



Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística
Año 8, vol. 15 , Agosto-Diciembre 2020
ISSN: 2007-2023
www.acspsc.es.tl

Prisión provisional: Una aproximación dogmática y procesal desde una perspectiva colombiana

Provisional prison: A dogmatic and procedural approach from a colombian perspective

Fecha de recepción: 14/06/2020.

Fecha de aceptación: 30/07/2020.

Mtro. Álvaro Salgado González

alvarosalgadog@gmail.com

Mtro. Richard Ordoñez López

richard-orlo@hotmail.com

Mtro. Fernando Luna Salas

flunas@unicartagena.edu.co

Universidad de Cartagena
Colombia

Resumen

Podríamos definir la prisión provisional como una medida jurídica que se adopta contra un individuo al cual se le sigue una causa penal, que en razón de ésta ve restringido su derecho a la libertad personal en un sentido amplio y estricto según el caso, aun cuando su responsabilidad penal no ha sido plenamente demostrada, por lo que se presenta invariablemente una tensión entre la inocencia que se presume a todo reo y la medida que restringe cautelarmente su libertad. En razón a lo anterior, estudiar la presunción de inocencia conlleva necesariamente el análisis de la prisión provisional dentro de los sistemas procesales penales, advirtiéndose que entre estas dos entidades jurídicas existe una relación antagónica e incluso en algunos casos inversamente proporcionales.

Abstract

We could define provisional detention as a legal measure that is adopted against an individual who is involved in a criminal case and whose right to personal liberty is subject to restrictions, in a broad or strict measure depending on the case, even when his/her criminal responsibility has not been fully demonstrated. This invariably entails a tension between the innocence that is presumed for every person and the measure that provisionally restricts his/her freedom. In light of the above, studying the presumption of innocence necessarily entails the analysis of provisional prison within the systems of criminal procedure, while an antagonistic and sometimes even inversely proportional relationship exists between these two legal entities.

Palabras clave: Prisión; Proceso; Prueba; Víctima.

Keywords: Evidence; Prison; Proceedings; Victim.

Evolución histórica de la prisión provisional. Una aproximación desde el derecho procesal penal

Sostiene Ferrajoli (1995) que la historia de la prisión cautelar del imputado que espera la terminación de un juicio de responsabilidad penal está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, por cuanto los límites dentro de los que la primera ha sido



admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los “avatares teóricos y normativos de la segunda” (p. 551).

Y ello es razonablemente entendible, atendiendo que lo que está en juego es la libertad personal del individuo que se ve afrontando un proceso penal, a quien por un lado, surge necesario salvaguardarlo de cualquier actuación arbitraria por parte del Estado en razón a que goza de un derecho irrenunciable e inalienable, pero por el otro, surge imperativo para el Estado luchar contra la criminalidad que pone en riesgo bienes esencialísimos de la sociedad y de las víctimas directas del delito, por lo que en razón a ello se considera procedente aun a riesgo de afectar el derecho fundamental de la libertad de los individuos, si lo que se busca es evitar las consecuencias del hecho punible e incluso garantizar que efectivamente se podrá impartir justicia en los respectivos casos y no así, dejar abierta la puerta de la impunidad y la reincidencia.

Importa resaltar, que la imposición o no de la prisión provisional o preventiva para quien es investigado pero aún no ha sido declarado en juicio culpable de la comisión de un delito, en principio dependía en gran medida del sistema procesal existente e imperante dentro de los respectivos estados, encontrándose que su imposición ha estado estrechamente ligada a los modelos procesales inquisitivos en donde confluyen en un solo órgano la capacidad de instrucción, acusación y juzgamiento, convirtiéndose en casi una regla de la investigación.

Precisa Ferrajoli (1995) que en la “Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión per tormentaz” (p. 551), sin embargo, en los sistemas acusatorios, sobre todos los clásicos, en donde llegó existir una total separación del poder de investigar y acusar del de juzgar, primaba la libertad del indiciado durante la actuación y no así la restricción de la libertad, ejemplo de ello, llegaría a ser Roma en donde tras diversas alternativas se llegó a la total

No obstante, no siempre fue así dentro de la larga historia del mundo Romano, pues señala Pilar Pavón Torrejón (2003), que llegó a ser plausible la restricción provisional de la libertad según el emperador (Constantino, Honorio, Justiniano, Tiberio, Constancio II) que rigiera, adoptándose sobre todo su procedencia teniendo en cuenta como criterio la gravedad del delito y la posición social del reo, llegando incluso a considerar su imposición obligatoria en delitos capitales, aun cuando se ofreciera caución, por lo que se podría interpretar que la



prisión preventiva para los romanos era más que todo una medida cautelar personal para evitar la fuga del implicado en espera de una sentencia.

Así las cosas, es claro que la prisión provisional o preventiva es un vestigio propio del sistema procesal inquisitivo que tuvo su auge durante la Edad Media, en la cual conviene precisar la privación de la libertad no era en sí misma una sanción o una pena, pues esta lo era en muchos casos la tortura y la muerte. La prisión o el encarcelamiento era un medio para que, en palabras de Michel Foucault (2002), “el delincuente asuma su propio crimen y firme por sí mismo lo que ha sido sabia y oscuramente construido por la instrucción” (p. 37), es decir, el encarcelamiento en conjunto con el suplicio se constituye en una forma de lograr la reina de las pruebas: la confesión.

Por eso Michel Foucault (2002) sostuvo que en la época mencionada “la instrucción penal es una máquina que puede producir la verdad en ausencia del acusado. Y por ello mismo, aunque en derecho estricto no tenía necesidad, este procedimiento va a tender necesariamente a la confesión” (p. 37), por cuanto constituía una prueba tan convincente que no había necesidad de acudir a otra, con lo que el investigador se relevaba de acudir a “la difícil y dudosa combinatoria de los indicios” (Foucault, 2002, p. 37).

