cecilia Margarita. Prisión preventiva y morosidad judicial. En: http://capacitacion.mpba.gov.ar/files/pdf/juridicoSocial/curso951/111013_encuentroDefPubPenal_tallerProcPenal_ponenciaBoeri_prisionPreventiva_morosidadJudicial.pdf (Consultado 22 abril de 2014).

167 Ver: CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. párr. 165 a 174.

168 Cfr. Concepto 5711 de 3 de febrero de 2014 del Ministerio Público dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del artículo 317 de la Ley 906 de 2004. Expediente D-10009. Por fortuna la Procuraduría solicitó a la Corte Constitucional que el plazo para conceder libertad por vencimiento de términos debe contarse desde la presentación del escrito de acusación y no desde la audiencia en la que esta se formula.

169 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-846 de 1999. Op. cit.

extraordinario de casación (artículo 190 Ley 906 de 2004).

La ausencia de término en nuestro ordenamiento interno no implica que esté permitida la indeterminación de la detención en estos casos. En el primer caso, se sabe que hay tres días para señalar la fecha de la acusación, y que conforme al artículo 159 del CPP, se dispone de 5 días para señalar el término en los casos en que la ley no los haya fijado. Entonces el término para la realización de la audiencia de acusación corresponderá a 8 días, compuesto, repetimos, por los tres días de que trata el artículo 338 Ley 906 de 2004 y los 5 días que se toman del término judicial establecido en el art. 159 *ibídem*. Sin embargo la Corte Constitucional en la C-1198/08 llega a otra conclusión, refiriéndose a la suspensión por causa razonable de una audiencia, fijando ante la incertidumbre, un plazo “no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el núm. 5 del artículo 317 de la Ley 906/04”.

En este orden de ideas tenemos que esa mitad corresponde a 60 días calendarios, plazo que sobrepasa a los 8 días antes referidos, amén de que se trata de una suspensión por causa razonable, lo que no debe aplicar en la mayoría de los casos, que son atribuibles

al funcionamiento paquidérmico de nuestra administración de justicia.

La Corte Constitucional en la C-390 de 2014 con ponencia del H. Magistrado, Alberto Rojas Ríos, acaba de zanjar la discusión en relación con la interpretación de la expresión “formulación de acusación”, entendiendo que el término del núm. 5° del artículo 317 principia con la radicación del escrito de acusación. De esta manera el plazo deviene cierto y no queda sujeto a la arbitrio judicial; sin embargo surge controversia en relación con sus efectos diferidos, razón por la cual proponemos que ese control abstracto se complemente con el control difuso de convencionalidad, pues los efectos de una interpretación inconstitucional no pueden pervivir, afectando derechos fundamentales en el **caso concreto** (al respecto: Benavente Chorres, Hésbert. La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades. Op. cit 331).

Y, en el segundo evento, es claro que existen normas directas y por remisión que deben ser observadas como los términos procesales para adoptar las sentencias. En todo caso una persona no puede ser privada indefinidamente a la espera que se resuelvan los recursos de apelación o casación de manera in-

definida, pues en tales casos consideramos que existiría una violación a los artículos 7º, 9º, 10, y 14 del PIDCP en tanto esa situación es constitutiva de un trato inhumano y degradante, incluso, de una tortura, comportamientos que están prohibidos; no ser sometido a prisión arbitraria; ser tratada con humanidad y respeto a su dignidad, y el derecho a ser oída públicamente sin demora, respectivamente.

De tal manera que no hay duda de la necesidad de contemplar un término máximo legal de la detención, incluso, determinando el lapso del encarcelamiento preventivo hasta la sentencia final o definitiva¹⁷⁰ en tanto la persona goza de la presunción de inocencia hasta que la sentencia no se encuentre en firme, pues tal situación aumenta el riesgo de que se invierta su sentido cuando se asume una detención de duración no razonable, con lo cual se pierde el propósito instrumental de la DP para que de medio pase a ser el fin de la administración de justicia.

La presunción de inocencia del imputado se postula, por tanto, hasta cuando se pruebe su responsabilidad y esto se haga por medio de sentencia definitiva de condena como lo ha reconocido nuestra Corte

Constitucional¹⁷¹, determinando la estrecha relación existente entre aquella, su relación con la garantía de libertad, con el derecho de defensa y contradicción. Esta misma posición, ha sido reconocida por la doctrina más selecta, entre otros, la encabezada por el profesor ROXIN, cuando sostiene que las autoridades no pueden calificar de culpable a alguien que todavía no ha sido condenado por sentencia firme¹⁷².

En el sistema regional interamericano, la CADH establece: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario” (7.3) y “toda persona tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable” (7.5). La Declaración Americana reza: “todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a... ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad” (artículo XXV).

De esta manera es una útil herramienta el plazo razonable de la detención que se predica hasta que la sentencia condenatoria quede en firme, pues permanece incólume la presunción de inocencia y la detención debe descansar en los estándares de excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, entre otros.

171 Sentencia T-827 de agosto de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

172 ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Op. cit. Pp. 78.

Estos dos casos ameritan, con prontitud, que nuestro legislador adopte medidas cuantitativas para determinar el plazo máximo en estas actuaciones procesales, a más de su revisión periódica para evaluar si la DP sigue siendo razonable y necesaria en procura de sus fines legítimos. Este es un clamor de la defensa pública, de las personas que padecen el encarcelamiento preventivo indefinido y, por supuesto, una obligación internacional de introducir en el derecho interno las normas necesarias respecto del plazo máximo de DP para que el encarcelamiento preventivo no exceda el plazo razonable¹⁷³.

El abuso de la detención preventiva corrompe el sistema acusatorio, genera indefensión; constituye una ventaja para el ente acusador el otorgamiento anticipado de la misma especie de pena que pretende como resultado del proceso, y mucho más abusiva resulta la situación cuando el proceso demora escandalosamente para la culminación del juicio o para la resolución de las vías recursivas¹⁷⁴.

Para evitar estos problemas casi que insolubles en la práctica, la doctrina propone que “solo es posible discutir adecuadamente acerca de las medidas

173 Al respecto ver la recomendación del Informe CIDH 46/13 sobre la observancia de plazos máximos de detención. párr. 292.

174 BOERI, Cecilia Margarita. Prisión preventiva y morosidad judicial. Op. cit.

cautelares integrando el factor tiempo en concreto y por anticipado”, esto es, en el momento en que se profiera la medida de detención preventiva se fije un tiempo específico y determinado¹⁷⁵; es decir, los plazos de su imposición son máximos y su prórroga excepcional¹⁷⁶.

Un excursio a la propuesta de Daniel Pastor¹⁷⁷

De la mano de esta propuesta que compartimos, se plantea la relación dilemática y conflictiva del proceso penal, que debe superarla sin menosprecio de los derechos fundamentales del imputado, quien goza de la presunción de inocencia hasta que la sentencia quede en firme¹⁷⁸.

Es esencial evitar “la pena de proceso”¹⁷⁹ que constituya una “doble incertidumbre”¹⁸⁰, (es decir, no saber cómo terminará el proceso y tampoco saber cuándo) por la indefinición de la situación procesal frente a quien se reputa inocente y tiene un derecho

175 DUCE J. y RIEGO R. Op. cit. Pp. 270 y ss.

176 ORTELLS RAMOS y TAPIA FERNÁNDEZ. Op. cit. Pp. 432 y ss.

177 PASTOR, Daniel. Encrucijada del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. Pontificia Universidad Javeriana- Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 13. 2009. Bogotá. Pp. 299-347.

178 Ib. P. 299.

179 Ib. Pp. 302, 328.

180 Ib. P. 328.

fundamental a que su causa sea definida con prontitud, es decir, a ser juzgado dentro de un plazo razonable y sin dilación injustificada¹⁸¹.