Ahora bien, la prisión preventiva o provisional si bien en los orígenes del sistema procesal acusatorio, no se consideraba como una medida necesaria, pues se partía del principio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, en el mismo empezó hacer carrera sobre todo en la Edad Moderna y Contemporánea, al aceptarse bajo ciertas circunstancias por algunos destacados juristas del derecho penal, convirtiéndose si bien no en la regla como acontecía normalmente en el proceso inquisitivo, si en una opción cada vez menos excepcional y si más plausible.

Thomas Hobbes (2009) si bien consideró la prisión preventiva como un acto hostil que va en contra de la ley de la naturaleza, al dañar a un ciudadano que es obligado a padecer el encarcelamiento o encierro antes de que su causa haya sido oída y que es desproporcional frente al deber de asegurar su custodia, pues “nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable”(p. 259), llegó a creer que la misma constituye una pena “porque implica un mal infligido por la autoridad pública en razón de algo que la misma autoridad ha juzgado como transgresión de la ley”(Hobbes, 2009, p.2 59).

Por su lado, Beccaria (1822) diría que la prisión preventiva o provisional era una especie de pena, por lo que no era aconsejable que precediera la sentencia, sino “en cuanto la



necesidad obliga”, toda vez que la simple custodia de un ciudadano que no ha sido declarado penalmente responsable en un juicio debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos drástica que se pueda y “no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos” (p. 82).

Francesco Carrara (1988) agregaría que la prisión preventiva es una injusticia necesaria, es decir, una especie de mal justificado contra el reo que se veía sometido a un proceso penal, a quien solo bajo ciertos presupuestos necesarios era permisible arrestarlo, verbigracia, cuando era preciso “interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera”(p. 223) y cuando era imperioso adoptar tal medida drástica contra su libertad con el fin de impedir la fuga y finalmente por razones de defensa pública.

Fíjese como los anteriores juristas tuvieron reservas frente a la prisión preventiva al partir de la idea de que solo con la sentencia definitiva tras un juicio era realmente plausible comprender la privación de la libertad de un ciudadano, puesto que si se permitía el arresto antes del fallo de responsabilidad penal era reconocerle inmediatamente un carácter punitivo a la medida cautelar de aprehensión provisional aun cuando el indiciado preservaba su condición de inocente.

Por ende, atendiendo el daño que la privación provisional de la libertad personal podía generar en los derechos de reo, surgía imperativo solo justificar su procedencia bajo ciertos estrictos eventos, esto es: i) que se pudiera escuchar al indiciado, ii) que se evitara la fuga del mismo ante la certeza de una condena, iii) para evitar el ocultamiento de las pruebas y iv) por motivos de defensa de la sociedad.

Ahora, si bien las citadas circunstancias darían lugar a considerar o aplicar contra el reo su aprehensión aun antes de que fuera demostrada efectivamente su responsabilidad penal en la comisión de un delito, lo que podría ser valorado como una medida razonable y justificada, la cierto es que por mucho que se quisiera argumentar su necesidad, atendiendo el principio de presunción de inocencia, se está ante un mal necesario que difícilmente no habría que denominar como de anticipación punitiva.

Así las cosas, la prisión provisional o preventiva como medida de carácter cautelar que restringe la libertad del indiciado, encuentra desde sus orígenes un entorno natural y de fácil aplicación en el sistema procesal inquisitivo en donde como se viene diciendo confluyen en un mismo órgano las labores de instrucción, acusación y juzgamiento, empero, en el



sistema acusatorio donde existe por excelencia una distinción funcional en la tareas de investigar, acusar y juzgar también encontró terreno fértil para permitirse aun cuando lo fuera de manera excepcional y no como una regla.

Prisión preventiva que en algunos casos se ha admitido abiertamente y en otros tímidamente bajo el eufemismo de un mal necesario bajo ciertas circunstancias que del todo no convencen si se analizan de cara al principio presunción de inocencia, existiendo pues una fricción entre estos institutos del proceso penal, que más que un defecto puede entenderse como un síntoma saludable de su humanización. Sostiene Ferrajoli (1995) que:

En definitiva, aunque en nombre de “necesidades” diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva -sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obstaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal-, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico (p. 553).

Naturaleza ambivalente de la Prisión preventiva: entre un fin punitivo y uno procesal.

Conviene precisar que en tratándose de la prisión preventiva esta ha sido clasificada por la doctrina especializada a partir de dos grandes teorías, una sustantivista que le confiere una naturaleza punitiva o de anticipación punitiva, y otra procesal, en cuanto solo debería ser admitida si con ella se busca salvaguardar, como medida cautelar, el proceso.

Al respecto, precisa Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) que:

Las tentativas de legitimación discursiva de la prisión preventiva circulan por dos carriles diferentes: (a) los que le reconocen cierto carácter de pena y tratan de legitimarla como tal (teorías sustantivistas), y (b) los que le desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida procesal (teorías procesalistas) (p. 168).

La teoría que le reconocen a la prisión provisional un carácter punitivo aun cuando la responsabilidad penal no ha sido demostrada, parten de la idea de minar la efectividad o el sin valor de la presunción de inocencia, de allí que sea procedente entrar a definir la situación jurídica del procesado ateniendo razones como la prevención general, la defensa de la sociedad, el peligro de fuga o la gravedad del hecho investigado.