En este sentido plantea que el plazo razonable en verdad se constituye en “la doctrina del no plazo”, destacando que tradicionalmente los órganos de derecho internacional han adoptado medidas compensatorias (indemnización, atenuando, prescindiendo o suspendiendo la pena, sancionando a los morosos) y excepcionalmente, el sobreseimiento del caso, como la solución tomada por la jurisprudencia alemana en el caso Metzger, sentencia del 31 de mayo de 2001 ante la violación del plazo razonable¹⁸².

Ante el anterior panorama propone que el plazo razonable del proceso debe ser establecido con precisión por la ley como al igual el de las consecuencias jurídicas de su violación, y si aquel no se cumple, debe concluir. Esto debe ir acompañado de una dogmática sustentada en el principio del Estado constitucional de derecho, que impida asumir tales disposiciones como meros consejos y, por el contrario, reconocer que es expresión de una regla perentoria de derecho limitadora de la violencia punitiva.

181 Ib. Pp. 305, 306, 307.

182 Ib. P. 313.

Todo lo anterior porque el proceso penal es considerado “coerción estatal” y a tono con el principio “*nulla coactio sine lege*”, exige en un concepto de proceso legal o debido proceso legal unos límites temporales para su validez tanto en los plazos máximos del proceso como para la detención.

Considera el profesor de la Universidad de Buenos Aires, que si los estándares internacionales plantean el derecho a “ser juzgado dentro un plazo razonable”, ello debe ser entendido, en clave dogmática, como un compromiso que deben asumir los Estados partes para incorporar en sus ordenamientos internos plazos máximos de duración del proceso en la Ley. Por supuestos que nosotros consideramos, que igual debe suceder con el plazo máximo del encarcelamiento preventivo, el cual debe preverse en todas las fases del proceso, incluso, en los estadios ayunos de concreción temporal como los ya vistos, en especial, cuando la sentencia condenatoria aún no cobra ejecutoria.

Entonces, la violación del plazo legal debe constituir, en una tesitura de *numerus apertus*, una especie de “excepción”, “impedimento procesal” o “mecanismo de resistencia” al servicio del principio superior del Estado constitucional de derecho, frente a la excesiva duración del proceso penal, que impide

su continuación y conlleva a su clausura de manera anticipada, inmediata y definitiva como una forma de darle materialidad al derecho y a la garantía procesal para que estas patologías procesales, de cara a la vulneración del principio del Estado de derecho en un proceso penal, no queden sin consecuencias intraprocesales¹⁸³.

En este orden de ideas, concluye el profesor de la universidad de Buenos Aires, que la fórmula que mejor conviene a la naturaleza del impedimento tratado es la aplicación analógica *in bonam partem* de los preceptos referidos de la prescripción del hecho a la excepción de prescripción del delito¹⁸⁴.

Concluye el reconocido becario de la Fundación Alexander Von Humboldt, que mientras se establece un término razonable de duración del proceso, superando la fórmula del “no plazo” o de la “solución compensatoria”, debe adoptarse como tal el límite de razonabilidad máximo de la prisión preventiva, que siempre debe estar determinado en la Ley, que en principio debe funcionar.

En Colombia no tenemos una cultura de estas sanciones ni desde la visión tradicional ni menos desde

183 Ib. Pp. 333, 334, 335.

184 Ib. Pp. 336, 337.

esta radical propuesta procesal, hacia la cual debemos avanzar, pues estos derechos y garantías deben tener “dientes”; no pueden ser simbólicos saludos a la bandera, pues asiste razón al profesor Pastor cuando plantea que “no es jurídicamente apropiado establecer que se ha violado un derecho fundamental y que la consecuencia es que se va a seguir violando¹⁸⁵”.

Prueba de lo anterior es que no hay un respeto por el término máximo de la indagación¹⁸⁶, mucho menos de la investigación¹⁸⁷, de los recursos¹⁸⁸ en contra de los autos y sentencias y, tampoco, donde la Ley no los ha establecido, se cumple con el término judicial¹⁸⁹ que no puede exceder los días que señalan las normas correspondientes y, especialmente, aquellos que hacen referencia a la libertad provisional¹⁹⁰.

En respaldo de la anterior afirmación, citamos a nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión de fecha 12 de marzo de 2014, Radicado 43.158 M. P. Gustavo Malo Fernández, que frente a la ausencia de sanciones en el proceso penal, enseña:

185 Ib. Pp. 338.

186 Art. 175 Ley 906 de 2004, modificado art. 49 Ley 1453 de 2011.

187 Art. 294 Ley 906 de 2004, modificado art. 55 Ley 1453 de 2011.

188 Art. 178 y 179 Ley 906 de 2004, modificados art. 90 y 91, respectivamente, Ley 1395 de 2010.

189 Art. 159 Ley 906 de 2004.

190 190 Art. 160 Ley 906 de 2004, reformado por art. 48 Ley 1142 de 2007.

*“Si en gracia de discusión se admitiera que en este caso debió observarse estrictamente el término que consagra la norma en cita para formular la imputación, resulta evidente **que su pretermisión no tiene prevista ninguna consecuencia en nuestra legislación,** porque las que consagra el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal se refieren al vencimiento de los términos para formular la acusación o solicitar la preclusión, y consisten en la pérdida de competencia del Fiscal que dejó de actuar dentro del plazo fijado y la designación de otro funcionario para que adopte la decisión correspondiente”.*

...

*“Por lo demás, ninguna irregularidad se advierte en el hecho de que la formulación de imputación se hubiese llevado a cabo pasados varios años desde la recepción de la noticia criminis, porque al final de la indagación, contando ya con elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que le permitían imputar los delitos, no podía el Fiscal archivar las diligencias, **máxime porque no había prescrito la acción penal,** cuyo ejercicio tiene la obligación de adelantar (art. 250 Constitución Nacional)”. (Lo destacado en ambos párrafos por fuera del texto original).*

Nuestra realidad es la mayor prueba de que muchos casos no avanzan después de la imputación, del escrito de acusación, del mismo juicio, entre otras si-

tuciones, a la espera de la prescripción del delito. Se mira el archivo no como una institución procesal sino como los simples anaqueles donde reposan las carpetas judiciales, cuando en muchos casos, estos ni siquiera ameritan la promoción de la acción penal¹⁹¹.

8. Gradualidad¹⁹²

Nuestro legislador ha establecido un plexo de posibilidades para el aseguramiento de los fines del proceso, que van desde la privación de la libertad en establecimiento carcelario, o en la residencia del imputado, pasando por otra serie de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar más idóneas y menos gravosas, para los fines cautelares de las medidas de aseguramiento. De acuerdo con este principio o estándar el Juez puede imponer una o varias medidas, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. En los casos de personas con no-

191 Por ejemplo, como en el caso referido al porte de proveedores, que a la sazón era un comportamiento atípico, no obstante recorrió todas las fases procesales hasta llegar a Casación. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 28.908 del 8 febrero de 2008 M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

192 CADH art. 7.5; Convenio Europeo de Derechos Humanos art. 5.3; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. (Documento aprobado por la CIDH en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 marzo de 2008). Principio III.4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Resolución 45/110 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 14/12/90; Manual de Principios Básicos y Prácticas Prometedoras en la aplicación de medidas Sustitutivas del Encarcelamiento. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito). Naciones Unidas. Nueva York, 2010.

toria insolvencia económica, jamás deberá imponerse una medida de carácter prendario o económico¹⁹³.

La CIDH ha considerado que siempre que el peligro procesal pueda ser evitado razonablemente mediante la aplicación de una medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el Fiscal, el juzgador deberá optar por la aplicación de aquella, sea en forma individual o combinada¹⁹⁴.

Es importante destacar que la jurisprudencia internacional tiene establecido que una vez vencido el plazo razonable de la duración de la DP el Estado pierde la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado¹⁹⁵. En tal caso, el Estado podrá limitar la libertad con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento¹⁹⁶.