Es decir, se parte de la premisa que su fin no es salvaguardar el proceso sino por el contrario ser efectiva contra el crimen sin reparar en el principio de presunción de inocencia, el cual según el jurista italiano Vincenzo Manzini (como se citó en Ferrajoli, 1995) es “un



extraño absurdo extraído del empirismo francés”, (que se consideraba) “burdamente paradójica e irracional” (p. 550). O como sostenía Garófalo (1912), respecto a la prisión preventiva que la misma debía emplearse para todos los delitos sobre los cuales la ley fije penas de las que pueda inferirse que el reo quisiera librarse al representar el destierro voluntario un mal menor, así en los casos de delitos contra las personas mientras subsistan las razones de la amenaza y en los casos de reincidencia.

Garófalo (1890) haría una crítica demoledora a los que tildaban de injusta la prisión preventiva, al respecto señala que:

El punto más debatido es el de la detención que precede a la sentencia definitiva del poder judicial. Se juzga como una medida, muchas veces injusta, y de la cual no debería hacerse uso sino en los casos más graves, cuando podría suponerse que el procesado habría de huir. Estas cosas las dicen y las repiten los profesores que no tienen experiencia alguna de los procesos criminales; llegan a convertirse casi en lugares comunes, la prensa se apodera de ellas, y el mejor día las vemos traducidas en artículos de ley, redactados de prisa por personas que no tienen competencia alguna, o que, por efecto de su profesión, tienen intereses opuestos a los de la represión severa de los actos delictuosos (p. 319).

Y afirmarían la necesidad de la prisión preventiva, bajo las siguientes consideraciones:

Por de pronto, no es del todo exacto que la prisión preventiva no tenga más objeto que el de impedir la fuga del procesado. Esta medida es muchas veces necesaria para impedir que el procesado haga desaparecer las huellas materiales del delito; para impedirle que se ponga de acuerdo con sus cómplices o con amigos que confirmen los extremos que él haya declarado; para hacerle más difícil que amenace a los testigos o que los corrompa; para decidirlo a confesar, lo que ocurre con mucha frecuencia; por fin, para defender al procesado mismo contra la venganza del ofendido o de su familia (Garófalo, 1890, p. 319).

En otras palabras, si se presentan las hipótesis de riesgo de evasión del proceso o del cumplimiento de la sentencia en consideración de delitos con alta punibilidad, peligro de reincidencia atendiendo conductas habituales, permanencia de la amenaza fruto del delito, se comprendía necesaria y justificada con el fin de defender la sociedad y con criterios de prevención general, la aplicación como máxima de la prisión preventiva aun por encima o desconociendo la presunción de inocencia.

Vista así la posibilidad de aplicar al reo la detención preventiva se comprende entonces que la misma bajo las anteriores hipótesis de procedencia no es más que una medida de anticipación punitiva que se emplea contra un individuo al cual no se le ha demostrado



más allá de toda duda o con certeza que efectivamente es penalmente responsable, con lo que el riesgo de afectar derechos fundamentales es alarmante, tanto para el que siempre ha sido inocente y se ve sometido a un proceso como incluso para el que efectivamente es culpable en tanto se constituye en derecho humano el conservar su presunción de inocencia durante la actuación como el tener la oportunidad de ser vencido en juicio con inmediación y contradicción de las pruebas.

Por otra parte, la teoría que le confiere a la detención preventiva una naturaleza o fin procesalista considera que dicha medida debe adoptarse de manera excepcional antes de la sentencia definitiva como una herramienta para proteger la actuación frente a la posibilidad de que el reo evada la actuación (riesgo de fuga), manipule las pruebas y en casos cuando exista riesgo de reincidencia pero solo respecto a delitos graves como los sexuales contra menores de edad o cuando se evidencie peligro para las víctimas.

Algunos autores, como el chileno Ernesto Ardiles Álvarez (2013), dan cuenta respecto a la teoría procesalista de la prisión preventiva que la misma tiene una naturaleza que viene de las medidas cautelares del derecho civil que fueron adoptándose en el derecho penal, razón por la cual, citando a Juan Carlos Marín (2002), éstas comparten dos elementos comunes con las civiles: la provisionalidad y la instrumentalidad.

Y son provisionales por cuanto su imposición siempre debe estar limitada en el tiempo atendiendo su naturaleza cautelar y procesal, no pudiéndose prolongar indefinidamente dado que sería tanto como anticipar la pena. Así mismo, son instrumentales en cuanto tienen un propósito procesal y no así sancionatorio.

Luego entonces, atendiendo la teoría procesalista de la prisión preventiva se tiene que su empleo solo cabría siempre y cuando se utilice para salvaguardar los fines del proceso, de allí que se permita, aunque excepcionalmente, su aplicación cuando exista peligro de alteración o desaparición del material probatorio por parte del indiciado o cuando exista serios indicios que indiquen riesgo de fuga.

Por su lado, frente a ese fin procesal de la prisión preventiva Roxin (2000) en su obra *El Derecho Procesal Penal*, sostiene que la ley de procedimiento alemana solo permite la detención preventiva cuando se use para garantizar la futura sanción penal, existan riesgo de entorpecimiento de la actuación o de fuga atendiendo la gravedad del hecho y cuando se analiza el riesgo de reiteración, sobre todo en los casos de delitos sexuales.



Luego entonces, bajo esta perspectiva la prisión preventiva si bien es restrictiva de la libertad debe tener un carácter cautelar, excepcional y siempre limitado en el tiempo, que se impone con el fin de asegurar los fines de la actuación penal, es decir, proteger a la víctima del delito, a la sociedad y cuando sea el caso hacer cumplir la eventual sentencia condenatoria.

Evolución de la detención preventiva en vigencia de la constitución colombiana de 1991: Desde una visión punitiva y de prevención general hasta su fin cautelar y procesal

En el régimen legal procesal colombiano, la categorización arriba analizada tuvo una clara acogida que se evidencia en la evolución del instituto de la detención preventiva, en donde las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad, son definidas teóricamente por la doctrina especializada con fundamento en dos posición conceptuales distantes y diferentes, a saber: (1) una posición que reconoce en ellas fines extraprocesales como la prevención general o la defensa social, es decir, la envisten de una especie de anticipación punitiva (2) y una que considera que el fin de las Medidas de Aseguramientos es inminentemente procesales.

La tesis que en su momento defendió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en vigencia del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) fue la primera, ejemplo de ello, es el auto del 23 de octubre de 2000, en donde el alto tribunal se pronunció sobre un recurso de apelación interpuesto contra una decisión de un juzgado de instancia que reconoció a un ciudadano la detención preventiva domiciliaria como sustituto de la intramural.

En aquella oportunidad, se señaló que las condiciones objetivas y subjetivas exigidas para conceder la detención domiciliaria debían relacionarse con los fines de la eventual ejecución de la pena, por cuanto surgía necesario hacer un pronóstico razonable de cara al cumplimiento de la sentencia, de allí que se constituía como imperativo realizar un examen de las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad del procesado, para determinar si en esos escenarios existe un ambiente adecuado o propicio “para la resocialización o mejora del procesado y como tal también garantiza la comparecencia de éste al proceso, lo cual significa tener como norte la prevención general como mecanismo de protección a la sociedad de la comisión de nuevos delitos”(Decreto 2700 de 1991, p. 7).

En otras oportunidades, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en vigencia del estatuto adjetivo citado, si bien consideró la detención preventiva como la más



contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de la persona, justificó su empleo apelando en primer lugar a un criterio general y pragmático en tanto era utilizada por los “países civilizados”, y en segundo lugar, atendiendo a los de necesidad como la defensa eficaz respecto del delito, evitar la impunidad y asegurar la presencia del procesado a la actuación y el cumplimiento de la pena en el evento de ser condenado.

Posición anterior, que es defendida por un sector de la doctrina, entre estos, parcialmente por Gilberto Martínez Rave (2006) quien sostiene que las medidas de aseguramiento encierran fines de protección social por lo que se hace imperioso una respuesta rápida por parte del Estado contra los infractores de la normatividad penal.

Ahora bien, la segunda posición parte de la idea que las medidas de aseguramiento de detención preventiva, en particular las carcelarias, deben tener un fin solo procesal, pues más allá de este objetivo se estaría bordeando o entrando a la pena propiamente dicha, la que solo es posible cuando efectivamente una persona es hallada culpable, ya sea porque fue vencida en juicio y se demostró la teoría del caso de la Fiscalía, o porque simple y llanamente aceptó su responsabilidad penal en un allanamiento o en un preacuerdo.

La tesis anterior, aduce el jurista colombiano Leonardo Fabián Cruz Bolívar (2012), en un artículo denominado Fundamentos de la Detención Preventiva en el Procedimiento Penal Colombiano, se erige como una crítica directa a las tesis de la privación de la libertad intraprocesal como anticipación punitiva, al considerar que la misma tiene un perfil inquisitivo mediante la cual se pretende desconocer el principio de presunción de inocencia y la prevalencia del principio de libertad, pues su empleo se justifica con “ejercicios argumentativos basados en meras consideraciones de orden general, sin soporte en el desarrollo de la Constitución Política o de los derechos fundamentales”(p. 89).

Ahora, la teoría procesalista respecto a la prisión preventiva ha venido siendo destacada desde la década de los 90 y en vigencia de la Constitución de 1991 por la Corte Constitucional en atención a una interpretación amplia y garantista del artículo 28 Superior, en el que se destaca la libertad personal como un derecho fundamental, cuya limitación en todo caso debe ser excepcional.

En sentencia C-327 de 1997, con ponencia del doctor Fabio Morón Díaz, el tribunal Constitucional hizo hincapié en reconocer el carácter cautelar de la detención preventiva, destacando que su teleología no es la de sancionar a la persona por la comisión de un delito al



no tener un fin punitivo, empero, señala que la presunción de inocencia no se ve afectada con la detención preventiva en tanto que la misma acompaña al individuo durante toda la actuación, quien finalmente solo es penalmente responsable una vez se surte el juicio con plenitud de las garantías que integran el debido proceso.

Posición que se reiteró en la sentencia C- 425 de 1997, en la que se insistió en distinguir la detención preventiva como una medida cautelar que no se confunde con la pena al no comportar una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado, sin embargo, se aceptó su empleo aun cuando se reconoce su afectación sobre el derecho a la libertad pues su imposición no es caprichosa y solo es procedente cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

En sentencia C-634 de 2000 con ponencia del doctor Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional aun en vigencia del Código de Procedimiento Penal (Decreto número 2700 de 1991 y Ley 81 de 1993), señalaría que la libertad individual puede ser restringida legítimamente bajo la figura de la detención preventiva, pero señalando que con ésta no se busca sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues ello solo es posible a través de la sentencia condenatoria, por lo que la prisión preventiva surge como necesaria para asegurar la comparecencia del reo al proceso sin que ello comprenda el desconocimiento de la presunción de inocencia en tanto que ésta acompaña al procesado en virtud del artículo 29 Superior durante toda la actuación, razón por la cual, insiste el alto tribunal, que teniendo en cuenta el carácter cautelar de la detención preventiva su imposición solo es plausible siempre y cuando se asegure la observancia de garantías procesales que mantenga su uso excepcional.

Posteriormente, y ya en vigencia de la Ley 600 de 2000, se estableció en los artículos 355 y 356 la posibilidad de la imposición de la detención preventiva siempre y cuando existieran por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso

Sobre esa disposición, la Corte Constitucional mediante sentencia C-774 de 2001 del Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil expresaría que dada la naturaleza cautelar de la detención preventiva su uso sería procedente para cumplir con los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena ante el riesgo de fuga. Destacó en esa oportunidad el tribunal constitucional, que la detención preventiva era compatible con la constitución y que no



resultaba desconocedora de la presunción de inocencia pues gozaba de un carácter preventivo y no así sancionatorio.