Todo lo anterior nos permite concluir que el estándar de gradualidad está íntimamente vinculado con el de la excepcionalidad y presunción de inocencia,

193 Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 2008 Op. cit. De igual manera respecto a la fianza o caución ver: CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Op. cit. párr. 232.

194 *Ibidem*. párr. 225.

195 Corte IDH. Caso Barreto Leyva vs. Venezuela. Op. cit. Párr. 120. En: CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. párr. 227.

196 Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Op. cit. Párr. 70. En: *Ibidem*. párr. 227.

entre otros, pues la DP deberá ser en todos los casos la *ultima ratio*, y corresponde a la Fiscalía argumentar en el caso concreto por qué no resultarían viables otras medidas alternativas. Al Juez le corresponde evaluar si el riesgo puede ser neutralizado por estas últimas medidas, motivando su decisión en forma razonada y suficiente, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa.

El presente estándar permite proponer que las medidas alternativas al encarcelamiento intramural debería ser la regla general en materia de medidas de aseguramiento y aquella solo debería proceder en los casos de incumplimiento acorde al artículo 316 de la Ley 906 de 2004 o cuando la persona, con todas las garantías, acepte cargos por delitos que ameritarían pena de prisión, sin derecho a subrogados o medidas sustitutivas.

Destacamos al respecto las propuestas de la Comisión Asesora de Política Criminal cuando propone, de manera urgente y necesaria, implementar un proyecto amplio de medidas y penas alternativas a la prisión, en los siguientes terminos:

“La detención preventiva debe recuperar su condición de medida excepcional y, por consiguiente, se debe establecer la posibilidad de libertad bajo fianza o bajo

*palabra durante todo el proceso y hasta la sentencia definitiva, para todos los delitos*¹⁹⁷”.

IV. PROCESO DECISORIO

Es claro que en nuestro territorio están facultados para decidir sobre la DP los Jueces de Control de Garantías y, excepcionalmente, el Juez de Conocimiento cuando profiere el sentido del fallo condenatorio (artículo 450 inciso 2º Ley 906 de 2004), al admitir que convencionalmente por DP se entiende todo el período de privación de la libertad de una persona, previo a una sentencia en firme¹⁹⁸. De tal manera que, cuando el Juez de Conocimiento dicta el sentido del fallo, ordenando la detención cuando resulte necesaria, no se halla en firme en tanto resta el proferimiento de la sentencia y toda la fase de su ejecutoria.

Esa necesidad de la detención surge de una interpretación armónica de los artículos 2º, 7º, 27, 295, 296 y 450 de la ley 906 de 2004, pues se trata de una medida de aseguramiento que se dicta en estos casos, la cual no puede desconocer el principio de afirmación

198 Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Op. cit. Párr. 70. En: *Ibidem* párrs. 227, 37.

de la libertad, *inter alias*, el carácter prevalente y su limitación a los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En este sentido, si el procesado ha demostrado su ánimo de comparecencia, visibilizado con su presencia en las distintas audiencias, notificaciones, arraigo, como tampoco existe riesgo de alteración del acervo probatorio porque el proceso ha culminado y, si por el contrario, ha contribuido a la conclusión del mismo, etc., sería procedente, en estos casos, una medida no privativa de la libertad, como la suscripción de un acta donde se comprometa al cumplimiento eventual de la sentencia, que podría extenderse hasta tanto quede ejecutoriado el fallo, salvaguardando así el derecho a la presunción de inocencia, que establece, que la persona debe presumirse y ser tratada como tal, hasta que quede en firme la decisión final (al respecto Caso Suárez Rosero, considerando 71).

Sostiene la CIDH¹⁹⁹, que al solicitarse la prisión preventiva, los Fiscales deberían manifestar por cuánto tiempo la piden, indicando toda su fundamentación, pues es contrario a las normas y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, solicitarla de manera inmotivada, automática y reiterada

de la libertad, *inter alias*, el carácter prevalente y su limitación a los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En este sentido, si el procesado ha demostrado su ánimo de comparecencia, visibilizado con su presencia en las distintas audiencias, notificaciones, arraigo, como tampoco existe riesgo de alteración del acervo probatorio porque el proceso ha culminado y, si por el contrario, ha contribuido a la conclusión del mismo, etc., sería procedente, en estos casos, una medida no privativa de la libertad, como la suscripción de un acta donde se comprometa al cumplimiento eventual de la sentencia, que podría extenderse hasta tanto quede ejecutoriado el fallo, salvaguardando así el derecho a la presunción de inocencia, que establece, que la persona debe presumirse y ser tratada como tal, hasta que quede en firme la decisión final (al respecto Caso Suárez Rosero, considerando 71).

Sostiene la CIDH¹, que al solicitarse la prisión preventiva, los Fiscales deberían manifestar por cuánto tiempo la piden, indicando toda su fundamentación, pues es contrario a las normas y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, solicitarla de manera inmotivada, automática y reiterada

1 Ibídem. Párr. 177.

por el término máximo de prisión preventiva que les permite la Ley, sin atender las características específicas del caso; y los jueces, deberían ejercer control convencional al respecto estableciendo el límite temporal de la misma.

En relación con el proceso decisorio, corresponde a la defensa pública, y particularmente a los jueces, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, examinar todos los hechos y argumentos a favor o en contra de la existencia no solo de los peligros procesales que justifican su aplicación o mantenimiento según el caso, como lo sostiene la CIDH en varios informes²⁰⁰, sino también los presupuestos relacionados con el *fumus boni iuris* antes referido.

Por lo anterior, compartimos el presente informe de la CIDH, cuando indica que el análisis del Juez para decretar la prisión preventiva tiene que ser sustantivo, no simplemente formal²⁰¹; y de allí la necesidad de que la defensa pública cuente con la adecuada información probatoria previa a la audiencia, cuya propuesta para implementar esa garantía se hizo en un trabajo colectivo²⁰².

200 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. Párr. 178.

201 *Ibidem*.

202 DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo y SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia.-Ley 906 de 2004. Op. cit. p. 196.

La CIDH recomienda la celebración de una audiencia previa sobre la procedencia de la prisión preventiva u otra medida menos restrictiva, con el objeto de que la defensa conozca con antelación los argumentos a partir de los cuales se infiere el riesgo de fuga o de interferencia con las investigaciones²⁰³. De igual modo, reitera la necesidad de sistemas adecuados de programación y ejecución de audiencias, para que las que se programen sean efectivamente celebradas, y no suceda como en nuestro país en donde el sistema ya no se llama acusatorio sino, en términos coloquiales de los usuarios del sistema penal, aplazatorio²⁰⁴.

En cuanto a la motivación, no existe duda que la jurisprudencia de la Corte IDH, ha venido exigiendo que en estas materias, relacionadas con la afectación de derechos fundamentales debe existir una motivación suficiente, entendiéndose por tal, la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, y que los argumentos de las partes y el conjunto de las pruebas ha sido analizado rigurosamente²⁰⁵, pues no bastan exclusivamente los informes de policía, práctica arraigada en nuestra región,

203 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. Párr.180.

204 Casualmente en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit., párr. 207, se hace un llamado a “mejorar los sistemas de programación de audiencias”.

205 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Op. cit., párrs. 107 y 118.

que sustentan la captura en flagrancia, desconociendo otros elementos de prueba²⁰⁶.

De igual forma, existe jurisprudencia internacional indicativa de la insuficiencia de invocar meramente las causales de procedencia de la prisión preventiva sin la consideración y análisis de las circunstancias del caso, pues estas no pueden ser generales o abstractas, y menos apoyadas en meras conjeturas o intuiciones como muchas veces ocurre en nuestras salas de audiencia, pues la justicia no puede funcionar “en automático”, en atención a patrones, estereotipos o fórmulas preestablecidas, sin ofrecer razones fundadas que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de la prisión²⁰⁷, a más de los indicios suficientes de que la persona participó en el hecho investigado, y esa carga corresponde al Estado, a la víctima o a su apoderado²⁰⁸, en los casos de ley.