Ahora bien, con el proceso penal acusatorio que entró en vigencia en Colombia con el Acto Legislativo No. 3 de 2002 modificadorio de la Constitución, al contrario del anterior de carácter mixto, se evidenció un esfuerzo significativo por realmente impregnar la detención preventiva de una naturaleza procesal y no así de anticipación punitiva, pues los criterios de procedencia se elevaron a rango constitucional estableciéndose su implementación como una medida necesaria solo para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad y de las víctimas.

En el sistema penal acusatorio, reglamentado con la Ley 906 de 2004, en el que se denominó como Medida de Aseguramiento restrictiva de la libertad la detención o prisión preventiva, se establecieron varios criterios legales para su procedencia, estableciéndose en los artículos 306¹ y 308 que solo se impondría por parte de un juez de control de garantías a solicitud de la Fiscalía o en los eventos en que ésta no lo haga por petición de la víctima o su apoderado, siempre y cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pudiera inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga y solo cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Peligro para la comunidad y peligro para las víctimas

En el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004, se consagran criterios legales que permiten la detención preventiva dentro de una causa penal que no están del todo acordes con el fin procesal de las medidas de aseguramientos y con los fines constitucionales estipulados en el artículo 250, esto es, comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

Destaca entre esos criterios Cruz Bolívar (2012): el peligro para la comunidad y el peligro para las víctimas, consagrados en los artículos 310 y 311 de la ley citada, pues en su

¹ Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011.



opinión, con estos presupuestos se está bordeando los terrenos de la anticipación punitiva y superando el objetivo garantista y procesal de la Medida de Aseguramiento.

Por ello, compartiendo el planteamiento expuesto por Oscar Julián Guerrero Peralta (2007), en su libro *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*, señala que estos criterios solo serían admisibles en el *“llamado riesgo de reiteración, esto es, la probabilidad razonable de que el imputado realice nuevamente un delito, si su libertad se mantiene”* (Cruz Bolívar, 2012, p. 97), empero, exhorta que incluso así no son criterios del todo respetuosos del principio de Presunción de Inocencia.

Posición que se considera válida y acertada, en primer lugar, en cuanto al peligro para la comunidad, como también, presupuestos a tener en cuenta a la hora de definirse por parte de los jueces de control de garantías, la imposición de una medida de aseguramiento que comparta restricción de la libertad, que apela a criterios tales como de la gravedad y modalidad de la conducta punible, cuyo estudio en estricto sentido, en sede de audiencias preliminares donde se exige solo una inferencia razonable de autoría, deja mucho que desear frente a la posibilidad de que se incurra en abusos por parte de los funcionarios judiciales. Esto en tanto que, en esa temprana etapa del proceso no se contaría con suficientes elementos de juicio para determinar si realmente y probatoriamente hablando, se está frente de una conducta grave más allá de la mera imputación por parte del órgano acusador, que en no pocos casos puede acudir a herramientas retóricas para inflar la imputación a efectos de lograr la imposición de la detención preventiva.

En segundo lugar, por cuanto entrar a determinar la gravedad y modalidad de la conducta sería tanto como realizar un minijudicio anticipado, con claro desfavor respecto a la defensa que escasamente en esa etapa inicial del proceso a duras penas contará con los recursos humanos y materiales suficientes para realizar una efectiva labor que preserve los derechos del procesado.

Y en tercer lugar, porque el criterio estipulado en el artículo 3° de la Ley 1760 de 2015, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, que establece entre los elementos para determinar el peligro para la comunidad, la estimación de si la libertad del imputado representa un peligro futuro, acude como se aprecia a un criterio incierto (*a priori*) en tanto no se hace con base a un hecho demostrado empíricamente y sujeto a discusión (*a posteriori*), lo que claramente ronda el derecho penal de autor y no así de acto como paradigma imperante de las garantías sustanciales y procesales dentro del derecho penal.



Asimismo en cuanto al peligro presupuesto para las víctimas, no es convincente como elemento a valorar al momento en que se decida la imposición de una medida de aseguramiento privativa o no de la libertad, por cuanto si es conveniente en algunos delitos que tienen como objeto material de la conducta a mujeres o menores de edad o personas de manifiesta vulnerabilidad, tal aspecto no puede pretender la restricción de la libertad de una persona sindicada de haber cometido un delito en razón a que tal limitación aun cuando puede servir para evitar casos de reincidencias tal fin puede ser suplido por parte del Estado auspiciando una ayuda directa y eficaz a las víctimas del delito.

Es así como el criterio de peligro para las víctimas, en el fondo es utilizado para relevar al Estado de su función protectora de la sociedad, sin que sea razonable aceptar el argumento dirigido a sostener que precisamente con la restricción provisional de la libertad se busca ese fin garantista en tanto que no resulta lógico achacar al ciudadano que se ve sometido a un proceso penal con semejante carga, por cuanto tal limitante de su derecho a la libertad personal implica de paso la imposibilidad de que pueda contar con una defensa en libertad con todas las posibilidades que ello comprende, máxime si realmente se está presumiendo su inocencia hasta que efectivamente sea vencido en juicio.

Resultados

Como se puede apreciar, la Corte Constitucional si bien hizo una mayor hincapié en reconocer un fin procesal a la detención preventiva, en contraste, con la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la primera década de vigencia de la carta de 1991, lo cierto es que del anterior estudio jurisprudencial lo que se advierte es que para ese entonces no quedaba del todo claro la coexistencia pacífica de la detención preventiva como una medida legítima que se puede adoptar en el proceso y la presunción de inocencia, por cuanto aun cuando se insistió en que la teleología de la detención preventiva era cautelar y no así sancionatorio o de anticipación punitiva, era evidente que su procedencia no era del todo excepcional o estrictamente rigurosa, pues bastaba para su aplicación la existencia de indicios sobre la responsabilidad penal y se aceptaba que la misma se empleaba con un fin investigativo y ante el riesgo de fuga.

Ahora, en nuestro ordenamiento interno la presunción de inocencia ha pasado por un cambio gradual en su importancia y garantía frente a las medidas provisionales restrictivas de la libertad. Así vemos que su relevancia jurídica en el sistema mixto e inquisitivo de la Ley 600



de 2000 dista mucho del que actualmente existe en el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004.

Con el advenimiento del nuevo sistema penal acusatorio y la reforma constitucional que significó su implementación, la Corte Suprema de Justicia fue gradualmente cambiando su posición jurisprudencial, sobre todo a partir de fallos que profirió sobre la presunción de inocencia y la restricción provisional de la libertad.

Sobre este avance jurisprudencial, Fernando Tribín Echeverry (2010) señala:

(...) si antes la detención preventiva estaba justificada por el hecho de concurrir pruebas o indicios que mostraran como cada vez más probable la responsabilidad penal en una suerte de debilitamiento de la presunción de inocencia, hoy se considera, y así debe mantenerse, que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que permanece incólume hasta tanto no sea desvirtuada definitivamente en una sentencia de condena y, en un sentido más amplio, un derecho humano no susceptible de limitación o restricción, ni siquiera en casos de guerra o estado de excepción, pues supone una garantía del debido proceso y del principio de legalidad (pp. 68 76).

Luego entonces, es claro el progresismo en materia de garantías a la Libertad y a la Presunción de Inocencia, que se han venido dando en nuestro sistema procesal penal, tanto a nivel normativo como a nivel jurisprudencial, lo que pone de presente la relevancia que ha adquirido la discusión jurídica sobre la restricción provisional de la libertad, en donde una medida de aseguramiento privativa o no de la libertad debe tener un fin inminentemente procesal más no sancionatorio.

Y los datos estadísticos así lo muestran, pues desde la expedición de la Constitución Política de 1991 si bien se registra un aumento considerable en el número de procesados condenados, ello no ha sido directamente proporcional con el empleo de la detención preventiva. Y así lo evidencian Bernal y la Rota (2013) con datos del Departamento Nacional de Estadísticas (DANE) y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), hallando los siguientes resultados:

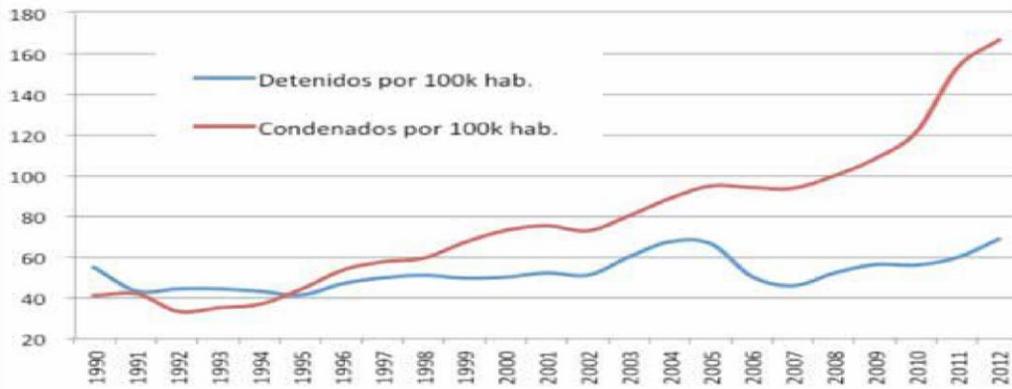


Figura 1. Tomado de: Bernal y La Rota (2013), p. 73.

Como se aprecia se registra una caída considerable de la detención preventiva en relación con el número de personas condenadas por cada 100.000 habitantes. En la siguiente grafica se aprecia de forma individual como lo tasa de personal con detención preventiva ha disminuido respecto de población interna de los planteles carcelarios:

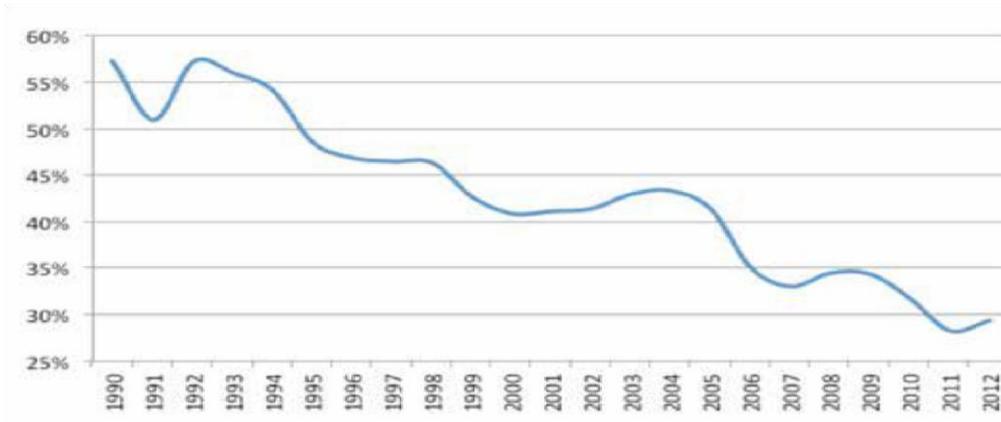


Figura 2. Tomado de: Bernal y La Rota (2013), p. 73.