De la decisión de la Corte IDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, resuelto el 21 de noviembre de 2007, se tiene que, en resumen, las medidas cautelares penales deben ser: excepcionales

206 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit., párr. 190, apoyándose en Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre prisión preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013.

207 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit., párrs. 186, 188.

208 Al respecto de los sujetos e intervinientes habilitados para solicitar la medida de aseguramiento, Cfr. Corte Constitucional, sentencia Tutela T-704 del 4 septiembre 12 M. P. Luis Vargas Silva.

y no ordinarias, rutinarias o sistemáticas; justificadas dentro de un marco preciso de razones y condiciones que les confieran legitimidad y racionalidad; acordadas por autoridad jurisdiccional independiente, imparcial y competente; que las resuelva con formalidad y exprese los motivos y los fundamentos en que apoya el mandamiento; indispensables para alcanzar el fin legítimo que con ellas se pretende; proporcionales a este y a las circunstancias en que se emiten; limitadas, tanto como sea factible en intensidad y duración; revisables periódicamente; por mandato de la ley y por instancia de las partes; revisión que debe contar con las garantías inherentes a un verdadero régimen impugnativo (independencia, eficacia y celeridad); revocables o sustituibles cuando se ha rebasado el tiempo razonable de vigencia, tomando en cuenta sus características²⁰⁹.

En este orden de ideas, otro estándar, de amplio dominio y aceptación, que concierne al tema y al cual nos referimos brevemente, hace relación a la defensa efectiva, diligente y eficaz a cargo de profesionales calificados y capacitados, procurando asegurar no solo el respeto de las garantías sino también que las decisiones proferidas en el curso del proceso se en-

209 BENAVENTE CHORRES, Hesbert. La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades. Op. cit., p. 363.

cuentren ajustadas al derecho y a la justicia, lo cual tiene amplio respaldo convencional (8.2) y en los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados (principio 14)²¹⁰.

210 “Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión”.

V. CONTROL E IMPUGNACIÓN

No cabe duda que esta es otra de las exigencias al encarcelamiento preventivo, que deben ser cauteladas conforme a los estándares internacionales. En esta tesitura cabe mencionar: la verificación de los requisitos y su control judicial; las medidas aplicables; la motivación y fundamentos de la detención, la asistencia legal, la imparcialidad de los tribunales y el derecho al recurso efectivo, como lo establecen las Reglas de Tokio (Regla 6.3).

La doctrina especializada²¹¹ ha considerado que al imponer una medida cautelar el juzgador deberá tomar en cuenta todas aquellas instituciones afines para determinar si la solicitada es la que permite obtener un determinado fin convencional y no otras alternativas menos gravosas para el imputado. En esta inteligencia y, a manera de resumen, precisan

211 BENAVENTE CHORRES, Hésbert. La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades. Op. cit., Pp. 396-402.

los siguientes principios y reglas procesales a la hora de decidir: (i) principio de legalidad (númerus clausus)²¹²; (ii) principio de judicialidad; (iii) finalidad cautelar; (iv) principio de proporcionalidad; (v) *favor libertatis* (exoficio, el juzgador debe optar por la interpretación e imposición a lo más favorable para el imputado, cuando existan dudas); (vi) legitimidad (no descuidando que la defensa en ejercicio del derecho de contradicción puede solicitar la abstención o una medida alterna); (vii) material probatorio; (viii) prohibición de desnaturalización (Ejemplo: imponer medidas o garantías económicas de imposible incumplimiento); (ix) provisionalidad (condicionada a la cláusula *rebus sic stantibus*).

Todos estos son filtros, al igual que el principio de proporcionalidad y demás estándares estudiados, para imponer una medida de aseguramiento en tanto el Juez deberá actuar conforme a los “candados convencionales” del sistema regional interamericano (CADH 7.5 y 6), para acatar lo dispuesto, también en el PIDCP (artículo 9.3).

212 De todos modos la legalidad tiene que ver con los aspectos que restringen la libertad, no con los que la favorecen, los cuales se rigen por el marco de la legitimidad. Es así como, una doctrina muy importante precisa que, “los listados restrictivos carecen de razonabilidad suficiente y por tanto son apenas un criterio auxiliar del juez para analizar los casos concretos, teniendo aquel su horizonte marcado por el camino de los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad concreta”: CRUZ BOLÍVAR. Op. cit. P. 87.

Recomendamos, a manera de buenas prácticas litigiosas, con fundamentos en el principio de igualdad de armas, para que la defensa tenga acceso a los elementos probatorios de la investigación, esenciales para ejercer el derecho de contradicción, en todas las audiencias relacionadas con el régimen de la libertad (medida de aseguramiento, revocatoria, modificación, sustitución, libertad provisional, revisión de la medida, dado que los presupuestos pueden desaparecer o disminuir con el paso del tiempo, etc.), lo siguiente:

Como, en algunos casos, por el volumen de elementos probatorios que se avizoran desde la indagación e imputación, la defensa puede solicitar, con base en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004 y los respectivos estándares internacionales, un plazo para estudiar dichos elementos, pero de igual modo, una vez se han hecho públicos estos elementos con los que se sustenta la medida, pueden pedirse dentro de la audiencia para que el Juez autorice a la Fiscalía entregar esas copias de los elementos probatorios descubiertos para que la defensa realice adecuadamente su estudio posterior.

Tal propuesta permitiría que la defensa desarrolle, con mejores posibilidades de tiempo y recursos, un adecuado programa metodológico de su investigación, pues indudablemente constituye una dificultad

mayúscula realizar anotaciones dispendiosas, cuando bien puede la defensa con la venia de la Fiscalía, incluso, con la autorización del Juez de Garantías, obtener estas copias concluida la diligencia, *inter alia*, ese secretismo no tendría razón para alguien que es parte o interviniente dentro de la audiencia, y con lo cual se entendería que el descubrimiento de elementos probatorios no solo opera en las audiencias de juzgamiento sino en las preliminares, donde el solicitante de una medida de aseguramiento, tiene que apoyarla en materiales probatorios, a los cuales debe tener acceso la defensa.

Todo lo anterior, en desarrollo de la protección a la tutela efectiva del derecho de defensa del imputado, o de las modalidades de control de convencionalidad en el proceso penal, siendo una de ellas la cautela de derechos²¹³, que hace parte del derecho fundamental a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, aspecto importante del principio de “igualdad de condiciones”. Este tiempo adecuado depende de la complejidad de los casos, y por ello la defensa puede acudir a la normatividad pertinente, entre otras:

(i) Artículos 11.1 de la Declaración Universal: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. (ii) Art. 14.3 b del PIDCP: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...); b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”; (iii) principio 21 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados: “Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y los documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz”.

Es una buena oportunidad para proponer y recomendar que en la Defensoría Pública continuemos trabajando por una dogmática procesal garantista con el propósito de hacer efectiva la cláusula de la igualdad de oportunidades y el verdadero proceso equitativo que inspiró la reforma procesal vigente, que impediría consagrar excepciones al ejercicio del derecho de defensa, tal como aparece vertido en

algunas de las razones consignadas en la sentencia C-025 de 2009²¹⁴.

Estas prerrogativas deberían ser salvaguardadas con mayor celo cuando, por ejemplo, la indagación se dirige contra persona conocida y se prolonga la misma. Si en el anterior sistema que era de corte inquisitivo la defensa podía acceder al expediente antes de la indagatoria (C-033 y C-096 de 2003) con mayor razón debe existir una forma procesal o unas buenas prácticas litigiosas que permitan acceder al material probatorio, entre otras, previo a la solicitud de medida de aseguramiento. Por ello está consagrado y constitucionalizado el principio de igualdad de armas como un mecanismo conforme con el cual las partes acuden:

*“Ante el Juez con las mismas herramientas, oportunidades, elementos de convicción, sin privilegio ni ventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales”*²¹⁵

En este orden de ideas y por todo lo anteriormente expuesto podemos realizar las siguientes precisiones:

- (i) La DP debe ser la excepción y no la regla. Es decir, solo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines legítimos del pro-

214 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

215 Corte Constitucional. Sentencia C-545 de 2008 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

ceso. En estos casos se debe demostrar qué otras medidas resultan idóneas a esos fines, y, en tal sentido, se debe procurar otra de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan²¹⁶.

Por consiguiente, se atenta contra este principio de excepcionalidad, presunción de inocencia e interpretación *pro homine*, cuando se justifica la detención en la peligrosidad del imputado; en la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o en la repercusión social del hecho; como también por **causas no válidas o insuficientes** como sería cuando se impone la detención por:

a) El tipo de delito imputado (por ejemplo, los relacionados con drogas); b) la pena fijada, pues La Convención no admite que toda una categoría de imputados, por esa sola condición, quede excluida del derecho a permanecer en libertad durante el proceso²¹⁷. Es decir, que constituye una detención arbitraria establecer un riesgo en función del pronóstico de la pena, sin consideración a otras circunstancias y mucho más cuando no se ofrecen argumentos razonables y verificables de esa presunción, entre otros, el riesgo de fuga por la pena a imponer. A este respecto son importantes los apor-

216 CIDH. Informe No. 86/09. Op. cit. Párr. 100.

217 CIDH. Informe No. 86/09. Op. cit. Párrs. 89, 140, 141, 144.

tes de la Fundación para el Debido Proceso, cuando en su investigación²¹⁸ señalan que las audiencias en que se debate la prisión preventiva, se tornan en un “juicio anticipado” cuando se evalúa el riesgo de fuga en función de la pena estimada, casos en los cuales se parte de una presunción de culpabilidad; c) la alarma social, repercusión social, naturaleza del delito, gravedad, peligrosidad en tanto son juicios que se fundamentan en criterios materiales y convierten a la prisión preventiva en una pena anticipada²¹⁹. Cuando esto ocurre, la CIDH, ha instado a los Estados a “promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva”²²⁰ y d) respecto al criterio de reincidencia, la CIDH, considera que no puede ser exclusivamente un criterio rector de aplicación de la prisión preventiva porque viola la presunción de inocencia, y en ningún caso puede ser acreditada en función de registros policiales u otra base probatoria distinta de sentencias ejecutoriadas²²¹.

218 DPLF, independencia judicial insuficiente. Prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, 2013, Pp. 16 y 17. En: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp> (consultada marzo 8 de 2014).

219 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Op. cit. Párrs. 147 a 157.

220 CIDH. Comunicado de prensa 76/11. Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria en Uruguay. Washington, D. C., 25 de julio de 2011, anexo, párrs. 42 y 46.

221 Nota: Los literales a), b), c), d) en: CIDH. Informe No. 84/10. Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010. Párrs. 150, 152, 153, 172.

- (ii) Los fines legítimos y permisibles de la DP deben tener carácter procesal: peligro de fuga o la obstaculización del proceso. “No pueden residir en fines preventivos-generales o preventivos-especiales atribuibles a la pena”²²², menos en la gravedad del delito y características personales del autor, pues estas son razones de derecho penal material, no procesal, propios de la pena²²³.
- (iii) La existencia de indicio de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la DP de una persona en tanto convencionalmente urge la necesidad de establecer un fin legítimo; de lo contrario deviene en arbitraria²²⁴.
- (iv) Aun existiendo fines procesales, se requiere que la DP sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal.
- (v) Motivar y acreditar todos los presupuestos para la detención, incluyendo, lo atinente a los riesgos procesales. No bastan las meras presunciones.

222 Corte IDH. Caso Barreto Leyva vs. Venezuela. Op. cit. Serie C. No. 206. Párr. 111; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Op. cit. Serie C. No. 170. Párrs. 103.

223 CIDH. Informe 86/09. Op. cit. Párrs. 81 y 84; Informe 77/02 párr. 76.

224 Corte IDH. Caso Barreto Leyva vs. Venezuela. Op. cit. Serie C. No. 206, párrs. 115 y 116.

- (vi) Decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su procedencia. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 8, párr. 3, ha considerado que “la prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible”.
- (vii) En los casos de niños, niñas y adolescentes los criterios de procedencia deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose el uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad; y cuando sea procedente deberá aplicarse durante el plazo más breve posible (los anteriores estándares visibles en el párr. 21 Informe 46/13).
- (viii) El deber del Estado de establecer y promover la aplicación de otras medidas cautelares distintas a la DP, correspondiéndole a los jueces el deber de considerarlas, y explicar por qué estas no serían suficientes para mitigar los posibles riesgos procesales en los casos correspondientes (párr. 26 Informe 46/13).
- (ix) La aplicación de medidas no privativas de la libertad no vulneran los derechos de las víctimas ni mucho menos es sinónimo de impunidad; por el contrario su desarrollo y mayor utiliza-

ción constituye un elemento importante para la modernización de la administración de justicia y para la propia gestión penitenciaria, al contribuir a la estabilización del crecimiento de la población penal (párr. 26 Informe 46/13).

- (x) Deber del Estado de asegurar la separación efectiva entre condenados y procesados en los Centros de privación de la libertad; recibir trato acorde a su condición de personas inocentes cuya privación de libertad solo tiene fines cautelares. Igualmente, las personas detenidas y absueltas en primera instancia deberán ser puestas en libertad inmediatamente (párr. 138 Informe 46/13).

La legitimidad de las causales de procedencia de la prisión preventiva deriva de compatibilidad con la Convención Americana (artículo 29) y no del mero hecho de que estén contenidas en la ley; pues, es posible que por vía legal se establezcan causales o criterios de aplicación contrarios al régimen y a las garantías previstas por la Convención²²⁵.

225 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Op. cit. párr. 146.

VI. CONCLUSIONES

Quedó demostrado que los estándares internacionales establecen, con carácter obligatorio, que la DP proceda como mecanismo excepcionalísimo, es decir, como medida extrema, presupuesto orientado a proscribir su uso arbitrario, indiscriminado y generalizado, por lo tanto sus finalidades deben interpretarse restrictivamente, y deben estar fundadas y verificadas con elementos probatorios rigurosos ante la laxitud de las finalidades aquí cuestionadas y los subjetivismos usuales en esta clase de audiencias.

De igual manera que la presunción de inocencia resulta vulnerada cuando se utiliza la medida de aseguramiento para fines sustantivos y cuando su aplicación resulte desproporcionada en tanto el riesgo puede conjurarse con una medida menos intensa.

Visto está que el problema penitenciario no es cuestión solo de hacinamiento. Esta es una visión miope del problema, pues ello implica resolverlo con la construcción de más cárceles y realizando operaciones matemáticas: cuánta es la capacidad de cada

cárcel y cuál el número de internos. Esto deja de lado otras alternativas que estimamos más acorde al compás de estos estándares internacionales, como lo hizo Costa Rica, reivindicando su universalidad y obligatoriedad como parte del sistema de garantías de la libertad. Dentro de esta acción estratégica está limitar la DP, no obstante su cuestionada legitimidad; optar por medidas no privativas de la libertad; detenciones domiciliarias, etc. La idea es reducir la demanda antes que aumentar la oferta.