Y en la siguiente, se advierte un descenso significativo de la imposición de la detención preventiva con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio y con ello la idea de su fin procesal.

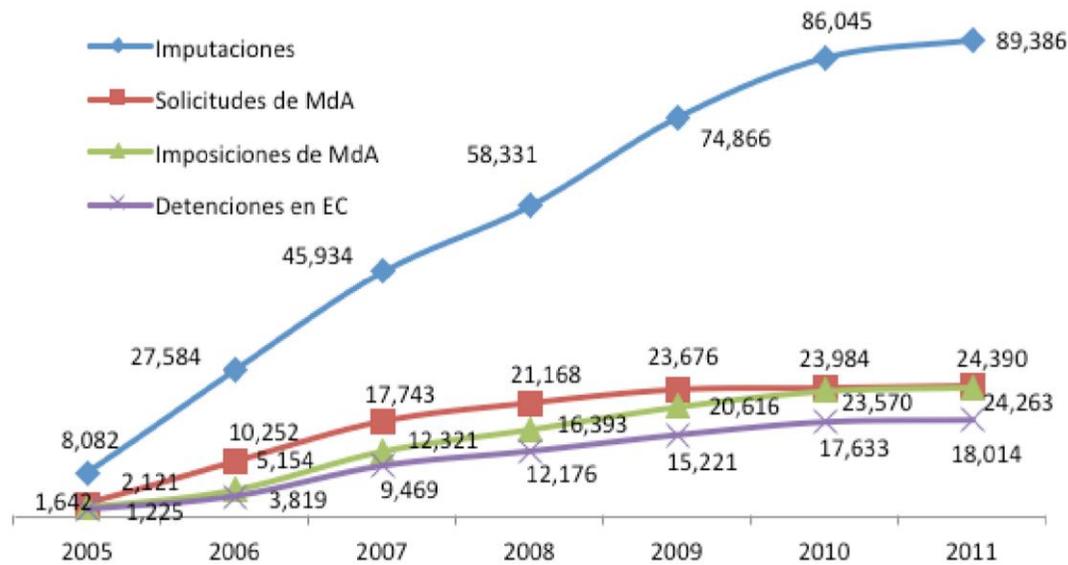


Figura 3. Tomado de: Bernal y La Rota (2013), p. 74.

Fíjese que no todas las imputaciones e incluso las solicitudes de imposición de medidas de aseguramiento estuvieron acompañadas de esta exigencia por parte de los jueces de control de garantías, por el contrario, en muchos casos no se hizo uso de la detención preventiva y en los que si se empleó se utilizaron unas distintas a la detención en establecimiento carcelario, que es la que registra números menores.

En el siguiente grafico se muestra con mayor claridad el papel transversal y garantista que se ha venido gestando en Colombia desde la implementación del sistema penal acusatorio y con ello la creación de los jueces de control de garantías como única autoridad competente para decidir la imposición de la detención preventiva, de forma distinta a lo que ocurría en el sistema penal mixto de la Ley 600 de 2000 cuya labor estaba en manos de los fiscales.

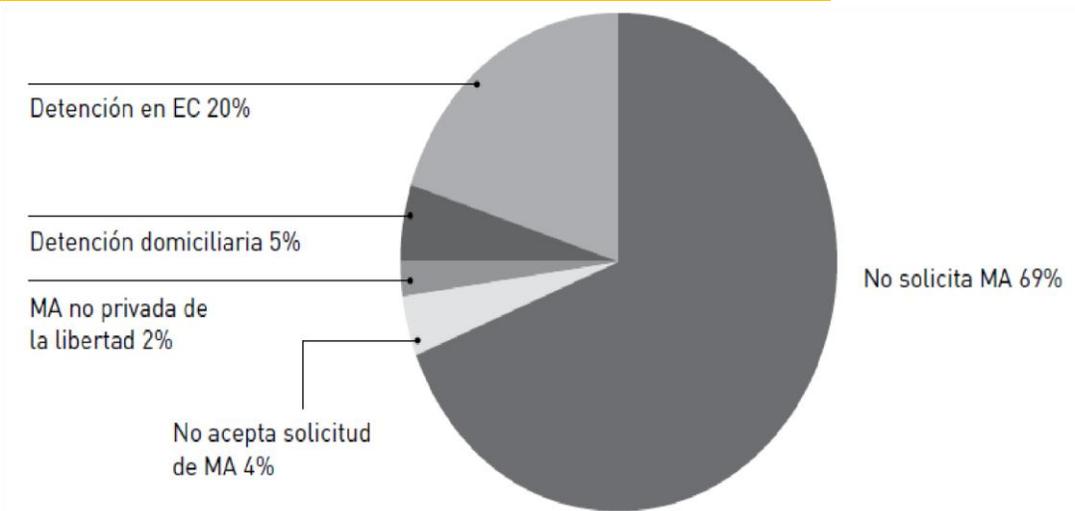


Figura 4. Tomado de: Bernal y La Rota (2013), p. 76.

Ahora, si bien Bernal y la Rota (2013) en su Informe para Colombia destacan el papel de los jueces de control de garantías en el freno para la imposición desmedida de la detención preventiva, para lo cual sostiene que en el caso de nuestro país no se constituye en la regla general, aclaran que los datos analizados no les proporcionaron “información suficiente para concluir acerca de la razonabilidad de la imposición de medidas de aseguramiento. Puede que no se apliquen relativamente muchas medidas, pero que éstas no se ajusten a los estándares constitucionales y legales aceptables” (p. 76)

De ahí que sobre vigencia las críticas arriba mencionadas respecto a la existencia de criterios de procedencia de la detención preventiva como el peligro para la comunidad y víctimas, aunado a los factores de la gravedad y modalidad de la conducta, que no son del todo armónicos con un sistema en el que se pregona desde la constitución, la ley y la jurisprudencia que dichas medidas son cautelares y obedecen a fines procesales y no así de anticipación punitiva.

Por último, y citando a Ordoñez (2019):

La libertad individual y personal entonces, se constituye en un derecho principalísimo de carácter fundamental, que ontológicamente deriva su naturaleza de la dignidad misma del ser humano, por lo que se traduce en un bien inalienable de cuyo respeto y garantía dependerá la legitimidad de la organización política que se erige como Estado, pues aparte de ser un derecho su naturaleza polivalente dentro del ordenamiento jurídico, lo cual, le da la condición de valor y principio, es decir, de ser un fin axiológico del Estado y a la vez una prerrogativa de los asociados que goza de eficacia directa, pues toda persona natural puede en el ejercicio de la



misma, hacer todo aquello que lícitamente le sea permitido. De esta manera, solo se podría limitar de forma permanente la libertad en aquellos casos donde se demuestre en proceso penal que se hizo un mal uso injustificado de ese derecho, infringiéndose por acción u omisión una disposición normativa de carácter penal que con antelación ha sido calificada como una conducta punible hipotética, pero también de forma preventiva, solo dentro de un proceso penal, si se dan los fines constitucionales o legales que permitan restringir tal derecho fundamental, esto es, la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad y las víctimas, siempre y cuando dicha medida sea adoptada por una autoridad judicial (p. 53).

Lista de referencias

- Agudelo, N. (2008). *Escuela Clásica. Grandes Corrientes del Derecho Penal*. Bogotá: Temis. Tercera Edición.
- Agudelo, N. (2013). *Escuela Positivista. Grandes Corrientes del Derecho Penal*. Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- Ardiles, E. (2003). La naturaleza de la prisión preventiva entorno al problema de la presunción de inocencia. The nature of custody around the issues of the presumption of innocence. *Universidad de Chile*.
- Bacigalupo, E. (1988). Presunción de Inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 2, 365-366. Madrid.
- Beccaria, C. (1822). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Madrid: Imprenta de Albán.
- Berlín, I. (1998). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza Editores.
- Bernal y La Rota, C. (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Colombia*. Bogotá: Fundación para el Debido Proceso.
- Carrara, F. (1988). *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Bogotá: Temis.
- Castro, C. (2003). La Privación de la Libertad Personal en el Proceso Penal y en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *La influencia de la normativa supranacional de Derechos Humanos en el derecho penal*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe uso de la Prisión Preventiva en Las Américas. Washington D.C. (30 de diciembre de 2013).
- Cruz, L. (2012). Fundamentos de la Detención Preventiva en el Procedimiento Penal Colombiano. *Revista Derecho Penal y Criminología. Univ. Externado de Colombia*, 33(95). De Secondat, barón de Montesquieu, C. (1748). *El Espíritu de las leyes*.
- Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal. 30 de noviembre de 1991.



- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *El Derecho Penal Mínimo*. Chile: ConoSur Ltda.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta. Cuarta edición.
- Ferri, E. (1907). *Sociología Criminal. Tomo I*. Madrid: Góngora.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina.
- Garofalo, R. (1890). *La Criminología. Estudios sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Madrid: Biblioteca de jurisprudencia, Filosofía e historia. Universidad de Salamanca.
- Garófalo, R. (1912). *La Criminología*. Madrid: Daniel Jorro.
- Guerrero, O. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo Proceso Penal*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Hassemner, W. (1989). *Menschenrechte im Strafproze B. Tomado Captura y Medidas de Aseguramiento: El régimen de la libertad en la nueva estructura procesal Penal de Colombia*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa y Universidad Nacional de Colombia.
- Hobbes, T. (1651). *Leviatán, o La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*.
- Hobbes, T. (2009). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Alianza. Traducción Carlos Mellizo. (1 de noviembre de 2012). *Informe 146 período de sesiones Comisión Interamericana de*
- Luna, F. (2019). Hechos, Verdad y Prueba. En, F. Luna y E. de Río (Dirs.), *Compendio de Derecho Probatorio Contemporáneo* (39-59). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Marín, J. (2002). Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal Chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*. 9: 9-54.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Nieva, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1.
- Nogueira, H. (2002). La Libertad Personal y las Dos Caras de Jano. *Revista de Derecho Volumen XIII. Universidad de Talca Chile*, 162.



- Ordoñez, R. (2019). De la libertad y el derecho penal: un abordaje dogmático, *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2498>
- Pavón, P. (2003). *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo Romano*. Madrid: Consejo Superior de Investigación Científica.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal, 25 ed. alemana, trad, Córdona/Pastor*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Salgado, A. (2017). Constitución y Derechos Humanos, *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9(8). DOI: <https://doi.org/10.32997/2256-2796>
- Sanchez-Ostiz, P. (2014). *La libertad del Derecho Penal: ¿De qué hablamos cuando decimos libertad?* Barcelona: Revista para el análisis del derecho, No. 1. InDret.
- Senado de la República*. (25 de abril de 2018). Recuperado de <http://www.senado.gov.co/noticiero-del-senado/item/27949-avanza-proyecto-deley-que-aplicara-a-abusadores-y-violadores-de-menores-la-castracion-quimica>
- Silva, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch S.A.
- Tribín, F. (2010). *Critica de la doctrina de la degradación de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Umbral Científico, 16.
- Ulpiano, D. (s.f.). *Digesto de Justiniano*.
- Uprimny, R. (2005). *Bloque de Constitucionalidad. Derechos Humanos y Procesal Penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa y Universidad Nacional de Colombia.
- Urbano, J. (2014). *La Nueva Estructura Probatoria del Derecho Procesal Penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema penal acusatorio*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.