Este esfuerzo invita a volver por los fueros de la razón jurídica y del garantismo, confrontando la feroz arremetida de la ideología autoritaria latente y simbólica dentro del proceso penal que aniquila el sistema de garantías de la libertad. Ante este panorama la defensa pública debe convertirse en su salvaguarda, y los mejores estándares en útil herramienta de contrapeso en el ejercicio del “control horizontal” que a ella corresponde en este tipo de audiencias. De esta manera una buena práctica defensorial es la solicitud del control convencional para procurar el efecto útil de los instrumentos internacionales.

Hoy tal reclamo y aspiración son de inevitable preocupación, puesto que, como advertimos, se aprecia en la praxis judicial, pareciera que la vigencia de los sustitutivos penales consagrados en la Ley 1709 de

2014 se ha desvirtuado en la práctica, producto de la errónea interpretación —o más bien denegación— del Bloque de constitucionalidad. De verdad, como lo expone GUERRERO PERALTA en la obra citada, no deja de ser una vergüenza que la jurisdicción contenciosa administrativa dispense la aplicación de mejores estándares de garantía en la consideración del juzgamiento de los trámites procesales penales en materia de responsabilidad por errores judiciales, y no se hayan percatado de ello no pocos jueces y fiscales, lo cual está abriendo una tronera de indemnizaciones provenientes de las condenas que se producen y producirán en el Consejo de Estado y en los tribunales internacionales, que desestabilizarán el presupuesto nacional y, por supuesto, el futuro de los colombianos, puesto que se calcula que en el primer mes del 2014 el total de las demandas instauradas contra entidades del orden nacional por privación injusta de la libertad llegaron a 1.172, y sus pretensiones ascendieron a 282.319 millones de pesos²²⁶.

226 Ámbito Jurídico. “Privación injusta de la libertad, causas de las demandas más costosas en contra del Estado”. 14 marzo de 2014. En: ambitojuridico.com (consultado 15 marzo de 2014); Cfr. *El Tiempo*, 14-02-2014: “El Estado paga 1.2 billones por demandas. Agencia de Defensa Jurídica alerta que por esta razón se enfrentan procesos por casi 20 billones”. En el cuerpo de la denuncia se destaca que el total de la cuantía de los procesos en contra del Gobierno es por “un valor de 191,6 billones de pesos. De este total, 37 billones son por cuenta de demandas interpuestas por colombianos contra la Fiscalía porque fueron privados de la libertad y luego declarados inocentes o a los que la justicia no les pudo demostrar la responsabilidad”. Internet: Eltiempo.com (consultado 15 febrero de 2014).

Para los operadores jurídicos, especialmente, para la defensa pública, los estándares internacionales relevantes y vinculantes que rigen la detención preventiva, constituyen una herramienta útil en la tarea de promoción y defensa de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Finalmente, esperamos que este trabajo contribuya no solo a tarea sino que estimule el desafío de empadronar estos estándares internacionales, como mecanismo de control litigioso, en tanto es significativo el porcentaje de “presos sin condena” en nuestra región, por el uso excesivo de la detención preventiva, que compromete y debe cuestionar profundamente toda la actividad jurisdiccional, por ser una practica abiertamente contraria a nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Y, a manera de colofón el Fiscal General de la Nación, Dr. Eduardo Montealegre Lynett, en una entrevista concedida a un diario capitalino, defendió la vigencia de estos estándares, afirmando que estas posiciones, como las que defendimos y compartimos en este trabajo, a él, podrían traerle fuertes críticas en sectores retardatarios del país, en los siguientes términos:

“El proceso penal no puede renunciar a las garantías mínimas. Como ocurre en cualquier régimen democrático, las medidas que pueden tomar las autoridades en contra de una persona antes de que se profiera una sentencia condenatoria son excepcionales y, antes que nada, deben respetarse derechos fundamentales, como el de presunción de inocencia”.

“Veo con mucha preocupación que, en ciertos sectores de opinión muy respetables, se abre camino la tesis de que solo hay justicia cuando un ciudadano va a prisión. En materia de libertad no podemos retroceder ante quienes pretenden que volvamos a sistemas que convirtieron la detención preventiva en la regla general durante el proceso. Aun contra la corriente, insistiré en que la privación de la libertad debe ser excepcional. Entiendo que esta concepción filosófica liberal y protectora de la libertad me traerá fuertes críticas en sectores retardatorios del país. Sin embargo, en defensa de una tradición progresista del derecho penal, estoy dispuesto a asumir ese costo”.

“Nuestra cultura jurídica está anclada en una tradición retribucionista- ojo por ojo, diente por diente- que debemos empezar a cambiar. Debemos iniciar una gran cruzada, para que todos los colombianos entendamos el valor de la presunción de inocencia y el respeto absoluto por la libertad durante el proceso.

Debemos continuar el camino iniciado hace algunos años hacia el garantismo penal, para derrotar aquellos sectores que piensen que la defensa de los derechos fundamentales es una alambra de impunidad” (El tiempo.com. Por: Justicia, 27 julio de 2014).

ANEXO “PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADOS”

Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de Agosto al 7 de Septiembre de 1990, Onu Doc. A/ Conf.144/28/ Rev.1 P. 118 (1990).

Considerando que los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en la promoción y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igual-

dad ante la ley, la presunción de inocencia, el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, y el derecho de toda persona acusada de un delito a todas las garantías necesarias para su defensa,

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama, además, el derecho de las personas a ser juzgadas sin demoras injustificadas y a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recuerda que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Considerando el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, que estipula que toda persona detenida tendrá derecho a la asistencia de un abogado, a comunicarse con él y a consultarlo,

Considerando que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos recomiendan, en particular, que se garantice la asistencia letrada y la comunicación confidencial con su abogado a los detenidos en prisión preventiva,

Considerando que las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte reafirman el derecho de todo sospechoso o acusado de un delito sancionable con la pena capital a una asistencia letrada adecuada en todas las etapas del proceso, de conformidad con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Considerando que en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder se recomiendan medidas que deben adoptarse en los planos nacional e internacional para mejorar el acceso a la justicia y el trato justo, la restitución, la compensación y la asistencia en favor de las víctimas de delitos,

Considerando que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente,

Considerando que las asociaciones profesionales de abogados tienen que desempeñar la función esencial de velar por las normas y la ética profesionales, proteger a sus miembros contra persecuciones y restricciones o injerencias indebidas, facilitar servicios

jurídicos a todos los que los necesiten, y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público,

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados que figuran a continuación, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se aplicarán también, cuando proceda, a las personas que ejerzan las funciones de la abogacía sin tener la categoría oficial de abogados.

Acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos

1. Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.
2. Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados

para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, como discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra condición.

3. Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos.
4. Los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados promoverán programas para informar al público acerca de sus derechos y obligaciones en virtud de la ley y de la importante función que desempeñan los abogados en la protección de sus libertades fundamentales. Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado.

Salvaguardias especiales en asuntos penales

5. Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.
6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.
7. Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.
8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora,

interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Competencia y preparación

9. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

10. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que no haya discriminación alguna en contra de una persona, en cuanto al ingreso en la profesión o al ejercicio de la misma, por motivos de raza, color, sexo, origen étnico, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento, situación económica o condición social, aunque no se considerará discriminatorio el requisito de que un abogado sea ciudadano del país de que se trate.

11. En los países en que haya grupos, comunidades o regiones cuyas necesidades de servicios jurídicos no estén atendidas, en especial cuando tales grupos tengan culturas, tradiciones o idiomas propios o hayan sido víctimas de discriminación en el pasado, los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza deberán tomar medidas especiales para ofrecer oportunidades a candidatos procedentes de esos grupos para que ingresen a la profesión de abogado y deberán velar por que reciban una formación adecuada a las necesidades de sus grupos de procedencia.
12. Los abogados mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión en su calidad de agentes fundamentales de la administración de justicia.
13. Las obligaciones de los abogados para con sus clientes son las siguientes:
 - a) Prestarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes;

- b) Prestarles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses;
 - c) Prestarles asistencia ante los tribunales judiciales, otros tribunales u organismos administrativos, cuando corresponda.
14. Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión.
15. Los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes.

Garantías para el ejercicio de la profesión

16. Los gobiernos garantizarán que los abogados: a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones ad-

ministrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

17. Cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada.
18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones.
19. Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.
20. Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo.
21. Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos per-

tinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible.

22. Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.

Libertad de expresión y asociación

23. Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos, así como a unirse o participar en organizaciones locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita. En el ejercicio de estos derechos, los abogados siempre obrarán de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

Asociaciones profesionales de abogados

24. Los abogados estarán facultados a constituir asociaciones profesionales autónomas e incorporarse a estas asociaciones, con el propósito de representar sus intereses, promover su constante formación y capacitación, y proteger su integridad profesional. El órgano ejecutivo de las asociaciones profesionales será elegido por sus miembros y ejercerá sus funciones sin injerencias externas.
25. Las asociaciones profesionales de abogados cooperarán con los gobiernos para garantizar que todas las personas tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios jurídicos y que los abogados estén en condiciones de asesorar a sus clientes sin injerencias indebidas, de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

Actuaciones disciplinarias

26. La legislación o la profesión jurídica, por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las

costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas. 173

27. Las acusaciones o reclamaciones contra los abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección.
28. Las actuaciones disciplinarias contra abogados se sustanciarán ante un comité disciplinario imparcial establecido por la profesión jurídica, ante un organismo independiente establecido por la ley o ante un tribunal judicial, y serán objeto de revisión judicial independiente.
29. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias se registrará por el Código de Conducta Profesional y otras reglas y normas éticas reconocidas a la profesión, y tendrá presente estos principios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

AYALA CORRAO, Carlos M. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en Méndez Silva, Ricardo (Ed) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México. UNAM. 2002.

Ámbito Jurídico. Daño por privación injusta de la libertad es mayor en procesos altamente mediatizados. Febrero 21 de 2013.

_____. 26 octubre al 19 noviembre de 2013. Entrevista a Miguel La Rota y Carolina Bernal.

_____. 26 septiembre de 2013. La detención preventiva y la privación injusta, de nuevo a debate. Por: Óscar Julián Guerrero.

_____. 17 enero de 2014. CIDH presenta informe sobre prisión preventiva en las Américas.

_____. 14 marzo de 2014. Privación injusta de la libertad, causas de las demandas más costosas en contra del Estado.

El Tiempo, 14-02-2014: “El Estado paga 1.2 billones por demandas. Agencia de Defensa Jurídica alerta que por esta razón se enfrentan procesos por casi 20 billones”. Internet: Eltiempo.com (consultado 15 febrero de 2014).

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades. JB, Bosch procesal. España 2012.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Tomo I, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Quinta edición. 2004.

BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Segunda edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 1999.

americano, Buenos Aires. Editores del Puerto-Defensoría General de la Nación. 2008.

BOVINO Alberto. El fallo “Suárez Rosero”. Washington, Material de Estudio de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Washington College of Law de la American University, 2002.

_____ El Encarcelamiento preventivo en los Tratados de derechos humanos, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.). La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

_____ Problemas del Derecho Penal Contemporáneo. Editores del Puerto. Argentina-Buenos Aires, 1998.

BRICEÑO-DONN, Marcela. Mujeres y prisión en Colombia: análisis desde una perspectiva de derechos humanos y de género, Bogotá. Procuraduría General de la Nación-Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer UNIFEM, 2007.

CAFFERATA NORES, José I. La excarcelación Tomo I, Buenos Aires. Depalma, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal, Tomo III, Buenos Aires. EJEA, 1950.

CRUZ BOLÍVAR, Leonardo Fabián. “Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano” en Revista de Derecho Penal y Criminología No. 95, julio/diciembre de 2012, Volumen XXXIII, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2012.

DÍAZ PEDROZO, Alexánder. El principio de favorabilidad procesal penal y la coexistencia de sistemas procesales. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2012.

DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián. Proceso Penal, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Trotta, 1997.

FLORIÁN, Eugenio. Derecho Procesal Penal, Barcelona. Editorial Bosch, 1933.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. “Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos en materias penal y disciplinaria”. En: Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, coordinadores Jorge Armando Otálora Gómez, Esi-

quio Manuel Sánchez Herrera y Manuel Fernando Moya Vargas, Bogotá. Defensoría del Pueblo. 2013.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. “*Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad.*”, Documentos Especializados No. 9, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. 2014.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal Chileno. Tomo I. Editora Jurídica de Chile. Primera edición. 2003.

LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires. EJEJA, 1963.

LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. En: Nuevo Foro Penal. Universidad Eafit. Año 1 Mayo-Agosto, No. 65. 2003.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra. Thomson-Aranzadi, 2004.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva (Límites constitucionales). San José de Cos-

ta Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. 1997.

MAIER, Julio. Derecho procesal penal Argentino, Volumen II. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989.

O'DONNELL, Daniel; UPRIMNY, Inés Margarita y VILLA, Alejandro. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá. Oficina Alto Comisionado de la ONU para los derechos humanos. 2001.

OLMEDO, Clariá. Derecho Procesal, Tomo II, Buenos Aires. Depalma, 1991. P. 78.

OLMEDO, Clariá (J.). Derecho procesal penal. Rubinzal-Culzoni, Editores. Buenos Aires, 1998.

ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional, Navarra. Thomson-Aranzadi. 2005.

PASTOR, Daniel. Encrucijada del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 13. Bogotá. 2009.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La Detención Preventiva en el Sistema Acusatorio, Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008.

PINTO, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En: Abregú, Martín. Courtis, Christian. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires. 2004.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas. Jurisprudencia esencial, Granada. Editorial Comares, 2000.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Universidad del Norte. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2013.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Grijley, Lima, 1999.

SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. En: AA VV. Libro homenaje

al profesor. Julio B. Maier. Editorial del Puerto. Buenos Aires. 2004.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad. Derechos Humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura. 2006.

_____. Los excesos en la detención preventiva. *El Espectador*, 1° de agosto de 2011. Caso Arias.

VÉLEZ MARICONDE (A). Estudios de derecho procesal penal, Córdoba. 1956.

VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Universidad de Antioquia. Medellín, 2012.

Jurisprudencia Nacional

CORTE	CONSTITUCIONAL.		Sentencias
C-150/93;	C-301/93;	C-412/93;	C-106/94;
C-578/95;	C-251/97;	C-327/97;	C-358/97;
C-425/97;	C-549/97;	T-296/98;	T-153/98;
C-400/98;	C-034/99;	T-568/99;	C-790/99;
C-846/99;	T-256/00;	C-634/00;	C-1510/00;
C-774/01;	T-1319/01;	C-131/02;	C-228/02;
C-1072/02;	C-033/03;	C-096/03;	T-512/03;
T-553/03;	T-558/03;	T-786/03;	T-978/03;

T-327/04; SU-388/05; SU-389/05; T-524/05;
 C-591/05; C-799/05; C-822/05; C-1154/05;
 T-1310/05; C-370/06; C-423/06; C-456/06;
 C-989/06; C-210/07; C-479/07; C-425/08;
 C-1198/08; C-318/08; C-186/08; C-536/08;
 C-545/08; T-920/08; C-025/09; T-435/09;
 T-162/10; T-367/10; C-541/10; C-442/11;
 T-585A/11; C-121/12; C-289/12; T-704/12;
 T-992/12; C-695/13; T-705/13; C-390/14.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Casación Penal. Rad. 19.659 (16-07-02); Rad. 14.636 (04-04-03); Rad. 16.834 (31-07-03); Rad. 23567 (04-05-05); Rad. 1904 (05-05-05); Rad. 28.908 (08-02-08); Rad. 30.363 (04-02-09); Rad. 26.909 (24-06-09); Rad. 31.531 (08-07-09); Rad. 29.221 (02-09-09); Rad. 32672 (14-10-09); Rad. 32.193 (21-10-09); T-48.613 (29-06-10); T-51.570 (15-12-10); (14-10-09); Rad. 35946 (13-04-11); Rad. 40.246 (28-11-12); 43.158 (12-03-14).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia T-1100102- 03-00-2011-00497-00 de marzo 24 de 2011 M.P. Edgardo Villamil Portilla.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia 25000232600020000071801 (27252), dic. 12/13.

Jurisprudencia Internacional

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Caso Pinkney vs. Canadá (27/1998). 29 de octubre de 1981.

CrEDH, Case of Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain (Application No. 10590/83), Sentencia del 6 de diciembre de 1988.

Tribunal Europeo Causa Bunkate vs. The Netherlands (Nederland)(26/1992/371/445), 26 de mayo de 1993.

Comité de Derechos Humanos, caso Albert Womah Mukong C. Camerún, (458/1991), 21 de julio de 1994.

CrEDH, Case of Allenet de Ribemont v. France (Application No. 15175/89), Sentencia del 10 de febrero de 1995.

CIDH. Informe No. 12/96. Caso 11.245 del 1º marzo de 1996.

Corte IDH Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Serie C No. 39. Sentencia de 27 de agosto de 1996.

Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia del 12 noviembre de 1997.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 50 de abril 13 de 2000, Caso 11.298, REINALDO FIGUEREDO PLANCHART vs. República Bolivariana de Venezuela, párrafo No. 140.

Caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala*, sentencia de noviembre 25 de 2000.

Communication No. 770/1997, *Dimitry L. Gridin v. Russian Federation*, decisión del 18 de julio de 2000.

Corte IDH. Caso *Barrios Alto vs. Perú*. (*Chumbipupa Aguirre y otros vs. Perú*) Sentencia del 14 marzo de 2001.

Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia 25 noviembre de 2003.

Corte IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Serie C No. 114. Sentencia de 7 septiembre de 2004.

Corte IDH. Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.

Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 22 noviembre de 2005.

Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de febrero de 2006.

Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso de Perú vs. Perú. Sentencia 24 noviembre de 2006.

CIDH. Informe 35/07 (Caso 12.553 Fondo. Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay. 2007.

Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 16. Sentencia de 4 de julio de 2007.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007.

CrEDH. Case of Ladent v. Poland (Application No. 11036/03), Sección Cuarta de la Corte, Sentencia del 18 de marzo de 2008.

Corte IDH Caso YVon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 6 mayo de 2008.

Corte IDH. Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 12 agosto de 2008. Corte IDH. Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008.

CIDH. Informe No. 86/09. Caso 12.553. Fondo. Sentencia 6 de agosto de 2009.

Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

Corte IDH. Caso Barreto Leyva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

CIDH. Informe No. 84/10. Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010.

ONU, HRC, Communication No. 1369/2005, Felix Kulov, decisión del 26 de julio de 2010.

_____, Communication No. 1547/2007, Munarbek Torobekov v. Kyrgyzstan, decisión del 27 de octubre de 2011.

CIDH. Comunicado de prensa 76/11. Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria en Uruguay. Washington, D.C., 25 de julio de 2011.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

CIDH Comunicado de prensa 2313, del 5 abril de 2013.

CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/ Ser. L/V/II. Documento. 46/13. 30 de diciembre de 2013.

Concepto 5711 de 3 febrero de 2014 del Ministerio Público.

Internet

BOERI, Cecilia Margarita. Prisión preventiva y morosidad judicial. En: http://capacitacion.mpba.gov.ar/files/pdf/juridicoSocial/curso951/111013_encuentroDefPubPenal_tallerProcPenal_ponenciaBoeri_prisionPreventiva_morosidadJudicial.pdf (Consultado 22 de abril de 2014).

BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia*. <http://www.cienciaspenales.org/revista23pdf/Contra%20la%20inocencia-Alberto%20Bovino.pdf> (consultado 4 de marzo de 2014).

Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final diagnóstico y propuestas de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012. Ministerio de Justicia y del Derecho; APC Colombia; Unión Europea. En: http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL-23NOV.pdf (Consultado mayo 10 de 2014).

Declaraciones del Dr. Jorge Armando Otálora, Defensor del Pueblo. Comunicado de prensa. 28 enero de 2014. “Defensor del Pueblo condena tragedia humanitaria en Cárcel Modelo de Barranquilla”. Internet: defensoria.org.co (Consultado 29 de enero de 2014).

DEL VILLAR DELGADO, Donaldo. “Estándares vinculantes con la situación carcelaria”. En: <http://www.zonacero.info/index.php/opiniones/48080-estandare-sinternacionales-vinculantes-con-la-situación-carcelaria> (Marzo 11 de 2014).

_____. Videoconferencia: Estándares internacionales vinculantes con la detención preventiva. En: <http://youtu.be/xi-YUscSpbA> (Marzo 26 de 2014).

DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008. Vía internet: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf. (Consultado marzo 18 de 2014).

GONZÁLEZ MARÍN, Adelina y MONTES BETANCOURT, Brenda (Coordinadoras). Taller “Práctica constitucional en materia de derechos humanos”. Manual del Facilitador. Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia A.C. Primera edición. México D.F. 2013. En: http://issuu.com/sinnerperla/docs/pr__cticaconstitucional-en-materia (Consultado mayo 9 de 2014).

RAMÍREZ LÓPEZ, Adrián. La legalidad “ha perdido el juicio”: una sociopatología del delito en Contralínea (México) [Red Voltaire] en <http://www.voltairenet.org/auteur125499.html?lang=es>.

DPLF, independencia judicial insuficiente. Prisión preventiva deformada-Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, 2013, págs. 16 y 17. En: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp> (consultada marzo 8 de 2014).

Informe Estadístico enero de 2014. INPEC. En: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENTIDO/NOTICIAS%2Y%20NORMATI-

VIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES_ESTADISTICOS/INFORME%20ESTADISTICO%20ENEROCORREGIDO03042014.pdf. 191

Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional. España. <http://www.amnesty.org/fr/human-rights-education/resource-centre/download/POL30,002,1998/es/pdf>. (Consultado marzo 18 de 2014).

Legislación

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 74 de 1968.

_____. Ley 16 de 1972.

_____. Ley 82 de 1993.

_____. Ley 7594 de 1996.

_____. Ley 906 de 2004.

_____. Ley 1142 de 2007.

_____. Ley 1232 de 2008.

_____. Ley 1453 de 2011.

_____. Ley 1474 de 2011.

_____. Ley 1709 de 2014.



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprensa.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia



Calle 55 No. 10-32
Tel. 57+1 314 4000
57+1 314 7300
Bogotá, D. C., Colombia

www.defensoria.gov.co
info@defensoria.gov.co

Cincinato abandona el arado para dictar leyes a Roma, cuadro de 1806 de Juan Antonio Ribera.

Lucio Quincio Cincinato, fue llamado por el Senado, en 460 a. C., en calidad de cónsul suffectus, a la muerte del cónsul en ejercicio, Publio Valerio Publícola, para mediar en un contencioso entre los tribunos y los plebeyos a propósito de la Ley Terentilia Arsa, tras lo cual regresó a su ocupación agrícola.

Dos años después, en 458 a. C., de nuevo fue llamado por el Senado, para salvar al ejército romano y a Roma de la invasión por los ecuos y volscos, para lo cual le otorgó poderes absolutos y lo nombró dictador. Se cuenta que Cincinato estaba con las manos en el arado cuando se le hizo llegar el requerimiento.